

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO
SISTEMA DE JUSTIÇA
MESTRADO ACADÊMICO

NATÁLIA DE JESUS SILVA REIS

**MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS PROMOVIDAS PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: Uma análise representativa de julgados de 2016 a 2018**

São Luís
2020

NATÁLIA DE JESUS SILVA REIS

**MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS PROMOVIDAS PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: Uma análise representativa de julgados de 2016 a 2018**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições de Justiça da Universidade Federal do Maranhão como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Área de concentração: Direito, Estado e Constituição.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Márcia Haydée Porto de Carvalho

São Luís

2020

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Reis, Natália de Jesus Silva.

MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS PROMOVIDAS PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL : Uma análise representativa de julgados
de 2016 a 2018 / Natália de Jesus Silva Reis. - 2020.
317 f.

Orientador(a): Márcia Haydée Porto de Carvalho.
Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em
Direito e Instituições do Sistema de Justiça/ccso,
Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2020.

1. Interpretação constitucional. 2. Jurisdição
Constitucional. 3. Mutações constitucionais. 4. Poder
Constituinte. 5. Supremo Tribunal Federal. I. Carvalho,
Márcia Haydée Porto de. II. Título.

NATÁLIA DE JESUS SILVA REIS

**MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS PROMOVIDAS PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: Uma análise representativa de julgados de 2016 a 2018**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições de Justiça da Universidade Federal do Maranhão como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Aprovada em: __ / __ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Márcia Haydée Porto de Carvalho (Orientadora)

Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos (Avaliador Interno)

Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (Avaliador Externo)

Universidade Federal de Sergipe

Prof.^a Dr.^a Edith Maria Barbosa Ramos (Suplente)

Universidade Federal do Maranhão

AGRADECIMENTOS

O processo de elaboração desta dissertação não seria possível sem a ajuda de pessoas tão importantes e queridas, cujo apoio permitiu que mais uma etapa de minha vida acadêmica fosse alcançada.

Agradeço primeiramente à minha família. Aos meus pais, por todos os ensinamentos e as orientações, pelo apoio incondicional, pela compreensão e pelo carinho incomensurável. Ao meu irmão Ítalo Reis, por compartilhar de sua força e determinação, por ser um exemplo de disciplina e por todos os diálogos inspiradores. À minha querida avó Sebastiana Freitas, por todas as orações, pela fé em meus esforços e pelas palavras calorosas.

Além dos meus mais sinceros agradecimentos, registro minha estima e admiração pela Prof.^a Dr.^a Márcia Haydée Porto de Carvalho, orientadora da pesquisa, cujos ensinamentos e exemplo de brilhantismo incentivaram o sucesso galgado em cada etapa no curso do Mestrado e cuja atenção e disponibilidade foram imprescindíveis para a formação e conclusão do trabalho.

Agradeço à Universidade Federal do Maranhão e ao Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela oportunidade de desenvolver a pesquisa e enriquecer minha jornada acadêmica com o vasto repertório de conhecimentos adquiridos. Por isso, sou grata aos esforços e à dedicação do Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso, nosso maestro e Coordenador do PPGDIR/UFMA, e às provocações aguçadas dos professores do Programa que sempre nos alçaram pela busca ao excepcional.

Ainda, agradeço ao reconhecimento e suporte fornecido pela Fundação de Amparo à Pesquisa e ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Maranhão (FAPEMA), cujo papel fundamental enriquece e amplia a pesquisa científica local e regional.

Não poderia deixar de agradecer às amigadas conquistas no Programa de Pós-Graduação, em especial à dos colegas Me. Rômulo Sauáia Marão, Me. Maicy Milhomem Moscoso Maia e Me. Jémina Gláucia Serra Araujo da Silveira, cuja cumplicidade e suporte acadêmico foram imensamente valiosos. E também aos amigos de longa data, Luann Phillipe Cavalcante Cerveira, Juliana Dalinajara Borges Magalhães, Ivaldo Guimarães Macieira Neto e João Batista Pinheiro Junior, que contribuíram sempre com o seu apoio, otimismo e companheirismo.

“Essas tabuinhas nos mostram ainda que, desde aquela época, ler sempre foi interpretar, porque era necessário decidir, segundo o contexto como uma imagem deve estar relacionada no seu significado e em que direção prosseguir a leitura. “

(Umberto Eco)

RESUMO

REIS, Natália de Jesus Silva Reis. **Mutações constitucionais promovidas pelo Supremo Tribunal Federal: Uma análise representativa de julgados de 2016 a 2018.** 2020. 317 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2020.

As mudanças constitucionais desempenham papel fundamental para a permanência e a continuidade da obra constituinte e influenciam sobremaneira a própria identificação do Estado de Direito com os ideais de um regime democrático. Isto acontece em razão de sua tarefa conciliatória entre as grandezas de estabilidade e dinâmica da ordem constitucional. As mudanças constitucionais acompanham as transformações da realidade e da sociedade para compatibilizar a ordem fundamental à nova geração que pretende conformar juridicamente, permitindo que as normas constitucionais sejam concretizadas efetivamente. Justamente por serem mecanismos limitados pelas disposições do poder constituinte originário, os poderes constituídos e suas instituições devem primar por um agir comedido ao modificar a Constituição. Contudo, tal objetivo nem sempre é satisfeito e, apesar de certos conflitos e tensões entre os Poderes serem naturais da composição de uma democracia constitucional, a problemática está no uso em demasia dos canais de mudanças constitucionais, em especial os informais. As mudanças informais conhecidas como mutações constitucionais são as alterações no significado, sentido e alcance da norma constitucional, nas quais resta inalterado seu enunciado linguístico. Esse caráter silencioso das mutações constitucionais torna-se preocupante nos momentos em que as regras do jogo democrático se encontram fragilizadas, de modo que a inobservância dos limites a que estão submetidas e a debilidade das vias de controle abrem margem à subversão de sentido das normas constitucionais. Através do seu uso indevido, as mutações assumem o status de inconstitucionais e atentam contra o texto e o espírito da Constituição, aguçando qualquer crise que por ventura tenha lhe dado origem. Portanto, a pesquisa aqui apresentada tem por objetivo analisar a pertinência das mutações constitucionais promovidas pelo Supremo Tribunal Federal, considerando o acentuado histórico de emendas à Constituição de 1988 e o atribulado cenário político-jurídico brasileiro no intervalo de 2016 a 2018. A abordagem metodológica seguiu as linhas traçadas pelo método do materialismo histórico-dialético, atendendo à análise das mutações constitucionais como instrumento inspirado nas transformações da base

sociopolítica, econômica e cultural da realidade; com o auxílio do método comparativo, que permitiu a reconstrução da trajetória histórico-conceitual das mutações dentro do direito público alemão e a comparação com o contexto brasileiro no qual foi incorporado. Por fim, a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal percebidas pela própria Corte como “mutações constitucionais” no interstício de 2016 a 2018, permitiu o exame da argumentação utilizada pelos Ministros diante do instituto, dos instrumentos processuais que mais frequentemente incidiram nessas mudanças informais e da vertente interna que prevalece sobre o tema.

Palavras-chave: Mutações constitucionais; Supremo Tribunal Federal; Interpretação constitucional; Jurisdição Constitucional; Poder Constituinte.

ABSTRACT

REIS, Natália de Jesus Silva Reis. **Constitutional mutations promoted by the Brazilian Federal Supreme Court: A representative analysis of the cases decided from 2016 to 2018.** 2020. 317 f. Dissertation (Master of Laws). Graduate Program in Law and Institutions of the Justice System, Federal University of Maranhão, São Luís, 2020.

Constitutional changes play a fundamental role in the permanence and continuity of the constituent work and greatly influence at the identification of the rule of law with the ideals of a democratic regime. This happens due to its conciliatory task between the grandeurs of stability and dynamics of the constitutional order. Constitutional changes accompany the transformations of reality and society to make the fundamental order compatible with the new generation that intends to legally conform, allowing constitutional rules to be effectively implemented. Precisely because they are mechanisms limited by the provisions of the original constituent power, the constituted powers and their institutions must opt for restricted actions when modifying the Constitution. However, such an objective is not always satisfied and although certain conflicts and tensions between the Powers are natural in the composition of a constitutional democracy the problem lies in the overuse of channels for constitutional change, especially informal ones. The informal changes known as constitutional mutations modify the meaning, sense and scope of the constitutional norm in a way that its linguistic statement remains unchanged. This silent character of constitutional mutations becomes worrisome when the rules of the democratic game are weakened to such an extent that it leads to the non-observance of its limits and the diminishing of the mechanisms of control, which opens the way to the subversion of the meaning of constitutional norms. Through their misuse, mutations assume the status of unconstitutional and undermine the text and spirit of the Constitution, increasing any crisis that may have given rise to it. Therefore, the present research aims to analyze the relevance of the constitutional mutations promoted by the Supreme Federal Court, considering the accentuated historic of amendments to the 1988 Constitution and the troubled political-legal scenario Brazil went through in the period of 2016 to 2018. The methodological approach followed the lines drawn by the method of historical-dialectical materialism, taking into account the analysis of constitutional mutations as an instrument inspired by the transformations of the sociopolitical, economic and cultural basis of

reality; with the complementary assistance of the comparative method, which allowed the reconstruction of the historical-conceptual trajectory of the mutations within the German public law and the comparison with the Brazilian context in which it was incorporated. Finally, the analysis of the decisions of the Supreme Federal Court perceived by the Court itself as "constitutional changes" in the interstitium from 2016 to 2018 allowed the examination of the arguments used by its judges towards the institute, the procedural instruments that most often introduced these informal changes and the teoric branch that prevails on the subject.

Keywords: Constitutional Mutations; Brazilian Federal Supreme Court; Constitutional Interpretation; Constitutional Jurisdiction; Constituent Power.

RESUMÉ

REIS, Natália de Jesus Silva Reis. **Les changements informelles promues par la Cour suprême fédérale brésilienne**: une analyse représentative des jugements de 2016 à 2018. 317 f. Mémoire (Master en droit). Programme d'études supérieures en droit et institutions judiciaires, Université fédérale du Maranhão, São Luís, 2020.

Les changements constitutionnels jouent un rôle fondamental dans la permanence et la continuité de l'œuvre constituante et influencent grandement l'identification même de l'État de droit avec les idéaux d'un régime démocratique. Cela est dû à leur tâche de concilier la stabilité et la dynamique de l'ordre constitutionnel. Les changements constitutionnels accompagnent les transformations de la réalité et de la société pour rendre l'ordre fondamental compatible avec la nouvelle génération qu'il entend conformer juridiquement, permettant ainsi la mise en œuvre effective des normes constitutionnelles. C'est précisément parce qu'il s'agit de mécanismes limités par les dispositions du pouvoir constituant d'origine que les pouvoirs constitués et leurs institutions doivent opter pour des actions modestes lors de la modification de la Constitution. Toutefois, cet objectif n'est pas toujours atteint et, bien que certains conflits et tensions entre les pouvoirs soient naturels dans la composition d'une démocratie constitutionnelle, le problème réside dans l'utilisation excessive des canaux de changement constitutionnel, notamment informels. Les changements informels connus sous le nom de mutations constitutionnelles sont des modifications du sens, de la définition et de la portée de la disposition constitutionnelle, dans laquelle son énoncé linguistique reste inchangé. Ce caractère silencieux des mutations constitutionnelles devient préoccupant lorsque les règles du jeu démocratique sont affaiblies, de manière à ce que le non-respect des limites et la faiblesse des voies de contrôle ouvrent la voie à la subversion du sens des normes constitutionnelles. Par leur utilisation abusive, les mutations prennent le statut d'anticonstitutionnelles et attaquent le texte et l'esprit de la Constitution, intensifiant toute crise qui aurait pu en être la cause. Par conséquent, la recherche présentée ici vise à analyser la pertinence des mutations constitutionnelles promues par la Cour suprême fédérale, compte tenu de l'histoire accentuée des amendements à la Constitution de 1988 et du scénario politique et juridique troublé au Brésil dans la période de 2016 à 2018. L'approche méthodologique a suivi les lignes tracées par la méthode du matérialisme historique-dialectique, en prenant en compte l'analyse des mutations constitutionnelles en tant qu'instrument inspiré par les

transformations des bases sociopolitiques, économiques et culturelles de la réalité ; à l'aide de la méthode comparative, qui a permis de reconstruire la trajectoire historique-conceptuel des mutations au sein du droit public allemand et de la comparer avec le contexte brésilien dans lequel elle s'inscrit. Enfin, l'analyse des décisions de la Cour fédéral suprême perçues par la Cour elle-même comme des "mutations constitutionnelles" dans l'interstice de 2016 à 2018, a permis d'examiner le raisonnement utilisé par les ministres devant l'institut, les instruments procéduraux qui se sont le plus souvent concentrés sur ces changements informels et le discours interne qui prédomine sur le sujet.

Mots-clés: Mutations constitutionnelles; Cour suprême fédérale du Brésil; Interprétation de la Constitution; Juridiction constitutionnelle; Pouvoir constituant.

LISTA DE SIGLAS

AP	Ação Penal
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AR	Ação Rescisória
ARE	Agravo Regimental em Recurso Extraordinário
AgR	Agravo Regimental
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
EC	Emenda Constitucional
ED	Embargos de Declaração
EDv	Embargos de Divergência
HC	Habeas Corpus
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
MC	Medida Cautelar
Min.	Ministro
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
QO	Questão de Ordem
RE	Recurso Extraordinário
Recl.	Reclamação
RISTF	Regimento Interno do STF
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	p. 16
2	ESTABILIDADE E MUDANÇAS CONSTITUCIONAIS: COMPREENDENDO AS RAÍZES DOS PROCESSOS DE ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL	19
2.1	A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE	23
2.1.1	O poder constituinte e a vinculação da decisão política fundamental	27
2.1.2	A permanência da Constituição e os fatores reais do poder	31
2.2	LEGITIMIDADE E LEGITIMAÇÃO	33
2.2.1	O consenso ou o consentimento dos governados	34
2.2.2	A legitimidade por via procedimental	38
2.3	A RIGIDEZ, A SUPREMACIA E A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO	42
2.3.1	A interpretação constitucional	49
2.3.1.1	A diferença entre texto normativo e norma constitucional	50
2.3.1.1.1	<i>Os discursos normativos na Argumentação Crítica de Klaus Günther</i>	55
2.3.1.2	As consequências hermenêuticas da diferença entre Constituição e legislação ordinária	58
2.3.1.3	A extensão da interpretação constitucional	62
2.3.1.4	A teoria da interpretação construtiva e a leitura moral da Constituição em Ronald Dworkin	66
2.3.2	Jurisdição constitucional	76
2.3.2.1	O marco introdutório da jurisdição constitucional: o <i>judicial review</i>	78
2.3.2.2	As raízes positivistas da jurisdição constitucional	79
2.3.2.3	A jurisdição constitucional e o constitucionalismo comunitário	85
2.3.2.3.1	<i>A jurisdição constitucional democrática</i>	87
2.4	CRISE, EROSÃO E FRAUDE CONSTITUCIONAL	90
3	A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO ALEMÃO	97
3.1	A ESCOLA DE DIREITO PÚBLICO DO IMPÉRIO ALEMÃO E AS ORIGENS DA TESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	97
3.1.1	O historicismo-dogmático de Paul Laband e o conceito inicial de mutação constitucional	99
3.1.2	O conceito de mutação constitucional em Georg Jellinek: Nos trilhos de uma transição metodológica.	105
3.2	A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA REPÚBLICA DE WEIMAR	115
3.2.1	O dinamismo de Hermann Heller e o elo dialético de seus conceitos de constituição: a mutação constitucional entre normatividade e normalidade	119
3.2.2	A análise científica-espiritual de Rudolf Smend e a teoria da integração: a mutação constitucional contida no conceito de Constituição	125
3.2.3	A sistematização da mutação constitucional na obra de Hsü Dau- Lin	129
3.3	A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO ONTOLÓGICA DE KARL LOEWENSTEIN	137

3.3.1	A mutação constitucional do art. 48 da Constituição de Weimar e o processo de reconstrução constitucional do III Reich	143
3.3.2	A classificação ontológica das constituições e a mutação constitucional	148
3.4	A LEI FUNDAMENTAL DE BONN E OS LIMITES DEMOCRÁTICOS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	153
3.4.1	A realidade constitucional e a metódica estruturante de Friedrich Müller	155
3.4.2	Os limites da mutação constitucional em Konrad Hesse	160
3.4.3	As conclusões de Peter Häberle sobre a legitimidade das mutações constitucionais	167
4	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DINAMICIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS	176
4.1	O PROTAGONISMO POLÍTICO-JURISDICIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	177
4.2	A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO	184
4.2.1	Percepções e estudos iniciais da mutação constitucional no Brasil	184
4.2.2	A mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88: análise da problematização da Reclamação 4.355-5/AC	190
4.2.3	As origens da “mutação constitucional em sentido técnico”	200
4.3	ANÁLISE DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS PROMOVIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE 2016 A 2018	202
4.3.1	Considerações metodológicas	202
4.3.1.1	Caracterizando a pesquisa: notas sobre os níveis, a abordagem e o método de investigação	204
4.3.1.2	O recorte temático e a delimitação da investigação	213
4.3.1.3	Procedimentos metodológicos	215
4.3.1.4	A estratégia de coleta de dados	217
4.3.1.4.1	<i>Panorama geral de atuação do Supremo Tribunal Federal nos anos de 2016 a 2018</i>	217
4.3.1.4.2	<i>Composição do corpus</i>	220
4.3.2	O processo de análise de dados	221
4.3.2.1	Análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal	222
4.3.2.1.1	<i>Execução provisória da pena e prisão após condenação em segunda instância</i>	224
4.3.2.1.2	<i>Interrogatório do réu no processo penal militar</i>	240
4.3.2.1.3	<i>Equiparação do prazo de licença-adoptante ao de licença-gestante</i>	243
4.3.2.1.4	<i>Restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços no regime de substituição tributária</i>	248
4.3.2.1.5	<i>Prazo prescricional para ação de cobrança judicial dos valores devidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço</i>	251
4.3.2.1.6	<i>Teto remuneratório e acumulação de cargos públicos</i>	255
4.3.2.1.7	<i>Autorização prévia da Assembleia Legislativa para processamento e julgamento de crime comum do Governador de Estado pelo Superior Tribunal de Justiça</i>	258
4.3.2.1.8	<i>Ensino religioso nas escolas públicas</i>	268
4.3.2.1.9	<i>Limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele</i>	272
4.3.2.1.10	<i>Ação rescisória perante mudança de jurisprudência</i>	279

4.3.2.1.11	<i>Inadmissibilidade de embargos de divergência quando há jurisprudência na Corte firmada no sentido do acórdão embargado</i>	281
4.3.2.1.12	<i>Constitucionalidade da “terceirização”</i>	282
4.3.2.1.13	<i>Atribuição de funções de representação judicial e de consultoria jurídica de órgão do Poder Executivo estadual a pessoas estranhas à Procuradoria-Geral do Estado</i>	285
4.3.2.1.14	<i>Alcance da imunidade tributária dos livros, jornais e periódicos</i>	286
4.3.2.1.15	<i>Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham</i>	288
4.3.3	A interpretação dos dados e a composição da síntese	292
5	CONCLUSÃO	297
	REFERÊNCIAS	301

1 INTRODUÇÃO

Completados trinta anos de experiência constitucional democrática, novos momentos de tensão política e institucional tem se disseminado na vivência brasileira. No dia 05 de outubro de 2018, contavam-se 99 (noventa e nove) emendas constitucionais ao texto de 1988. Noutro lado, a última década de atuação do Supremo Tribunal Federal representou uma cisão com a tradicional diretriz de autocontenção. Desse modo, o Tribunal assume um papel cada vez mais central nas discussões de maior relevância no país em resposta à desconfiança do povo nas forças políticas dirigentes e do forte sentimento de anticorrupção, esse último que também foi responsável pela polarização ideológica que culminou nas eleições de 2018.

O “mal-estar constitucional” (VIEIRA, 2018, p. 11) em que vivemos desperta a atenção acerca do uso da mutação constitucional nas decisões da Suprema Corte brasileira, cuja tendência revela uma superação em série de entendimentos já consolidados para propor inovações interpretativas como contraprestação à opinião pública.

Mas, afinal, o que são mutações constitucionais? Na pesquisa aqui apresentada constatamos que, em função da informalidade do instituto e da natureza dinâmica de seu fundamento – o poder constituinte difuso -, inexistente um conceito unívoco sobre mutações constitucionais. Contudo, é possível identificar características universalmente aceitas para descrever o fenômeno. Em sentido amplo, as mutações constitucionais designam uma mudança na compreensão da norma constitucional – modificando seu sentido e/ou alcance – apesar da inalterabilidade do texto constitucional. Ainda, para que sejam autenticamente constitucionais, devem ser alterações espontâneas, graduais e coerentes com o espírito da Constituição.

Outrossim, a reflexão aqui traçada parte do estudo desses processos informais denominados mutações constitucionais para investigar a sua pertinência ante os processos formais, seus limites e os riscos de seu uso em demasia.

Por trazer à tona que a realidade avançou para além do conteúdo da norma presente, é nas mutações constitucionais que o persistente (e “aparente”) dilema entre estabilidade e dinamismo constitucional encontra seu ápice, especialmente em Estados constitucionais democráticos. Associada à informalidade, mas com condão de transpor significativas mudanças à ordem constitucional e suas instituições, as mutações

constitucionais por interpretação judicial representam uma questão ímpar diante da conjectura dos processos de representação democrática.

Por isso, o segundo capítulo do presente trabalho tem por principal função contribuir para a formação da base conceitual utilizada no decurso de toda a pesquisa. A dinâmica entre estabilidade e mutabilidade da Constituição e, conseqüentemente, a expressão dos mecanismos informais de mudança constitucional são analisadas sob a ótica da teoria do poder constituinte; dos conceitos de legitimidade e legitimação; de rigidez, supremacia e defesa da Constituição – aqui inseridas as questões sobre interpretação e jurisdição constitucional –; e, por fim, dos conceitos de crise, erosão e fraude constitucional.

De forma mais detalhada, o terceiro capítulo oferece uma verdadeira linha do tempo sobre os estudos em matéria de mutação constitucional no Direito Público Alemão. Da bibliografia analisada percorre-se desde formação do constitucionalismo alemão e as impressões da vanguarda da Escola do Direito Público, guiado por uma postura positivista; até a superação dos vestígios nefastos do pós-Segunda Guerra Mundial e, por conseguinte, até a reestruturação de uma leitura democrática do fenômeno.

Ao recepcionar a terminologia e a teoria da mutação constitucional, o Brasil integra também em seu ordenamento aspectos particulares relativos a outro sistema jurídico. No cotejo da rica e controversa doutrina sobre as mutações constitucionais, é pertinente compreender o ponto de partida sobre a postura assumida pela própria doutrina alemã. É mediante momentos de certa estabilidade e outros de transição - até mesmo de crises constitucionais - que se desenvolve a evolução do conceito de mutação e a observância da prática que o origina.

Por isso, verifica-se que não somente é necessária a avaliação da doutrina como também do próprio desenvolvimento do conceito jurídico ao longo do tempo. Nessa pretensão, vale asseverar que será utilizada tanto uma abordagem metodológica histórico-dialética (MARX, 2008; KOZIK, 1976), privilegiando a sucessão cronológica do instituto no interior da macroestrutura que é a realidade constitucional germânica, assim como o fomento e impacto desta na sua construção dentro da ciência jurídica; quanto a abordagem comparativa (SGARBOSA; JENSEN, 2008).

A recepção teórico-doutrinária no âmbito da ciência jurídica é uma operação comum e natural no seio de uma sociedade globalizada, que podem ser “conscientes ou inconscientes”, porém devem sempre ser objeto de uma avaliação ou “teste de compatibilidade sistêmica”, isto é, se há a compatibilidade entre a importância realizada

(e seus desdobramentos indissociáveis ao sistema importador) com as características peculiares ao sistema jurídico pátrio, que acolhe tais elementos (SGARBOSA; JENSEN, 2008, p. 164 e 166).

Em sequência, o quarto capítulo adentra no cenário brasileiro, concentrando esforços para debater a autoridade político-jurisdicional adquirida pelo Supremo Tribunal Federal, partindo da evolução de seu papel no desenho interinstitucional brasileiro desde sua origem até ocupar a posição definida pela Constituição de 1988.

Ainda nesse capítulo, analisaremos a inserção da mutação constitucional no direito e na jurisprudência pátria, traçando um breve histórico sobre os principais estudos sobre a temática e a controvertida decisão que alterou a interpretação o art. 52, inciso X, da CRFB/88. Ao final, complementando os esforços teóricos, realizaremos uma análise pormenorizada das decisões da Suprema Corte brasileira nos anos de 2016 a 2018, atentos para os impactos do segundo processo de *impeachment* testemunhado pela ordem constitucional de 1988 e para a consagração do marco de 30 (trinta) anos desde a sua inauguração, com o objetivo de determinar o uso da mutação constitucional pela Corte e verificar sua compatibilidade com a democracia brasileira.

2 ESTABILIDADE E MUDANÇAS CONSTITUCIONAIS: COMPREENDENDO AS RAÍZES DOS PROCESSOS DE ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL

Na obra “*De optimo reipublicae statu, deque nova insula Utopia*” (em português, “Sobre o melhor Estado de uma República e sobre a nova ilha Utopia”), Thomas More (2018) tece um retrato de um mundo ideal, onde a justiça, a liberdade e igualdade são valores não apenas perseguidos como satisfeitos em sua máxima capacidade.

A realidade da ilha Utopia difere enormemente da realidade informatizada do século XXI não apenas por ter sido escrita no século XVI, mas por seu modo de concretização, suas instituições, sua composição sociocultural e suas convicções políticas. Apesar de todos os diferenciais, a República de Utopia sustenta os mesmos ideais dos Estados Constitucionais de nossa era, primordialmente o de uma base estável, perene e capaz de prover as necessidades de seus membros.

Dessa breve digressão, contempla-se a inferência de Raul Machado Horta (1992a, p. 15) sobre a formação de um “culto idolátrico da Constituição”. O autor sustenta que o constitucionalismo revolucionário do século XVIII conduziu em seus momentos iniciais ao cortejo de elementos religiosos acerca de uma criação divina. Na posição de “livro divino” do Estado, a permanência da Constituição tornava-se imperativa, segundo a uma vontade superior – ora do livro, ora de seus criadores.

Todavia, o desenvolvimento histórico do constitucionalismo desmitificaria quaisquer expectativas de que uma Constituição resistisse incólume às mais variadas influências do tempo, tal qual um documento histórico irreverente - um relato de um cenário outrora existente cujos elementos apesar de familiares o são apenas remota e vagamente.

É importante registrar que a estabilidade constitucional não é sinônimo de sua imutabilidade¹. Embora a estabilidade e a mudança constitucional não sejam “irmãs antípodas”, tampouco possuem um vínculo distante haja vista que “a relação entre tempo e direito é marcada por uma constante tensão decorrente da própria característica de cada um desses elementos” (TEIXEIRA; NASCIMENTO, 2017, p. 438).

¹ Para Karl Loewenstein (1979), a busca por uma identidade constitucional ideal jamais será alcançada sem implicar em tensões internas do Estado e em inesgotáveis prejuízos à aplicabilidade das normas jurídicas. Em síntese, a imutabilidade das normas não conduz à permanência histórico-normativa do instituto constitucional, mas tão somente à incongruência entre realidade social e o texto magno.

O tempo opera uma articulação permanente da realidade. Portanto, a tensão entre estabilidade e mudança constitucional é somente aparente, exprimindo categorias complementares ou fases intercorrentes na proteção de conquistas de direitos e na tentativa de galgar novos sucessos constitucionais². Enquanto mudanças são necessárias para a adaptação e sobrevivência da ordenação positiva, pois “oxigenam” a estabilidade normativa, o núcleo estável retira do alvo de sucessivas reviravoltas históricas os componentes identitário essenciais de uma determinada sociedade.

Em face destas observações, David A. Strauss (2010, tradução nossa) aponta para a inevitabilidade³ de uma “Constituição viva” (“*The living Constitution*”), aquela que “evolui, muda no decurso do tempo, e adapta-se a novas circunstâncias, sem que seja formalmente emendada”⁴.

Uma Constituição é inevitavelmente afetada pelo constante processo de reformulação histórica e como pretende alcançar os novos parâmetros regentes da conduta humana deve acompanhá-los, sob pena de inobservância de seus preceitos normativo ou de que suas normas se tornem contraproducentes à própria evolução da sociedade, obstruindo o progresso natural e histórico de sua estrutura organizacional.

Contudo, a ideia de uma Constituição viva é alvo de certa resistência acadêmica e tende a despertar uma série de inquietações na opinião pública. Para Strauss (2010) tais reações demonstram como a clássica concepção de perenidade da Constituição está enraizada no imaginário constitucional norte-americano. Na perspectiva de uma fundação sólida (“*rock-solid foundation*”), a Constituição contém os princípios fundamentais que regem a organização de uma comunidade política, de modo que sua observância deve ser constante e obrigatória pelos membros e instituições desta comunidade (STRAUSS, 2010, p. 2).

² Essa relação de interdependência recíproca revela a necessidade de reconhecer o aspecto dialético do vínculo entre a instituição jurídico-constitucional da sociedade e a temporalidade contextual que pretende conformar normativamente, “não sendo possível dizer o direito senão dando o tempo” (TEXEIRA; NASCIMENTO, 2017, p. 439). Por consequência, as normas constitucionais registram e transmitem o passado, podendo ou não imprimir um novo significado; além de inscreverem promessas e compromissos normativos, que nada mais são do que aberturas para a retomada da decisão ou questionamento perante as gerações vindouras.

³ Considerando a permanência de mais de 220 anos da Constituição norte-americana, a conclusão imediata do autor será a de que não há uma alternativa realista para o conceito de Constituição viva. Ainda que passível de emendas, é irreal esperar que todas as mudanças fáticas sejam incorporadas à Constituição pela via formal, especialmente em virtude do seu procedimento dificultoso e da baixa atratividade do mecanismo dentro da própria experiência constitucional americana (STRAUSS, 2010).

⁴ No original: “*A ‘living constitution’ is one that evolves, changes over time, and adapts to new circumstances, without being formally amended.*” (STRAUSS, 2010, p. 1).

Sob esse viés, a proposta de uma Constituição viva toma a dimensão de “constituição manipulável” (“*manipulable constitution*”), suscetível a ideias “flutuantes” daqueles que a interpretam – isto é, as mudanças da Constituição seriam realizadas conforme os ideais de seus intérpretes, em geral, de um grupo de juízes (STRAUS, 2010, p. 2).

Todavia, os reverses descritos acima não subsistem ao aprofundarmos na teoria de Strauss. O catedrático da Universidade de Chicago é insistente em definir como uma Constituição pode evoluir sem comprometer a estabilidade dos princípios constitucionais e sem se tornar instrumento de juízes-intérpretes. Para tanto, afirma que apesar de a Constituição viva ser parte central do sistema constitucional, o documento constitucional escrito ainda é ponto crucial do ordenamento jurídico.

Isso ocorre porque as prescrições encontradas no texto constitucional evitam que questões políticas altamente controversas sejam rediscutidas constantemente. Por outro lado, é imperativo destacar que não constituem e nem pretendem estabelecer respostas universais eternas. As cláusulas escritas fornecem sempre o ponto de partida para solucionar os novos contenciosos de ordem constitucional. Consequentemente, o direito constitucional terá início no próprio texto e procederá a partir dele – “*always, though, constitutional law begins with the text and proceeds from there*” (STRAUSS, 2015, p. 4).

Enfim, a Constituição viva pressupõe a existência de uma constituição com “c minúsculo”⁵, referente às instituições políticas fundamentais da sociedade ou à constituição em prática⁶, e uma Constituição com “C maiúsculo” atinente ao documento escrito⁷ (STRAUSS, 2010). Desta feita, o intérprete deverá conciliar as duas Constituições, permitindo estabilidade à ordem constitucional escrita e dinamicidade à constituição viva (STRAUSS, 2015).

⁵ Strauss (2010, p. 35) descreve a constituição com “c minúsculo” (“*small-c constitution*”) como uma espécie de retrato de como realmente a prática constitucional opera – “*the constitution as it actually operates, in practice*”.

⁶ Naturalmente, podemos vislumbrar a influência da concepção sociológica de Constituição proposta por Ferdinand Lassalle (2001, p. 10-11), para quem “os fatores reais do poder” seriam a força motriz e o fundamento as leis e instituições jurídicas vigentes, “determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”.

⁷ A Constituição escrita é tão importante quanto a constituição com “c minúsculo” extraída da prática, pois estabelece o conjunto de interesses, crenças e opiniões comuns aos membros de uma comunidade política. Isto é, sedimenta um verdadeiro “terreno comum” (“*common ground*”) entre indivíduos e grupos sociais que permite a resolução de disputas e contenciosos sem desencadear uma fragmentação interna da sociedade (STRAUSS, 2010, p. 100).

A complexidade do direito constitucional nunca será apreendida pela simples leitura do texto consoante uma vontade que lhe é supostamente intrínseca ou definida por seus fundadores. Por vezes, haverá uma exigência implícita de contemplar e compatibilizar interesses institucionais visto que é a mudança no arranjo político-institucional da sociedade que fomenta a alteração do documento seja por via formal ou informal. Se as instituições responsáveis por pôr a Constituição em prática não mudam, mesmo que o seu texto seja alterado ela não sofrerá efetivamente qualquer transformação.

No cenário pátrio, José Afonso da Silva (2007) assinala que a permanência da ordem constitucional depende de fatores extrínsecos e intrínsecos. Os extrínsecos relacionam-se à ordem política, sociológica e psicológica. Já os intrínsecos, às técnicas jurídicas estabelecidas nas próprias normas constitucionais a fim de assegurar sua estabilidade (SILVA, J. 2007, p. 237).

Assim, o sistema de mudança constitucional seria um pressuposto fundamental da estabilidade⁸, que se orienta pela observância da tríade composta pelo princípio democrático, pelo princípio da constitucionalidade das leis e pela proteção dos direitos humanos. E este último representaria a essência da legitimidade da Constituição rígida como instrumento da concretização da vontade popular.

Desse modo, ainda que a realidade constitucional sirva de parâmetro para as inevitáveis transformações do Texto Magno, implicando em processos de alteração formais e informais, somente o fará na medida necessária à continuidade da ordem constitucional vigente.

As mudanças efetuadas através de emendas constitucionais encontram-se vinculadas ao princípio da supremacia da Constituição e submetidas à qualificação de reformas formais e deliberadas⁹, tendo em vista a sua subordinação às formalidades inscritas no texto constitucional para o exercício do poder constituído reformador (SILVA, J. 2007).

Com efeito, a denominada reforma constitucional “é processo técnico de mudança constitucional” (HORTA, 1992a, p. 25) e aduz à designação convencional de modificação das normas constitucionais (FERRAZ, 2015).

⁸ “As Constituições mudam para que permaneçam constituindo, até porque nem sempre o direito pauta a sociedade, pois esta também tem ingerência sobre o direito, o que é feito levando-se em conta o tempo e um dado contexto histórico.” (TEIXEIRA; NASCIMENTO, 2017, p. 439).

⁹ Para Karl Loewenstein (1979), além do sentido formal, constata-se a materialidade do instituto da reforma através do resultado do processo político de alteração manifesto na figura das emendas constitucionais.

Existem também “processos não-formais de mudança constitucional” (SILVA, J. 2007, p. 241). A abordagem das “transições ou mutações constitucionais” (CANOTILHO, 1997, p. 1228) produz uma transformação na configuração real do processo político racionalizado pela Constituição (LOEWENSTEIN, 1979). Nessa conjuntura, a estrutura social demanda atualização da compreensão dos institutos constitucionais, porém sem exigir a alteração formal do documento escrito. Em outros termos:

São mutações semânticas que transformam o sentido, o significado e o alcance da Constituição, sem lhe alterar o enunciado formal, sem mudar a letra do texto. Isso se dá por força das modificações das tradições, da adequação político-social, dos costumes, de alteração empírica e sociológica, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetam a estrutura orgânica do Estado. (SILVA, J. 2007, p. 241-242).

A mutação constitucional seria o resultado do exercício concretizador das normas constitucionais visto que permite ao texto constitucional acompanhar a realidade, sem modificação expressa de seus ditames, mas ainda assim produzindo resultados inovadores.

2.1 A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

As noções basilares de um poder capaz de estabelecer a organização fundamental de um Estado, cuja natureza é eminentemente distinta dos poderes decorrentes dessa organização, estão presentes desde a Antiguidade e as reflexões helenísticas sobre política. No entanto, somente no século XVIII, o poder constituinte toma forma associado ao advento de uma Constituição escrita.

Emmanuel Joseph Sieyès (1988; 2003), o notório Abade Sieyès, torna-se um dos marcos inspiradores da Revolução Francesa com a edição do seu manifesto intitulado “O que é o Terceiro Estado?” (“*Qu’est-ce que le Tiers état?*”)¹⁰. No decurso de sua defesa

¹⁰ A obra de Sieyès (1988; 2002) inicia com três indagações: 1. O que é o Terceiro Estado? 2. O que tem sido até agora na ordem política? E 3. O que ele demanda? Em sua explicação, o francês aponta que, apesar da ausente representação do Terceiro Estado, correspondente ao Povo, é “tudo” (“*tout*” e demanda ser algo (“*à être quelque chose*”). Contextualizando-o, o manifesto de Sieyès é escrito durante o reinado de Luís XVI, cujo Estado enfrentava forte crise financeira e sociopolítica à medida que os estamentos sociais franceses manifestavam seu descontentamento com o *status quo*, em especial a população média em face dos exagerados privilégios da nobreza. É a necessidade de reforma política que fundamenta o texto em comento, que, por sua vez, ao alocar o Terceiro Estado como núcleo da sociedade fundamenta as reivindicações e insurgências da Revolução e, posteriormente, a reorganização da França.

por um governo mais representativo, Sieyès propõe um “modelo de democracia dual” (BINENBOJM, 2010, p. 23) no qual, em primeiro nível, está a manifestação da força dos elementos espontâneos comuns à massa popular de uma nação através do exercício do “poder constituinte” (“*pouvoir constituant*”); e, em segundo nível, os poderes constituídos correspondentes ao governo nacional (SONENSCHER, 2003, p. xix-xx).

À luz de seus apontamentos, a nação é anterior à organização estatal e sua fonte de autoridade visto que concebe a origem de tudo, inclusive do próprio direito – “antes da nação e acima da nação, existe somente o direito natural”¹¹ (SIEYÈS, 2003, p. 136). Aqui, o conceito de nação¹² é impulsionado no sentido de atribuir ao povo a legitimidade suprema, porém sua inserção no discurso político também contém a força de “figura de argumentação” na tentativa de resolver a contradição existente entre o *pouvoir constituant* (cujo resultado foi a Constituição francesa de 1791) e o *pouvoir constitué* (nomenclatura destinada à monarquia e ao rei) (MÜLLER, 2013, p. 50). Nação encarnaria, portanto, a vontade e os interesses que compõem e advogam em prol da identidade da comunidade ante os interesses momentâneos.

Para fixar a organização e funções dos organismos que executarão os interesses nacionais, é necessária uma vontade representativa especial – manifesta através da Assembleia Nacional – correspondente à ação de um poder constituinte¹³ (SIEYÈS, 2003). Portanto, distingue-se um poder ilimitado e inicial, fundador de uma Constituição, cuja titularidade pertence à nação; dos poderes constituídos, encarregados da legislação ordinária posterior e da administração governamental, restritos aos parâmetros previamente firmados pelo poder originário e incapazes de modificar os termos de sua vinculação à ordem constitucional.

Para Sieyès, o meio adequado para evitar que o estado seja corrompido pelos privilégios de uma nobreza gananciosa seria a criação de uma constituição fundada no

¹¹ “*The nation exists prior to everything; it is the origin of everything. Its will is always legal. It is the law itself. Prior to the nation and above the nation there is only natural law*” (SIEYÈS, 2003, p. 136).

¹² Friedrich Müller (2013, p. 49) reflete que o conceito de “nação” conservou sua inocência apenas na França, onde é empregado de forma análoga ao conceito de “povo” diante da questão da legitimidade de um sistema político consoante a soberania popular. O jurista alemão identifica que os textos constitucionais lidam hesitantemente com o termo nação, para além da sua “carreira duvidosa” com os movimentos nacionalistas do século XIX, em virtude da inexistência de qualquer “comunidade ‘de sangue’”, tendo em vista que as ordenações constitucionais representam comunidades culturais e, assim, o conceito de “povo” – empreendido sobretudo no século XX – expressa com maior precisão os designios de uma constituição democrática e plural (MÜLLER, 2013, p. 49).

¹³ “*In each of its parts a constitution is not the work of a constituted power but a constituent power.*” (SIEYÈS, 2003, p. 136). Em tradução livre: “Em cada uma de suas partes, uma constituição não é obra de um poder constituído, mas de um poder constituinte”.

cumprimento do direito natural superior a todas as leis positivas. Nesse quesito, Gustavo Binenbojm (2010, p. 23) salienta que a teoria do Abade “promove uma convergência entre as perspectivas de Locke e Rosseau”, compatibilizando um projeto liberal de governo limitado pelo poder popular (expresso na regra da maioria) através de um instrumento elaborado por via de seus representantes.

Assim, o próprio fato de o poder constituinte dar origem à Constituição determina que em circunstâncias conflitantes suas disposições deverão prevalecer sobre a lei, pois derivam da vontade máxima da nação. Significa dizer que o “governo pode exercer poder real somente enquanto for constitucional”¹⁴ (SIEYÈS, 2003, tradução nossa). Irrefutavelmente, tal precedente desempenhou extrema relevância para a sustentação da supremacia constitucional, uma vez que todo poder político guarda na Constituição seu pressuposto de legitimidade, submetendo-se aos limites, preceitos e paradigmas por ela estipulados.

Por outro lado, para o autor, a nação não está sujeita à forma da Constituição e não o poderia ser justamente porque se trata de direito natural, cuja vontade não pode ser alienada nem proibida de eventualmente alterar-se conforme seus interesses (SIEYÈS, 2003, p. 138). Para ele, não importa a forma que adquira a vontade nacional sempre será a lei suprema, seja através de princípios implícitos ou disposições constitucionais escritas. Tal característica do poder constituinte chama-se de permanência na medida em que não desaparece nem se esgota ao estabelecer a Constituição, possibilitando à nação refazer ou substituir a sua obra.

Contudo, Von Stefan Breuer (1984) indaga possível contradição entre o argumento em que o ato constitucional detém suas funções limitadoras e legitimadoras por estar fundado na força constituinte que é expressão do direito natural; e o apelo à nação independente e absolutamente livre, que o tornaria mera manifestação “provisória” diante da vontade nacional.

Pontualmente, destaca-se a seguinte reflexão:

A nation should not and cannot subject itself to constitutional forms because, at the first conflict between the various parts of its constitution, what would become of a nation so disposed and so ordered as to be unable to act in any other way than through the provisions of the disputed constitution? (SIEYÈS, 2003, p. 138)¹⁵.

¹⁴ “Government can exercise real power only insofar as it is constitutional” (SIEYÈS, 2003, p. 137).

¹⁵ Em tradução livre: “Uma nação não deve e não pode se sujeitar a formas constitucionais porque, no primeiro conflito entre as várias partes de sua constituição, o que seria de uma nação tão disposta e ordenada

Em resposta, Sieyès argumenta que se assim procedesse, a nação não teria uma existência anterior nem independente das regras e dos procedimentos do documento constitucional, negando sua própria essência como origem da organização vital de uma comunidade. Logicamente, para o Abade, a nação não apenas não está submetida à Constituição como não o poderá ser e nem o deve ser, e, por conseguinte, não o é¹⁶.

De forma inequívoca, a própria independência da nação perante as formas indica o caráter extraordinário da representação constituinte, visto que em sua manifestação ideal somente em determinadas circunstâncias uma Assembleia Nacional será convocada sob o interesse de operar a vontade nacional. O caráter incondicionado do poder constituinte comprova-se na medida que tal representação está desvinculada de qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade, isto é, não está submetida a critérios de constitucionalização. Nos ditames de Sieyès (2003, p. 139): “aqui a realidade é tudo e a forma, nada”.

É a inauguração de uma ordem jurídica através da Constituição que designará o primado de sua forma sobre os poderes constituídos ao conferir o ponto inicial no qual se fundamenta as ações destes. Evidentemente, para o francês, o ato inconstitucional é desprovido de efeitos e incompatível com a vontade da nação e, portanto, incoerente com a nomenclatura de direito.

Com isso, Sieyès (2003, p. 142) conclui que: 1. somente uma representação extraordinária pode alterar ou conceber uma constituição¹⁷; e 2. essa representação constituinte deve ser formada sem a distinção entre ordens sociais, isto é, o corpo representativo defende a vontade nacional não direitos e/ou interesses insulares¹⁸.

Correlatamente, por não ser um fenômeno usual e frequente, o Poder Constituinte Originário procura instituir regras, procedimento e órgãos competentes para modificar as normas que compõem sua obra. Anna Cândida da Cunha Ferraz (1992, p. 9-10) observa que mesmo que uma Constituição não tenha vocação para ser eterna, tem sem sobra de dúvida “vocação para ser durável” e, por isso, qualquer tipo de alteração das

a ponto de ser incapaz de agir de outra maneira que não seja através das disposições da constituição disputada? (SIEYÈS, 2003, p. 138)

¹⁶ “*Not only is a nation not subject to a constitution, it cannot and should not be – which amounts to repeating the point that it is not subject to a constitution.*” (SIEYÈS, 2003, p. 137) (Grifo do autor).

¹⁷ Para Sieyès, a liberdade para reformar e revisar sua constituição a qualquer momento é um direito fundamental da nação (BREUER, 1984).

¹⁸ Von Stefan Breuer (1984) salienta que Sieyès desenvolve uma importância fundamental aos direitos humanos e civis, considerados como cânones indispensáveis à constituição e cuja proteção constitui meta que todas as constituições políticas devem procurar alcançar sem distinção.

normas constitucionais deverá pressupor a permanência “do titular do Poder Constituinte Originário” – o povo; “da ideia de direito que informa a Constituição; e “dos valores fundamentais que inspiram a Constituição”.

Nessas condições, as alterações conformam-se com o espírito, a inspiração e o fundamento da Constituição ainda que importem novo conteúdo constitucional (FERRAZ, 1992). O que significar dizer que o resultado de eventual mudança não importa por si só em reativação do Poder Originário pelo povo - e conseqüentemente em uma nova Constituição -, mas que ocorre uma reforma, revisão ou releitura da Constituição originária pelos Poderes Constituídos

Em acréscimo, a proposta clássica de Sieyès contém indícios de uma espécie de controle de constitucionalidade das leis, posto que seu modelo preliminar considera um tribunal competente para “conter os excessos por maiorias legislativas irresponsáveis, cuja vontade não se poderia sobrepor à vontade superior do povo expressa na Constituição” (BINENBOJM, 2010, p. 24).

2.1.1 O poder constituinte e a vinculação da decisão política fundamental

A transição da aristocracia europeia para os modelos imperialistas dos Estados nacionais burgueses impôs ao discurso constitucional novos desafios relativos à soberania política e ao poder constituinte. As mudanças socioeconômicas do século XX implicaram em uma profunda transformação na organização estrutural da sociedade política. O núcleo do Estado¹⁹, anteriormente voltado à função unificadora e sintetizadora de opostos sociais, foi transferido para a pluralidade²⁰ e totalidade dos componentes da vida burguesa – e o político tornou-se, pois, o total (SCHMITT, 2015; BREUER, 1984)

A teoria do poder constituinte foi incorporada pelo jusfilósofo Carl Schmitt (2004; 2005; 2015), cuja tese do “guardião da constituição” teve por inspiração o *design* constitucional proposto pelo eclesiástico francês: “autoridade de cima, confiança de baixo” (“*Autorität von oben, Vertauen von unten*”) (BREUER, 1984, p. 495). No entanto,

¹⁹ Carl Schmitt (2015, p. 125) destaca que a estrutura do Estado liberal do século XIX distinguia-se da sociedade (“*state-free society*”), adotando uma postura de neutralidade extensiva e de não-intervenção em face da religião e economia, e, portanto, respeitando a autonomia da vida privada. Nos termos do autor, o Estado seria “forte o suficiente” para enfrentar, por conta própria, todas as outras forças sociais e porquanto determinar seu próprio arranjo estrutural (SCHMITT, 2015, p. 125).

²⁰ Sobre o sistema de representação proporcional, Schmitt (2015, p. 141) critica o aparente confronto das características fundamentais de um direito eleitoral “igual e imediatamente democrático”, reduzindo uma democracia parlamentar a um “estado partidário”, posto que o efeito desse tipo de divisão pluralista do Estado seria meramente estatístico.

a disciplina de Schmitt (2015) insistirá que no cerne dos atributos de soberania e onipotência do poder constituinte estaria contida a orientação pela possibilidade de modificação somente de normas constitucionais individuais e não da Constituição como um todo por se tratar da “decisão política fundamental” da comunidade nacional.

Significa dizer que, embora reconhecesse a permanência do poder constitucional, Carl Schmitt propôs a criação de uma barreira clara ao dinamismo dos poderes constituídos. Tal barreira encontrar-se-ia na decisão total que consagra e correspondente à existência da nação²¹ alemã, restringindo a convocação do poder constituinte apenas a conflitos constitucionais afetos à base dessa decisão (BREUER, 1984,).

Schmitt complementa que o ponto de partida do Estado não mais se identificaria na vontade individual nem no direito natural, mas na unidade, que tem vontade e poder de estabelecer um sujeito homogêneo e adotar uma determinada forma política. A decisão política que funda o tipo, a forma e a existência do Estado não exige justificativa moral ou jurídica, mas apresenta um significado próprio na existência política. Portanto, “esse ato de autodeterminação e determinação não é derivado de nenhuma vontade individual nem de normas prescritas pelo direito natural; é, de um ponto de vista normativo, ‘nascido do nada’”²² (BREUER, 1984, tradução nossa).

Com o propósito de compreender melhor seu posicionamento, é preciso destrinchar o tratamento destinado pelo autor ao tema “soberania”.

Schmitt (2005) atribuiu o caráter de soberano ao poder último que decidirá no casos de exceção²³, isto é, cuja decisão contemplaria os casos cuja previsão expressa na norma geral não é passível de ser aplicada. Precisamente, a decisão de exceção está situada nos aspectos limítrofes da ordem constitucional, nos cenários de conflitos pontuais que tendem a promover (ou estão aptos a desencadear) uma crise na ordem jurídica.

²¹ Um dos pontos de interesse de Carl Schmitt estaria na vinculação da estrutura do Estado ao conceito de “nação” ao passo que implica na produção de decisões vinculantes conforme os limites de uma territorialidade. A democracia expressa nos ditames schmittianos exploraria, em virtude da nacionalização, uma vontade de homogeneidade e consequente eliminação dos heterogêneos, concebendo o monopólio das decisões da vontade nacional não pela racionalização da política, mas pela previsibilidade dos meios políticos disponíveis (BREUER, 1984).

²² “*Dieser Akt der Selbstsetzung und bestimmung ist weder aus irgendwelchen Einzelwillen noch aus naturrechtlich vorgegebenen Normen abgeleitet, er ist, normativ betrachtet, ‘aus einem Nichts geboren’.*” (BREUER, 1984, p. 511).

²³ “*Sovereign is he who decides on the exception*” (SCHMITT, 2005, p. 5)

A exceção torna-se a questão relevante na medida em que os detalhes emergenciais - que não podem ser antecipados ou vislumbrados - e o modo pelo qual devem ser resolvidos dotam o poder soberano de sua essência. Essa suposição encontra respaldo no fato de que a orientação traçada pelas normas constitucionais se encontra nos limites de sua aplicação e quando os contornos vinculativos dos princípios fundamentais não alcançam os conflitos insurgentes, há uma manifestação de soberania. A esse respeito, Schmitt sinaliza que:

The most guidance the constitution can provide is to indicate who can act in such a case. If such action is not subject to controls, if it is not hampered in some way by checks and balances, as is the case in a liberal constitution, then it is clear who the sovereign is. He decides whether there is an extreme emergency as well as what must be done to eliminate it. (SCHMITT, 2005, p. 7).²⁴

Prosseguindo, Carl Schmitt (2005, p. 9) recorre à contribuição de Jean Bodin²⁵ para uma concepção indivisível de soberania (e para a questão do poder no Estado) e afirma que a autoridade para suspender o direito válido, quer de forma geral ou em casos específicos, representa “a marca de fato da soberania” (“*the actual mark of sovereignty*”) ao passo que todas as demais autoridades do Estado derivariam desta.

Mas a quem pertenceria a titularidade por uma competência não prevista e, em uma discussão mais ampla, a quem caberia um “poder ilimitado”? - “*Who is supposed to have unlimited power?*” (SCHMITT, 2005, p. 10).

Segundo Schmitt, apesar do positivismo jurídico e de correntes racionalistas neokantianas romperem com o modelo de ficção teleológico²⁶ característico das

²⁴ Em tradução livre: “A maior orientação que a Constituição pode fornecer é a indicação de quem pode agir nesse caso. Se tal ação não está sujeita a controles, se não está impedida de alguma forma pelos freios e contrapesos, como é o caso em uma constituição liberal, então está claro quem é o soberano. Ele decide se existe um caso emergencial extremo e o que deve ser feito para eliminá-lo.” (SCHMITT, 2005, p. 7)

²⁵ A questão primordial no pensamento de Bodin, tal como retratado por Carl Schmitt (2005, p. 8), estaria na sua estruturação das relações de poder entre o monarca e os estados (ou o povo) pela fórmula “um ou outro” (“*either/or*”) expressa da seguinte forma: via de regra, as questões vinculadas ao direito natural submetem o monarca a decidir conforme o interesse do povo; porém quando de encontro a crises e emergências em que o elo para com os princípios gerais do direito natural cessam, o poder será incondicionado - “*In general, according to him, the prince is duty bound toward the estates or the people only to the extent of fulfilling his promise in the interest of the people; he is not so bound under conditions of urgent necessity*”.

²⁶ A “teleologia política” marcada quer seja pela “onipotência” do legislador moderno ou pelo caráter “milagroso” das decisões da jurisprudência, em especial no que tange o controle de constitucionalidade, foi um forte alvo de crítica do autor (SCHMITT, 2005, p. 36). A transferência de características teológicas e metafísicas à estrutura estatal seria responsável por atribuir certo misticismo ao sistema político estatal e suas autoridades públicas, restando notória a incapacidade do sistema de responder a objeções e indagações sobre suas contradições internas.

monarquias, ao difundir uma nova ficção em prol da jurisprudência e da forma jurídica²⁷ também demonstraram a sua equivocidade. Em suas demandas pela objetividade do direito e conseqüente eliminação de todos os elementos pessoais do conceito de Estado, os autores positivistas falhariam por sequer cogitar a determinação da essência de uma decisão legal por via da conexão existente entre a autoridade formal e o interesse subjetivo que se manifesta através dela.

Longe de ser inédita, a controvérsia ainda suscita novos aspectos de discussão até os dias atuais. Contudo, na época, um novo paradigma foi atingido com a introdução da noção rousseauiana de soberania popular e da teoria do poder constituinte de Sieyès, transferindo a responsabilidade soberana de uma unidade pessoal ou de um espírito ou deidade criadora para uma consciência nacional decorrente da unidade que representa uma comunidade (SCHMITT, 2005).

O perfil “decisionística e personalístico” (“*decisionistic and personalistic*”) - assim como qualquer aspecto teístico - do conceito de soberania se perde, posto que a decisão soberana provém agora da unidade do Estado ao representar interesses e coalizões inerentes a “um todo orgânico” (SCHMITT, 2005, p. 48-49). Não obstante, a concepção de uma soberania transcendental também cessa ao final do século XIX, consolidando o princípio da legitimidade jurídica sob o marco democrático (SCHMITT, 2005, p. 51).

O debate schmittiano sobre soberania elucida sua perspectiva sobre a dinâmica entre o poder constituinte e os poderes constituídos. Enquanto ao poder constituinte não se pode atribuir vinculação nos casos de ruptura da ordem constitucional justamente por ser um poder soberano e incondicionado, aos poderes constituídos é incumbida uma reserva quanto aos princípios fundamentais genuínos e característicos da própria fundação da ordem pública e cujo conteúdo detém hierarquia supralegal (“*supralegal dignity*” ou, nos termos de Maurice Hauriou, “*superlégalité constitutionnelle*”) (SCHMITT, 2004, p. 57). Dito de outra forma, a reforma da constituição somente será exercida quando coerente para a preservação desses princípios e, por conseguinte, para a preservação da decisão política fundamental da nação.

Em adição, frisa que o reconhecimento de uma sociedade pluralista, dividida em núcleos heterogêneos e representada por uma pluralidade de configurações organizadas, implica na aceitação de que “todo princípio de maioria aritmética perde seu significado” (SCHMITT, 2004, p. 43). Isso justificaria a necessidade de maior proteção

²⁷ Carl Schmitt (2005; 2015) define decisionismo jurídico como a postura pela qual uma decisão jurídica concreta contém um momento de decisão que não poderia ser derivado do conteúdo da norma.

formal e material contra reformas recorrentes e de maior cautela quanto aos meios utilizados para tanto, sob pena de desvio do princípio democrático²⁸.

2.1.2 A permanência da Constituição e os fatores reais do poder

Em busca da verdadeira essência da Constituição, o francês Ferdinand Lassalle (2001) inaugura a sua concepção sociológica. Perquirindo a intensidade com a qual a sociedade protestava em questões de teor constitucional, sobremaneira diante de tentativas de modificar a Constituição²⁹, Lassalle demonstrará o que subjaz esse espírito fundamental atribuído aos documentos constitucionais.

Assumindo a qualificação de lei fundamental de uma nação, a Constituição distingue-se das demais leis porque se encontra posicionada no núcleo do sistema jurídico-político de um Estado e, por isso, pretende reger as instituições vigentes no país. No entanto, para que seja merecedora dessa designação, deve informar o fundamento que esclarece a necessidade de sua exigência como tal. Este fundamento implica na “noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia, fazendo-a assim e não de outro modo” (LASSALLE, 2001, p. 10)

A incógnita da força ativa, que obriga as leis e as instituições a serem o que são e como são, só poderia residir na realidade e nas relações estabelecidas pelas forças políticas que nela atuam. Por isso, a síntese clássica formulada por Lassalle (2001, p. 17) será a de que, em essência, a Constituição é “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”.

Em sua análise, Paulo Roberto Barbosa Ramos (2012, p. 40) esclarece que o conceito proposto por Lassalle diz respeito a um sentido material – que, muito embora, seja diverso do sentido moderno³⁰ - caracteriza a “verdade da organização de uma dada sociedade, aquela que reflete o impulso da articulação dos fatores reais efetivos do poder”.

²⁸ Principalmente em face das circunstâncias derivadas da combinação de partidos menores (e consequentemente de seus interesses), que é considerada uma prática de “sobrevivência” (“a matter of survival”) política em sistemas pluripartidários (SCHMITT, 2004, p. 44).

²⁹ “[...] não protestamos quando as leis são modificadas, pois notamos, e estamos cientes disso, que é esta a missão normal e natural dos governos. Mas, quando mexem na Constituição, protestamos e gritamos: ‘Deixem a Constituição!’ Qual é a origem dessa diferença?” (LASSALLE, 2001, p. 8)

³⁰ “É importante ainda que se diga que o sentido material dado por Ferdinand Lassalle à Constituição é diferente do sentido moderno de Constituição material. Constituição material, no sentido moderno, é aquela que faz alusão à garantia efetiva dos direitos individuais e à limitação real do poder absoluto.” (RAMOS, P. 2012, p. 40)

Sobre o exercício do poder político, o autor trata das particularidades que caracterizam o poder exercido pelo soberano estatal, através de seu aparato institucional; e o poder decorrente da vontade do povo, apoiado na composição de uma nação. No primeiro, o poder político encontra-se organizado e pode se reunir e ser utilizado a qualquer momento em que for necessário. De outra feita, a vontade do povo, embora seja infinitamente maior, não está organizada e dependerá do “seu grau de acometimento” para agir - trata-se de um “poder inorgânico”³¹ (LASSALLE, 2001, p. 22).

Estabelecidos os contornos de sua concepção sociológica, Lassalle (2001, p. 17 e 23) afirmará, então, a existência de duas constituições: uma real e efetiva, integralizada pela dinâmica entre os fatores reais de poder; e uma escrita, a qual denomina de “folha de papel” e cujo objetivo seria formalizar tais forças atuantes na sociedade como instituições jurídicas.

Nessa perspectiva, uma constituição escrita só será “boa e duradoura” quando “corresponder à constituição real” (LASSALLE, 2001, p. 33). Onde tal correspondência não for viável surge um conflito incontornável cujo resultado sempre será a prevalência da constituição real sobre a constituição escrita. Forçosamente, deve-se reconhecer que “de nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder.” (LASSALLE, 2001, p. 37).

Com base nessa reflexão, o professor Paulo Roberto Barbosa Ramos (2012, p. 45) adverte que somente ao compreendermos o “jogo de poder que se dá na sociedade” será possível descobrir o “porquê de as instituições criadas para resguardar direitos não conseguirem protegê-los.” Isso visto que os problemas constitucionais estão intrinsecamente ligados aos problemas do poder e pouco contribuirão qualquer tipo de reforma ou mudança que não seja para compatibilizar a Constituição escrita às circunstâncias vitais inscritas na realidade social.

A doutrina sob exame é alvo de nossa concordância parcial por conceber enfaticamente a Constituição como produto das lutas políticas que compõem a realidade de um país. A manifestação do poder constituinte que, *a priori*, é incondicionada e ilimitada, encontra-se, em verdade, influenciada pelo esforço conciliador em face de fatores ideológicos, políticos, culturais e econômicos. A dinâmica entre o pensamento dominante e os interesses plurais minoritários não desaparecem no momento originário,

³¹ Consequentemente, uma força organizada só pode “sufocar” o poder da sociedade civil em virtude da sua desorganização. Contudo, essa relação de domínio não pode ser eterna e a população poderá um dia opor “sua formidável supremacia” (LASSALLE, 2001, p. 23)

nem podem ser desconsiderados de forma absoluta durante a vida do documento constitucional.

Como constata Márcia Haydée Porto de Carvalho (1997, p. 18), a Constituição “é fruto do fenômeno político, sendo destinada a regular esse mesmo fenômeno”. E embasados na parte final dessa afirmação, nossa divergência situa-se perante a alegação de Lassalle sobre os problemas constitucionais não serem problemas jurídicos³². Em que pese o Poder Constituinte ser “o poder de constituir o Estado” (VERONESE, 1999, p. 31), é justamente esta interlocução entre os elementos jurídico e político que conferem à Constituição a força para conformar a conduta humana e exercer sua autoridade para criar instituições jurídicas.

Ante as razões alavancadas, a tese de Lassalle deverá ser conjugada com o elemento jurídico presente na concepção de Konrad Hesse (1991)³³, na qual a força normativa da Constituição exige um contrapeso à subordinação aos fatores reais do poder, sob pena de torna-se mero reflexo instrumental da política.

2.2 LEGITIMIDADE E LEGITIMAÇÃO

O advento do Estado social e a expansão da constitucionalização para outros aspectos da vida dos governados, eleva ao poder estatal a responsabilidade de satisfazer tais necessidades, ampliando seu contingente material. À vista disso, Georges Burdeau (1985, p. 192) questiona se, uma vez encerrado o reinado da lei genérica e impessoal, o direito se tornaria uma forma de “empirismo autoritário” (*“empirisme autoritaire”*), através de um processo de normatização excessivamente concreto que posiciona o Estado em toda parte e que determina ao exercício do poder político a responsabilidade pelo desdobramento de uma política de planejamento e implementação de medidas sociais.

Na teoria política do francês, após a criação do documento constitucional, o poder constituinte³⁴ restaria “escravizado pelas massas” (*“asservi par las masse”*), em estado latente, até que seja novamente acionado por sua verdadeira vocação para retomar

³² “Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder [...]” (LASSALLE, 2001, p. 40)

³³ Importante observar que o referencial será aprofundado adiante no trabalho, em momento que lhe é mais oportuno.

³⁴ O autor ao mencionar a relação entre o poder constituinte e os poderes constituídos, utiliza-se ora da expressão *“le Pouvoir”* – referente ao primeiro – ora *“le Pouvoirs”* – usualmente ao segundo conjunto –, apesar da sutil distinção linguística, é possível diferenciá-los ao atentar que ao tratar do Poder à serviço das vontades da massas denota o condicionamento do poder exercido e, ao tratar de um Poder mestre da vontade humana, conduz à ruptura com a vontade precedente e a respectiva adoção de uma nova.

o seu papel de “organizador do futuro” (“*il redevient l’ordonnateur de l’avenir*”) (BURDEAU, 1985, p. 192). Consequentemente, seu retorno subordinará a massa, “em vez de esgotar-se a serviço das demandas incoerentes de uma multidão que se acreditava livre de qualquer vontade e capaz de obter tudo”³⁵ (BURDEAU, 1985, p. 192).

Não resta dúvidas sobre a inauguração de um novo momento da vida estatal e, consequentemente, de uma nova ordem jurídica, perante a atuação do poder constituinte, porém é necessário desenvolver algumas questões sobre a produção e o reconhecimento do direito legítimo: Quais os motivos que sedimentam a obediência civil à nova Constituição e a observância do condicionamento nela proposto aos poderes constituídos? E até quando se estendem?

2.2.1 O consenso ou o consentimento dos governados

O próprio Burdeau (1985, p. 192) enfatiza que o ponto fulcral está na “concordância (dos governados) com as vontades governamentais” (“*concordance avec les volontés gouvernementales*”). Os componentes volitivos de uma comunidade histórica ascendem à configuração constitucional na medida em que seu conteúdo alcança uma determinada posição na concepção de vida e de mundo desta comunidade, ou seja, quando são incorporados aos valores e fins inerentes àquela formação social.

José Afonso da Silva (2007) ressalta a inexistência de paradigmas uniformes e rígidos no que se refere aos procedimentos historicamente verificados para formação da Constituição, até mesmo quando fundados no postulado da soberania popular. Contudo, observa uma tendência da doutrina pátria pela adesão da tese que exige “um consenso popular que apoie as decisões políticas tomadas pelo representantes do povo” (SILVA, J. 2007, p. 69) para atestar sua legitimidade e, por conseguinte, justificar a sua observância e efetiva realização.

Outrossim, o direito positivo concede parâmetros apenas para medir a legalidade – conformidade para com a legislação ordinária -, enquanto a legitimidade será concebida nos termos em que determina racionalmente a consciência sobre a vinculação da norma constitucional. É com base nesses postulados que a edição do ato constituinte através de revolução, desde que reconhecida legítima, sustentaria a aceitação dos

³⁵ “[...] mais, cette fois en subordonnant la masse à ses propres fins au lieu de s’exténuer au services de revendications incohérentes d’une foule qui se croyait libre de tout vouloir et capable de tout obtenir.” (BURDEAU, 1985, p. 192)

governados perante os atos do poder estatal. Outra hipótese reconhecida pelo autor seria a aprovação popular dada como “implícita e preventiva” (SILVA, J. 2007, p. 69), via participação dos cidadãos nas eleições dos representantes componentes da Assembleia Nacional Constituinte ou pela ratificação *a posteriori* do documento constitucional.

Em crítica à sustentação clássica do consentimento dos governados, o catedrático norte-americano Randy E. Barnett (2003) denuncia que tal reivindicação de forma alguma coincidiria com as circunstâncias do momento constituinte. Segundo o autor, inexistem as condições necessárias para aferir a validade da alegação do consentimento e é muito pouco provável que, em momento posterior, estas condições existirão. Seu argumento parte do pressuposto de que o tipo de consentimento defendido demanda a sua real configuração através da unanimidade porquanto qualquer consenso por decisão não unânime não teria força vinculante sobre aqueles que não assentiram nesse sentido³⁶.

Na realidade constitucional norteamericana, a célebre expressão preambular “*We the People*” é por vezes alavancada como cláusula inequívoca da soberania popular e como satisfação irrefutável da presença de consenso popular às disposições constituintes. Como via alternativa, aqueles que reconhecem a impossibilidade de um consenso unânime, afirmam que o consentimento restaria preenchido através da ratificação do documento constitucional pelo *quórum* de mais de dois terços dos Estados-membros da Federação (correspondente a nove Estados).

Para Barnett (2003, p. 115), o culto à cláusula “*We the People*” trata-se de uma mera “ficção” dos fundadores constitucionais. Apesar de declararem o exercício dos direitos do povo de se autodeterminar e governar, não poderiam tê-lo feito, pois se encontravam ausentes os mecanismos para identificar o real consentimento da população norteamericana em 1787.

Dos argumentos que defendem um consenso na constituinte americana, destaca-se o suposto corolário de uma característica inata à lei legítima: o “dever moral de obediência” (“*moral duty of obedience*”) (BARNETT, 2003, p. 116) – similar ao conceito kantiano de imperativo categórico. Com base nesse argumento, a legitimidade

³⁶ “*Though ‘the People’ surely can be bound by their consent, this consent must be real, not fictional, and unanimous, not majoritarian. Any consent that is less than unanimous simply cannot bind nonconsenting persons.*” (BARNETT, 2003, p. 115) (Grifo do autor). Em tradução livre: “Embora ‘o Povo’ certamente possa ser vinculado por seu consentimento, esse consentimento deve ser real, não fictício, e unânime, não majoritário. Qualquer consentimento que seja menos que unânime simplesmente não pode vincular pessoas que não consentiram”.

constitucional seria confirmada diante de duas operações racionais: 1. O sistema que formula a lei é legítimo, portanto criará comandos aos quais os cidadãos possuem o dever moral à obediência; 2. Uma Constituição é legítima porque cria um sistema jurídico dessa natureza (BARNETT, 2003, p. 116).

No entanto, a objeção de Barnett esclarece que essa linha de pensamento não seria capaz de estabelecer um elo direto entre a vinculação da Constituição e a sua legitimidade via consenso popular, dado que os cidadãos estariam tão somente indiretamente vinculados pelos comandos constitucionais, e, em primeiro grau, submetidos às leis editadas por autoridades que agem em virtude desses comandos.

Além do mais, o argumento não tem contornos bem definidos, revelando ser insuficiente para determinar com certeza a sua plausibilidade. Afinal, no que consistiria o dever moral de obediência? E como este, por sua vez, seria justificado sem incorrer em uma retórica cíclica viciosa ou descaracterização do próprio conceito de consentimento?³⁷

Em face das reflexões suscitadas, Barnett (2003, p. 128) confirma que a legitimidade constitucional não pode ser simplesmente presumida (“*The Constitution’s legitimacy cannot, then, simply be assumed*”) e visa defender em sua tese que um conceito apropriado de legitimidade constitucional possui sustentação na reivindicação de que a ordem positiva é justa. No entanto, sem elencar todas as condições pelas quais se poderia concluir que um regime constitucional é ou não legítimo³⁸. O uso do conceito de legitimidade empregado em sua teoria depreende o âmbito entre os conceitos de justiça e

³⁷ É possível constatar tais vícios em três tentativas de justificar o dever de obediência com base no consenso. A primeira tentativa alega que o ato de votar é equivalente ao consentimento à obediência da ordem jurídica e, assim, ignora que tanto a manifestação de não consentimento através da abstenção (quando possível), assim como as hipóteses em que o exercício do voto é fundado na pretensão de influenciar ainda que marginalmente o resultado - que, de outra forma, seria desfavorável ao indivíduo -, são subjugadas pelo produto do pleito eleitoral, qualquer que seja (BARNETT, 2003, p. 118-119). Destina, pois, os conceitos de “consenso” e “consentimento” à sorte, desvirtuando seus significados por completo. A segunda tentativa considera que o simples ato de constituir residência ou permanecer no território do Estado é uma comunicação de consentimento e, assim, falha em dois aspectos: a) em resguardar o direito de não concordar sem implicar em prejuízos a direitos essenciais do indivíduos, visto que a recusa poderia implicar no exílio do não anuente; e b) em fornecer um fundamento razoável à autoridade que demanda tal consentimento e decreta o conseqüente exílio diante de uma negativa (BARNETT, 2003, p. 119-120). Por fim, a última tentativa recorre à aquiescência como forma de suprir o consentimento. Tal argumento confunde a “regra de reconhecimento” (“*rule of recognition*”) com as condições de legitimidade constitucional, visto que o reconhecimento de um sistema jurídico operante fornece apenas a perspectiva de sua existência, mas não identifica o porquê de seus comandos normativos exprimirem ou não vinculação em consciência nos cidadãos (BARNETT, 2003, p. 125). A aquiescência é um requisito para atestar a efetividade do sistema em uma determinada comunidade, de modo que, embora possa ser necessária, não é por si só suficiente para verificar a legitimidade da ordem constitucional (BARNETT, 2003, p. 128).

³⁸ O norte-americano não impõe à sua tese um conceito específico de justiça. Para Barnett (2003), contanto que seja adotada uma concepção de justiça, a legitimidade constitucional poder ser vislumbrada como produto de um procedimento que reafirma o caráter justo dos comandos normativos editados.

de validade das leis, levando em consideração que a regra de governo será limitada nas formas em que um governo genuinamente pautada no consenso popular não o seria³⁹.

Portanto, na ausência de meios factíveis de se aferir o consentimento, o postulado “primeiro vem os direitos, depois o governo” (“*first come rights, then comes government*”) demanda que a ordem jurídica para ser justa e vinculante deverá submeter qualquer restrição à direitos e liberdades pelos crivos da “necessidade” e da “adequação”⁴⁰ (BARNETT, 2003, p. 142). De forma sintética, o autor registra que:

Therefore, when we move outside a community constituted by unanimous consent, laws must be scrutinized to ensure both that they are necessary and that they do not improperly infringe upon the rights retained by the people. (BARNETT, 2003, p. 142).

Não obstante, é necessária quando protege os direitos de outrem e adequada quando para protege-los não viola o núcleo essencial de direitos dos demais cidadãos. O primeiro crivo determina o elemento da obrigatoriedade, visto que se a lei ou qualquer outro ato normativo é necessário para salvaguardar direitos e liberdades equivale, portanto, a um requisito indispensável para a reprodução estrutural do sistema jurídico. Já o segundo crivo, por assegurar a conservação e a garantia de direitos e liberdades, dispensa a obtenção do consenso (BARNETT, 2003).

Vale frisar que as qualidades apontadas são interdependentes e somente na presença das duas, uma ordem jurídica justifica-se como legítima. Conseqüentemente, é possível conceber uma lei válida, coerente aos seus requisitos formais, porém ilegítima pela inadequação dos processos e mecanismos para a garantia de um produto legislativo justo. Neste caso, a ilegitimidade da lei conduziria à conclusão de sua inaptidão em ser “vinculante em consciência”⁴¹ (“*binding in conscience*”) (BARNETT, 2003, p. 114).

Sistematizando suas conclusões, o catedrático norteamericano define que um sistema legal para ser legítimo deve assegurar que as leis a serem produzidas são

³⁹ Em comunidades cuja estrutura permitisse a existência de uma ordem jurídica constantemente legitimada pela unanimidade, as modificações constitucionais e legais podem tratar de qualquer conteúdo e restringir amplamente direitos, pois o consentimento é uma ferramenta apta e uma grandeza aferível à conformação da vontade popular. E, mesmo assim, requer a observância de direitos inalienáveis, cujo núcleo não permitiria a sua abolição nem mesmo pelo seu detentor de direito (BARNETT, 2003).

⁴⁰ Em tradução livre: “Portanto, quando saímos do âmbito de uma comunidade constituída por consentimento unânime, as leis devem ser examinadas para garantir que sejam necessárias e que não violem indevidamente os direitos retidos pelas pessoas.” (BARNETT, 2003, p. 142).

⁴¹ Contudo, a lei pode vir a ser considerada legítima, embora injusta, caso os procedimentos e critérios determinados para tanto atestem sua conformação à justiça e, ainda assim, tal lei seja injusta devido a falibilidade destes mecanismos. Nesse caso, a lei será “vinculante em consciência”, salvo quando a injustiça é evidentemente perceptível, isto é, quando notória a falha dos procedimentos (BARNETT, 2003, p. 114).

“necessárias e adequadas” (“*necessary and proper*”) e, para esse fim, requer uma “concepção procedimental de legitimidade” (“*procedural conception of legitimacy*”) e uma concepção de justiça pela qual será possível determinar a adequação dos processos de formulação do direito positivo (“*a conception of justice by which to assess the adequacy of lawmaking procedures*”) (BARNETT, 2003, p. 113 e 127).

A dose de ceticismo empregada por Barnett sobre o consenso constituinte, sobretudo no que define a doutrina como “legitimação” via “consenso implícito” permite que o debate sobre a legitimidade constitucional avance guiado pelo reconhecimento de direitos inalienáveis, inerentes à natureza humana e, por conseguinte, limitantes ao governo da maioria.

Contudo, mesmo com a elaboração de uma fórmula ideal para averiguar a legitimidade de uma ordem jurídica, o autor norteamericano reconhece a própria incapacidade de determinar a legitimidade da Constituição à qual estaria vinculado em consciência. Outra questão em aberto atine às extensões (ou contenções) do sistema jurídico, através de reformas estruturais, as quais seriam objeto de análise e justificações próprias.

Para os efeitos da presente investigação, não cabe questionar a legitimidade da constituinte brasileira de 1988, porém tal viés crítico demonstra-se imprescindível ao confrontar argumentos que intentem sustentação tão somente através da alegação do “consentimento popular” e do “dever moral à obediência” e seus desdobramentos.

2.2.2 A legitimidade por via procedimental

Sobre a temática, Jürgen Habermas (1997a; 1997b) realça, em sua obra “Direito e democracia”, a relação existente entre o direito positivo e o processo democrático na construção e transformação do poder político. O jusfilósofo alemão é reconhecido por sua vertente procedimental que busca, em condições processuais, garantir a autodeterminação e organização da comunidade jurídica a partir de uma gênese democrática.

Em sua exposição, assevera que o direito positivo tem por função precípua a redução da complexidade social, de modo tal que as regras jurídicas conseguem “compensar a indeterminação cognitiva, a insegurança motivacional e a limitada força de

coordenação de normas de ação moral” (HABERMAS, 1997b, p. 55)⁴². Dentro dessa concepção, os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito revestem-se do papel metafórico de “passos” rumo a este objetivo. O que será evidenciado especialmente nos momentos de concretização jurídica desses princípios e de constitucionalização dos processos da política deliberativa.

Em Habermas (1997b, p. 118), a Constituição é vista de forma dinâmica, como “um projeto inacabado”. De todo modo, o processo constituinte por ser duradouro e contínuo salienta uma dupla relação entre a Constituição e o tempo:

[...] enquanto documento histórico, ela relembra o ato de fundação que interpreta (ela marca um início no tempo e, simultaneamente, enuncia o seu caráter normativa, ou seja, relembra que a tarefa de interpretação e de configuração do sistema dos direitos se coloca para cada geração, **como uma nova tarefa**); enquanto projeto de uma sociedade justa, a constituição articula o horizonte de expectativas de um futuro antecipado no presente. (HABERMAS, 1997b, p. 119) (Grifo do autor).

Como se vê, a capacidade de auto-organização da comunidade jurídica em um Estado democrático de Direito não comporta uma ordem pronta e definitiva. Deste modo, tende a “reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema dos direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a institucionalizá-los de modo mais apropriado e a esgotar de modo radical o seu conteúdo” (HABERMAS, 1997b, p. 118). O que nos direciona à questão: como determinar as condições de validade de um sistema parcial e de suas futuras complementações?

Para decifrar e responder a pergunta, devemos entender alguns pontos e conceitos nucleares na teoria habermasiana. Assim, vejamos:

O processo de redução da complexidade da realidade social exige uma rede adequada para que conteúdos, posições e opiniões sobre a experiência de mundo sejam comunicados, filtrados e sintetizados. Aqui, está condensado o conceito de “esfera pública”, um espaço social que permite aos atores do discurso informarem questões politicamente relevantes (HABERMAS, 1997b, p. 92).

Conforme define o jusfilósofo, essa esfera é conduzida por um tipo de agir denominado “agir comunicativo”, isto é, “quando agentes coordenam seus planos de ação mediante o entendimento mútuo linguístico” (HABERMAS, 2004, p. 118). Esse agir

⁴² Habermas (1997b) reconhece uma “relação de complementaridade entre direito e moral”, sob o aspecto de que a imperatividade do direito compensaria as fraquezas inerentes ao modelo moral de coordenação da ação humana - apoiada exclusivamente pela razão prática.

comunicativo existe num sentido forte, quando o entendimento mútuo se estende às razões normativas de suas escolhas – os envolvidos fazem uso de orientações axiológicas partilhadas e se orientam por pretensões de verdade e de correção comuns. Em contrapartida, fala-se em “agir estratégico” quando o potencial de racionalidade comunicativa não é acionado e as interações são orientadas em virtude das consequências dos planos de ação – o objetivo maior é influenciar o plano de ação do outro (HABERMAS, 2004, p. 118).

A priori, a esfera pública será orientada e reproduzida através do agir comunicativo e somente poderá ser assumida pelos atores que agem estrategicamente quando configurar uma estrutura autônoma, isto é, quando já constituída como reflexo, em última instância, dos mesmos direitos e procedimentos reconhecidos por todos os membros da comunidade política. Por isso, os atores conscientes comunicativamente estão envolvidos na reconstituição e manutenção das estruturas da esfera pública – estão interessados para além dos seus interesses, na estabilização e ampliação da interação entre sociedade civil e esfera pública (HABERMAS, 1997b, p. 103).

Com uma esfera pública devidamente constituída, qualquer influência pública e política deverá antes passar pelo “filtro dos processos institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade” a fim de transformar-se em poder comunicativo e compor a legislação legítima; do mesmo modo, antes que uma opinião pública - de origem concreta - se torne convicção capaz de legitimar decisões políticas, deverá ser testada sob a ótica da “generalização de interesses” (HABERMAS, 1997b, p. 104). Todo esse processo comunicativo demonstra como a sociedade só pode transformar-se diretamente a si mesma, participando indiretamente na “auto-transformação do sistema político”, descrito pelas estruturas do Estado de Direito (HABERMAS, 1997b, p. 104).

Considerando essa trajetória, Habermas (1997a) conclui que as normas jurídicas são válidas quando suficientemente justificadas e faticamente aceitas (isto é, quando sua validade racional for comprovada) por um processo que lhes conferiu forma determinada e força institucionalizada.

Nestas condições, o sentido de validade não se resume à aceitabilidade racional da norma, mas exige a garantia de que os comandos normativos serão emitidos num processo de institucionalização jurídica, sujeito à formação livre da opinião e da

vontade política, que os transformará em força⁴³ obrigatória dentro da comunidade política.

As normas jurídicas “regulam o contexto vital dos cidadãos de uma comunidade jurídica concreta” (HABERMAS, 1997a, p. 194), ultrapassando os discursos abstratos para a fundamentação e aplicação pragmática em um contexto de conflito (e compensação) de interesses. Pois, embora as regras morais e as leis jurídicas sejam gerais, o são em sentidos diversos, dado que as primeiras alcançam a todos sem considerar exceções, enquanto as segundas se dirigem apenas aos membros da comunidade jurídica.

Quanto ao marco conceitual de legitimidade, supondo a sua aplicação ao recorte das reformas e mutações constitucionais, demonstrou-se preferível a construção de Jürgen Habermas (1997a, p. 196), para o qual a legitimidade da norma jurídica deriva do “uso da razão prática em toda a sua extensão”.

E, muito embora a validade dos argumentos suscitados seja relativa, dependendo de informações do contexto ao qual se atrelam, existe um “substrato factual da vontade de uma comunidade jurídica” representado nos interesses de suas relações institucionais (HABERMAS, 1997a, p. 196). Isto porque estas também são compostas por indivíduos que pertencem a esse corpo sociopolítico e não são isentos de determinar certa parcela da identidade dessa comunidade (HABERMAS, 1997a, p. 210-211).

De forma pontual, nota-se que:

A ‘legitimidade’ do direito não tem o mesmo sentido que a da ‘moralidade’. À luz da teoria do discurso, normas morais válidas (*gültig*) são ‘corretas’ (*richtig*) no sentido de justas (*gerecht*). Normas jurídicas válidas estão afinadas com normas morais; sua ‘legitimidade’, porém, não exprime uma autocompreensão autêntica da comunidade jurídica ou a consideração imparcial dos valores e interesses nela distribuídos ou ainda a escolha teleológica de estratégias e meios. (HABERMAS, 1997a, p. 196)

A partir daí, é possível depreender que o tratamento racional das questões que incide na regulamentação normativa exige uma formação “da opinião e da vontade” sobre a persecução de fins coletivos, introduzindo, sob o aspecto político, um parâmetro de comportamento que se espera legitimamente uns dos outros; e, sob o aspecto jurídico, “as restrições à realização de fins coletivos”, pois a autonomia de determinar uma ordem jurídica orienta-se no interior de um sistema de direitos (HABERMAS, 1997a, p. 199).

⁴³ “O direito extrai a sua força muito mais da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão à legitimidade” (HABERMAS, 1997a, p. 60).

2.3 A RIGIDEZ, A SUPREMACIA E A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

Como visto, deve-se a Sieyès a implementação da vontade da nação como ordem a se sobrepor a todos os demais interesses no campo jurídico-político, isto será permitido através do exercício do poder constituinte originário, que confere substância a tal vontade suprema.

Por sua vez, James Bryce (1905, p. 7), reconhecendo a incapacidade do modelo clássico de distinção das ordens constitucionais – baseado na presença ou não de externalização escrita da vontade constituinte - indica como critério classificatório a relação existente entre a Constituição e as leis ordinárias do Estado, seja de superioridade hierárquica ou de equiparação, explicitando a conseqüente relação entre as autoridades das quais emanam.

No sentido proposto pelo autor, quando a Constituição estiver posicionada no mesmo nível hierárquico e possuir a mesma força de outras legislações nacionais, pouco importando a forma na qual uma e outra são editados; ou, ainda, quando as normas constitucionais são emanadas por costumes e convenções comuns, refere-se à modalidade de Constituição flexível.

Nesta hipótese, existe tão somente uma autoridade legislativa, competente para editar as leis ordinárias e para dispor de normas constitucionais, promulgando e repelindo-as segundo o mesmo parâmetro formal – “*they are promulgated or repealed in the same way as ordinary laws*” (BRYCE, 1905, p 7-8).

A nomenclatura de Constituição flexível define as ordens constitucionais dotadas de elasticidade, comportando maleabilidade e alteração na forma, embora seu núcleo essencial retenha as principais características - “*they can be bent and altered in form while retaining their main features*” (BRYCE, 1905, p. 11). A título de exemplo, podem ser citados os sistemas romano e britânico, nos quais o direito constitucional é composto por um conjunto de estatutos, costumes, práticas, entendimentos e crenças que sustentam os métodos do governo.

Aqui, a Constituição é percebida como o enquadramento da “sociedade política organizada através e pela lei” (“*political society organized through and by law*”), na qual a legislação estabelece as instituições permanentes, suas funções e os direitos definitivamente reconhecidos (BRYCE, 1905, p. 15); porém, incorporam outros elementos como a prática constitucional, pois advindos da mesma fonte de autoridade que formaliza as leis.

Ademais, ainda que represente uma mistura entre precedentes, costumes e previsões legislativas, o que, por um lado, dificulta a determinação precisa dos materiais que compõem o todo normativo; por outro, é possível ter uma dimensão clara e manuseável das noções basilares que regem o direito constitucional em qualquer destes elementos.

Para Bryce (1905, p. 21), os fatores primordiais ao desenvolvimento de uma Constituição flexível estão em seu “temperamento conservador” (“*conservative temper*”)⁴⁴ e seu “caráter nacional” (“*national character*”), que estimulam e nutrem a preservação dos valores ancestrais daquela comunidade e evitam um histórico de alterações abusivas, mesmo que exista tal risco.

A outra conjectura norteia o corolário do direito constitucional moderno, visto ter por principal consequência a concepção do princípio da supremacia da Constituição. Segundo Bryce (1905, p. 8), as ordens constitucionais que alocam suas Constituições acima das demais leis nacionais, muitas das quais detêm documentos escritos, são classificadas como Constituição rígida, uma vez que originadas de modo distinto do procedimento ordinário, bem como demandam processo e instrumentos específicos, com maior rigor e solenidade, para a sua alteração

Sem embargos, suas normas exercem força superior sobre os demais componentes do ordenamento jurídico – conferindo validade ao sistema normativo ordinário e legitimidade aos poderes estatais (SILVA, 2005) – e, por isso, devem subsistir sobre estas em caso de conflito (“*When any of its provisions conflict with a provision of the ordinary law, it prevails, and the ordinary law must give way*”) (BRYCE, 1905, p. 8)

Aliás, existem duas autoridades normativas: uma superior, exercida através de rito extraordinário e por sujeito ou corpo representativo especial no mandato de um poder soberano, incondicionado e ilimitado; e uma ordinária, responsável por editar normas na extensão do que lhe for competente pela instância superior.

A rigidez constitucional propõe delimitações de maior rigor entre o direito posto e os costumes, entre as regras – gerais – e os usos e marcos decisórios – particulares -, sem, no entanto, excluir a aplicação complementar e instrutiva dessas fontes do direito. Confira-se que as Constituições rígidas marcam um estágio avançado no desenvolvimento político, considerando a expansão das matérias destinadas à tutela do estatal (BRYCE, 1905, p. 46).

⁴⁴ Por temperamento conservador, o autor trata da exigência de cautela para realizar as mudanças excepcionalmente, diante de uma necessidade comprovada e de forma lenta e gradual (BRYCE, 1905).

Historicamente, a rigidez constitucional é estabelecida em virtude de quatro motivos, cada qual atinente à possíveis formações de uma Constituição rígida. Com o intuito de sistematizar essas relações, propõe-se a seguinte esquematização:

Quadro 01 - Esquema da relação entre o motivo e o tipo de Constituição rígida

Motivos	Tipo de Constituição Rígida
1. O desejo de assegurar os direitos fundamentais e restringir a ação dos governantes;	1. Constituições concedidas pelo monarca aos seus súditos, a fim de renovar sua popularidade e limitar o governo de seus sucessores;
2. O desejo de firmar um forma definitiva ao sistema preexistente de governo, operando a preclusão sobre discussão superveniente;	2. Constituições emanadas da criação de uma nação ou da ruptura com a forma precedente de governo;
3. O desejo de definir a estrutura política de governo e os respectivos instrumentos que assegurem sua manutenção;	3. Constituições que servem à criação de uma nova comunidade política, não coincidente a uma nação, a fim de organizar formalmente um corpo político, a exemplo de documentos de autogoverno de uma comunidade de colônias;
4. O desejo de firmar os termos nos quais deverá ser realizado o diálogo entre pequenas comunidades, grupos ou secções integrados em um único governo, de modo a resguardar os respectivos direitos e interesses e garantir efetiva ação conjunta nos assuntos comuns.	4. Constituições oriundas da união entre comunidades políticas autônomas, a exemplo da formação do Estado federativo norteamericano.

Fonte: BRYCE (1905, p. 49-52)

No que se refere aos métodos de reforma constitucional, as provisões são construídas de incontáveis formas, das quais quatro variáveis demonstram-se comumente utilizadas (e mescladas) nas ordens rígidas: 1. Designação da função ao Legislativo, sob condições obrigatórias que qualificam o processo de elaboração da emenda, como, por exemplo, o quórum de maioria qualificada para votação e/ou aprovação (dois terços; três quartos; três quintos; etc.), e a previsão de sucessivas votações; 2. Criação de um corpo representativo específico para editar e revisar as alterações; 3. Determinação de ratificação da nova Constituição ou das emendas (ou, ainda, da revisão) por um número mínimo de autoridades locais; e 4. Submeter as reformas ao escrutínio direto da população, através das ferramentas do plebiscito e do referendo popular (BRYCE, 1905).

Em seu modelo ideal, o grau de estabilidade constitucional é determinado com fulcro na dificuldade ou facilidade dos métodos de reforma adotados – um ou outro podem ser, inclusive, comparativamente mais rígidos que os demais-, uma vez que ao contemplar os óbices e formalidades entorno da alteração das normas constitucionais, a tendência natural seria a percepção sobre a importância da ocasião (BRYCE, 1905).

Contudo, é interessante que os procedimentos não sejam nem tão fáceis nem tão rigorosos, sob pena de não respeitar o caráter distinto do processo deliberativo constitucional – o qual, segundo o princípio democrático, deve alinhar o grau de importância da decisão e a amplitude da deliberação no processo legislativo (“*the more important the decision, the more deliberative the process should be*”) ⁴⁵ (LUTZ, 1994, p. 356) -, ou de restringindo a capacidade da sociedade de se aperfeiçoar no decurso do tempo, compensando os limites da racionalidade constituinte perante novas circunstâncias fáticas.

A rigidez constitucional e o reconhecimento da Constituição como norma – a partir de meados do século XIX, designam as bases de sua “primazia normativa” (CANOTILHO, 1997, p. 1147). A noção de Constituição normativa, ainda que inseparável de sua razão iluminista - “organizar o mundo e realizar um projeto de conformação política” (CANOTILHO, 1997, p. 1151) – somente adquiriu um conceito dogmático quando observado o seu valor de direito positivo superior, afastando qualquer tentativa de reduzi-la a mero conteúdo programático ou moral despido de força jurídica cogente.

Os efeitos jurídicos tão naturalmente atribuídos às normas constitucionais atualmente, quais sejam “a derrogação do direito anterior contrário e a inconstitucionalidade de leis futuras contrárias à letra e ao espírito da Constituição” (WAHL, 1987, p. 61), não estiveram sempre e imediatamente ligados à existência do documento constitucional. O “primado da Constituição” – ou, ainda, o princípio da supremacia constitucional – é, pois, formulado a partir do conceito teórico de hierarquia das normas, que, por sua vez, foi sedimentado com o surgimento do modelo de jurisdição constitucional (WAHL, 1987, p. 62).

A lógica da hierarquia normativa pressupõe a estruturação do ordenamento jurídico, em termos verticais, criando um sistema escalonado de “derivação normativa”

⁴⁵ Em tradução livre: “[...] quanto mais importante for a decisão, mais deliberativo deverá ser o processo.”

(CANOTILHO, 1997, p. 1151) em função da norma fundamental que lhes é superior: a Constituição.

Ao mesmo tempo que a posição hierárquico-normativa da Constituição no vértice do ordenamento jurídico expressa a sua função como “fundamento de validade”⁴⁶ (KELSEN, 2003b, p. 236) do qual derivam as normas inferiores; também a caracteriza com uma natureza “supraordenamental”⁴⁷ ou, ainda, como “normas de normas” (*normae normarum*), isto é, como fonte primária da produção jurídica, determinando o procedimento de criação das normas inferiores (determinantes positivas) e, até certo ponto, o conteúdo material destas (determinantes negativas) (CANOTILHO, 1997, p. 1148).

O conjunto de princípios e regras inscritos na ordem normativo-constitucional ostenta um valor formal e material superior, o que implica a existência de dois aspectos de sua supremacia. Em função do nível superior de seu invólucro e, por conseguinte, de sua distinção formal do conjunto normativo ordinário, as normas constitucionais são portadoras de uma supremacia formal. Já, em função de seu conteúdo informativo das estruturas básicas de justiça de uma comunidade jurídica são dotadas de supremacia material.

Diante disso, pode-se argumentar que a Constituição é, de fato, um estatuto com dupla natureza, pois representa tanto uma “ordem-quadro moral e racional do discurso político” quanto uma “norma fundante e superior do ordenamento jurídico, fator que justifica a sua composição enquanto “sistema aberto de regras e princípios” (CANOTILHO, 1997, p. 1153 e 1159).

Por decorrência lógica, atenta-se que:

A Constituição mantém o seu papel de elemento unificador do sistema quando, através do **princípio da constitucionalidade**, ou numa perspectiva mais ampla, através do **princípio da conformidade**, se exige a consonância de todos os atos dos poderes públicos com as regras e princípios da constituição. (CANOTILHO, 1997, p. 1151) (Grifo do autor).

⁴⁶ Hans Kelsen (2003b, p. 236) define por fundamento de validade: “a resposta à questão de saber porque devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas”. Em sua Teoria Pura do Direito, o juspositivista discorre ser a norma fundamental pressuposta como premissa maior, segundo a qual deve-se agir conforme a Constituição efetivamente posta; assim, se é determinante a tal fundamento de validade, a premissa menor será a de que as normas postas em conformidade com a Constituição são aplicadas e observadas, de tal sorte que todo ato normativo somente será válido se é eficaz e para ser eficaz deve estar em conformidade com os termos da Constituição. A fixação positiva da norma e a sua eficácia são, portanto, “condições de validade” (KELSEN, 2003b, p. 236).

⁴⁷ Através desta característica o ordenamento constitucional unifica os ordenamentos estaduais e locais, estabelecendo uma definição global de hierarquia normativa e uma delimitação firme de competências entre as respectivas autoridades (CANOTILHO, 1997, p. 1149).

A outra faceta da superioridade normativa das normas constitucionais está na justamente sua natureza vinculativa, que envolve-as de observância, “executoriedade” (WAHL, 1987, p 62), “efetividade e aplicabilidade” (CANOTILHO, 1997, p. 1150) perante a atuação de todos os poderes públicos. Com precisão, é imprescindível ressaltar a lição de Hans Kelsen (2003b, p. 234), segundo a qual: “uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas”.

Por serem dotadas de textura aberta, muitas normas constitucionais obrigam um processo de “mediação criativa e concretizadora” dos intérpretes da Constituição (CANOTILHO, 1997, p. 1150). Apesar do primado da competência concretizadora do legislador, proveniente da carência de certas normas constitucionais a uma *interpositio legislatoris*, a relação da ordenação material da Constituição encontra um palco fértil em sua execução processual pela jurisdição constitucional, de modo que “não é apenas a autoridade máxima”, mas o “padrão jurídico para uma jurisprudência” (WAHL, 1987, p. 63).

Perante tais características especiais, a ordem constitucional demanda garantia de sua dignidade superior, no intuito de evitar contradições entre normas inferiores e seus dispositivos, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia – a depender da natureza do ato viciado e dos efeitos da decisão que efetuará a verificação de sua compatibilidade com a Constituição.

Por seu conteúdo ideológico, a Carta Maior é suscetível a dois tipos de ataques - políticos e jurídicos -, o que, por seu turno, requer uma defesa compatível. Para José Afonso da Silva (2007, p. 238), compreende-se por defesa constitucional: “todos os meios políticos, sociológicos, psicológicos, jurídicos e processuais que assegurem a vigência, eficácia e aplicabilidade da Constituição”.

Os ataques político-ideológicos à Constituição visam desmoralizar suas disposições e, em sua expressão mais agressiva, pretendem boicotá-la, gerindo uma verdadeira resistência à aplicação de suas normas e seus institutos (SILVA, J. 2007, p. 240). Portanto, a defesa da Constituição deve abarcar como seu instrumento basilar a promoção do esclarecimento de suas normas.

Por via da defesa jurídica, destacam-se as normas de estabilização constitucional, firmados regimes específicos para confrontar e superar hipóteses de crise constitucional – as disposições sobre estado de sítio, estado de defesa e intervenção

federal dos Estado-membros são exemplos dessa categoria -; a própria conjectura da durabilidade da Constituição, como já exposto; e a proteção dos princípios e direitos fundamentais por via judicial.

No que tange à jurisdição constitucional, a sua introdução e o seu desenvolvimento no constitucionalismo moderno “apoia e concentra o significado da Constituição, primeiramente nos aspectos jurídico e jurisdicional” (WAHL, 1987, p. 63), desempenhando papel primordial na garantia da eficácia das normas fundamentais. Esta conclusão é extraída dos efeitos gerados pelo aumento da jurisdicionalização em questões constitucionais, conduzindo à concretização de vinculações jurídicas no processo político, reafirmando a densidade material da Constituição e reforçando sua autoridade máxima à atuação do legislador.

O autor germânico Rainer Wahl (1987, p. 65), debruçando-se sobre o modelo norteamericano de jurisdição constitucional e contrapondo-o à tardia adoção do primado da Constituição na Alemanha, como veremos no decurso do trabalho, sustenta que uma das consequências positivas do controle jurisdicional-constitucional está na condução a uma “consciencialização da Constituição no dia-a-dia e ao seu avivamento”. Por outro lado, salienta a possibilidade de um efeito reverso, caso a Constituição seja concebida tão somente como instrumento jurídico, excluindo a realização de diretivas de cunho programático ou político-apelativo, que venham por ventura a serem tomadas por inexequíveis no campo jurisdicional.

Acentuadamente, o modelo de jurisdição constitucional deriva, em primeiro grau, da noção de Constituição como processo de autovinculação da soberania popular em face dos direitos fundamentais; em segundo, da compreensão de que a Constituição, em sua criação e alteração distingue-se do direito originário, o que confere sua supremacia hierárquico-normativa sobre estas; em terceiro, de que tal distinção entre ordem constitucional e ordem ordinária resulta na subordinação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, em especial a atuação do legislador; e, por fim, na sua composição enquanto complemento do direito de oposição, na garantia da supremacia e da unidade constitucional (WAHL, 1987, p. 69).

A contribuição da jurisdição constitucional em defesa da Constituição é inequívoca. E, embora note-se a existência de outras possibilidades de combater ato vilipendiador à normatividade constitucional - tal como o direito de petição, o direito de oposição e o próprio acesso ao contencioso judicial no que tange aos direitos particulares -, é o próprio processo de controle jurisdicional de constitucionalidade que se apresenta

como um mecanismo intrínseco à subsistência de uma Democracia constitucional moderna.

A questão transfere-se portanto ao alcance da jurisdição constitucional e à consequente dinâmica entre os Poderes públicos, verificando se a “otimização do direito constitucional material” (WAHL, 1987, p. 65) tal como pleiteia a interpretação expansiva ou criativa tanto dos tribunais quanto do legislador é coerente diante da constelação dos elementos aqui suscitados: a rigidez, a supremacia e a defesa da Constituição, inerentes à sua percepção como ordem fundamental.

2.3.1 A interpretação constitucional

A dimensão normativa das normas constitucionais implica que elas, assim como qualquer norma jurídica, “procuram regular a vida e são por esta constituída” (CANOTILHO, 1997, p. 1118). Não obstante, para que regulem juridicamente os casos da vida, devem passar por um processo complexo que lhes atribuirá sentido, o de interpretação da Constituição.

A complexidade desse processo é comprovada diante do reconhecimento de que existem casos fáceis e difíceis em matéria constitucional, e que esses últimos requerem métodos específicos⁴⁸ para resolvê-los, recorrendo a aportes da filosofia moral e da filosofia política (CARVALHO, 2019; DWORKIN, 2002).

A distinção entre casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*) enfatiza uma questão epistemológica: enquanto, nos primeiros, é possível uma resolução mediante justificação lógico-dedutiva ou mediante operações causais-explicativas; nos segundos, é necessário ampliar o processo de conhecimento, tendo em vista que o seu ônus explicativo não se satisfaz com o método subsuntivo-dedutivo, abrindo margem a outros argumentos para demonstrar os direitos e princípios inerentes ao caso (DWORKIN, 2002). Igualmente, as cláusulas regidas por uma linguagem da qual não é possível antever uma regra de direito clara, são consideradas cláusulas difíceis.

Portanto, as significativas e profundas alterações na realidade sociopolítica e a sua oposição à Constituição formal fomentaram na ciência hermenêutica o tratamento

⁴⁸ Nos casos fáceis é possível alcançar uma resolução através dos métodos clássicos de interpretação jurídica. Por outro lado, nos casos difíceis, há a necessidade de considerar outros critérios hermenêuticos, introduzidos à ciência jurídica com a aparição do novo modelo de Constituições no século XX – deixando para trás a concepção de Direito Constitucional puramente técnico e fechado, para integrar sua dimensão jurídica como uma dimensão política impregnada de valores (CARVALHO, 2019).

dos casos difíceis a partir de métodos de interpretação com maior aptidão para seguir as variações dinâmicas da realidade constitucional (CARVALHO, 2019).

2.3.1.1 A diferença entre texto normativo e norma constitucional

O giro ontológico da hermenêutica, com significativa influência da hermenêutica filosófica gadameriana, constitui um ponto essencial para a renovação da atividade interpretativa, articulando um diálogo entre a linguisticidade e a compreensão. A linguagem define “o meio em que se realiza o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa” interpretada (GADAMER, 1999, p. 560); e a compreensão gera uma verdadeira apropriação do texto, convertendo-o em “coisa própria” (GADAMER, 1999, p. 580).

Hans-Georg Gadamer (1999, p. 404), compartilhando do projeto filosófico de Martin Heidegger, aprimora um modelo hermenêutico aberto “à opinião do outro ou à do texto”, no qual a compreensão será pautada pela relação entre o objeto e um conjunto de opiniões próprias do intérprete (desde que justificadas), sem que haja plena entrega ou imersão nessas estruturas de pré-compreensão. De forma sintética, Gadamer reconhece a existência de pré-conceitos ou juízos prévios que guiam uma projeção inicial do texto para o intérprete, mas que ao antecipar esses elementos e permitir que o texto diga algo por si, o processo de compreensão será mais consciente e reformulará o projeto de sentido até que se chegue a um acordo sobre a coisa.

O movimento da compreensão vai constantemente do todo à parte e desta ao todo. A tarefa é ampliar a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a correção da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Quando não há tal concordância, isso significa que a compreensão malogrou. (GADAMER, 1999, p. 436)

Por isso, Gadamer (1999, p. 442) descreve o entremeio desse processo de compreensão como o verdadeiro lugar da hermenêutica e dessa posição intermediária “resulta que sua tarefa não é desenvolver um procedimento da compreensão, mas esclarecer as condições sob as quais surge compreensão”.

Na lição da professora Márcia Haydée Porto de Carvalho (2019), há uma intrínseca relação entre a nova ótica hermenêutica e a aparição das primeiras crises

constitucionais – provenientes da desarmonia entre Constituição formal e realidade social.

Os novos métodos e teorias questionavam o formalismo metodológico enraizado no direito civilista para, só então, alçar uma composição substantiva da Constituição que reconhecesse a mutabilidade das normas constitucionais por meio da atuação de poderosas forças sociais.

Enquanto isso, Gadamer sobreveio com a superação da ideia do fenômeno hermenêutico enquanto método, retomando as raízes de uma hermenêutica filosófica que vislumbra na interpretação do texto um conjunto da própria experiência humana. Dito isto, nota-se que o intérprete não se encontra de forma alguma fora da história efetiva e cada processo interpretativo assinala uma nova interpretação, um novo significado, dentro das possibilidades e das circunstâncias em que o intérprete está inserido no mundo (CARVALHO, 2019).

Conforme expressa Gadamer, o sentido de um texto sempre supera o seu autor, tendo em vista que a compreensão é um comportamento produtivo e não apenas reprodutivo. Falar em “compreender melhor” conduziria a um equívoco, já que “quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente”, mas não necessariamente superior (GADAMER, 1999, p. 444). Vale apontar que a distância de tempo é uma possibilidade positiva e produtiva do compreender, na medida em que confere a possibilidade de uma visão panorâmica do processo histórico – permite, assim, “uma expressão completa do verdadeiro sentido que há numa coisa” (GADAMER, 1999, p. 446).

Quaisquer cânones histórico-hermenêuticos, no sentido de aprisionar o texto à sua origem ou à visão de seu autor⁴⁹, cedem espaço para novas referências. Neste momento, vê-se o caráter linguístico de toda compreensão como uma relação dialética entre o horizonte⁵⁰ de sentidos proposto pelo texto, em seu conteúdo objetivo (*sachlich*), e a tarefa essencial da interpretação de traduzi-lo “à nossa língua” (GADAMER, 1999, p. 576).

⁴⁹ “Os textos não querem ser entendidos como expressão vital da subjetividade de seu ator. Por consequência, não é a partir daí que podem ser traçados os limites de seu sentido.” (GADAMER, 1999, p. 399).

⁵⁰ “Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto. Aplicando-se à consciência pensante falamos então da estreitez do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc.” (GADAMER, 1999, p. 452)

A nova perspectiva sobre a interpretação vê como determinante a sua permanente contextualização, pois interpretar significa converter os elementos indicados pelo texto à situação hermenêutica a que pertence. Assim, pensar numa interpretação correta é conferir “um ideal sem pensamentos incapaz de conhecer a essência da tradição” (GADAMER, 1999, p. 577), enquanto a vida histórica da tradição demanda apropriações e interpretações sempre novas. Nesse diapasão, convém sublinhar que:

O juiz procura corresponder à ‘ideia jurídica’ da lei, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma mediação jurídica. O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação. Assim, não se comporta como historiador, mas se ocupa de sua própria história, que é seu próprio presente. Por consequência, pode, a cada momento, assumir a posição do historiador, face às questões que implicitamente já o ocuparam como juiz. (GADAMER, 1999, p. 487)

A vinculação da interpretação à situação, não significa que o problema hermenêutico deve se dissolver no ocasional ou na arbitrariedade, mas que a interpretação é a “realização da própria compreensão”⁵¹ - a “concreção do próprio sentido” (GADAMER, 1999, p. 578). Nessa ordem, deve-se atentar que:

Compreender um texto significa sempre aplica-lo a nós próprios, e saber que, embora se tenha de compreendê-lo em cada caso de uma maneira diferente, continua sendo o mesmo texto que, a cada vez, se nos apresenta de modo diferente. O fato de que, com isso, não se relativiza em nada a pretensão de verdade de qualquer interpretação, torna-se claro pelo fato de que toda interpretação é essencialmente inerente sua linguisticidade. (GADAMER, 1999, p. 579).

Na hermenêutica jurídica, a tensão entre o texto da lei e o sentido aplicado ao caso concreto, como, por exemplo no juízo judicial, aponta para a constante necessidade concretizadora da interpretação jurídica diante da validade da própria lei. Assim, concluímos que “o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, mas um processo unitário” (GADAMER, 1999, p. 463).

Em função desta introdução, a distinção existente entre texto normativo e norma ganha novos contornos. Ao tratarmos da interpretação constitucional como um

⁵¹ Gadamer (1999, p. 459) sublinha que o processo hermenêutico é unitário não somente no que tange à compreensão e à interpretação, como também à aplicação, considerando-a como um momento tão essencial e integrante quanto os dois primeiros e não mais como parte última do processo. Nisso, é forçoso admitir que sempre há uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete, de modo que sua aplicação determina a compreensão desde o princípio e no seu todo (GADAMER, 1999, p. 460 e 481).

processo unitário voltado para a aplicação dos dispositivos da Constituição, o texto consubstancia sempre o ponto de partida através de um horizonte próprio de possibilidades para o seu sentido; enquanto a norma será o resultado da interpretação compreensiva emanada através de uma fusão de horizontes – o do texto e o do intérprete.

Nos termos de Canotilho (1997, p. 1201 e ss.), o texto normativo diz respeito ao documento elaborado pela autoridade normativa e, portanto, identificável como fonte de direito, cujo enunciado é criado para direcionar e modificar a conduta social.

A concretização das normas constitucionais deriva de um processo iniciado sob a égide do texto da norma – seu enunciado - para a produção de uma norma jurídica, que, por sua vez, é o resultado intermediário à descoberta de uma norma de decisão. Sem embargos, a concretização normativa é a construção de uma norma jurídica (CANOTILHO, 1997). Como interpretar a Constituição é possibilitar a sua aplicação e concretização, o sentido normativo de suas disposições textuais evidencia elementos resultantes da interpretação do texto da norma, correspondente ao elemento literal de seu domínio; e os elementos advindos da investigação do seu campo de concretização, os elementos normativos de seu domínio (CANOTILHO, 1997, p. 1217).

Indo além, diante da influência de matriz gadameriana, Friedrich Müller (2008, p. 148) reconhece que “a norma jurídica não está nem pronta nem é simplesmente passível de ser aplicada”. A norma é extraída diante do caso particular e tem o “teor de sua formação” modificado “com cada caso para o qual é conquistada por meio da atividade dos órgãos de decisão” (MÜLLER, 2008, p. 148).

Do ponto de vista da teoria estruturante de Müller (2011, p. 38), toda norma afeta certos fatos do mundo social, isto é, regula um “âmbito material” próprio. Em face desse universo material, é possível extrair o primeiro elemento constitutivo da norma jurídica: o “programa normativo” (MÜLLER, 2011, p. 38). Do texto da norma é possível extrair uma prescrição jurídica sobre os possíveis casos em que a norma será aplicada, concebendo um filtro jurídico ao intérprete sobre quais elementos estruturais da realidade social serão relevantes para a aplicação normativa. Essa prescrição jurídica corresponde ao programa da norma.

O segundo componente da norma jurídica encontra-se em seu “âmbito normativo”, que não se confunde com o seu “âmbito material”. O âmbito normativo é constituído exclusivamente pelos “componentes imprescindíveis da normatividade concreta”, na medida em que demonstraram a sua contribuição para a individualização de uma norma de decisão (MÜLLER, 2011, p. 38). Por derivar do “elemento do contexto

real concebido de modo fixo e concreto, bem como ordenado de uma determinada forma” no texto da norma, é o âmbito normativo que fornecerá a conexão entre os componentes reais do caso específico em que a norma será aplicada e o programa normativo (MÜLLER, 2008, p. 149).

Sob o ponto de vista da teoria da norma, a estrutura básica do âmbito normativo é parte integrante da normatividade jurídica. Devido ao fato de alterar seu âmbito normativo na extensão ou no conteúdo, uma norma constitucional pode torna-se inconstitucional. Por esse mesmo motivo, e deixando-se de lado tal alteração da norma, o âmbito normativo é, em maior ou menor escala, mas sempre de modo indispensável, um fator da concretização da norma. (MÜLLER, 2008, p. 150)

Com base nessa perspectiva, uma avaliação das circunstâncias fáticas atuais através dos métodos jurídicos pode revelar que a concepção tradicional da norma, inalterada em seu todo – texto e sentido -, se tornou inconstitucional “por força da mudança empiricamente constatada dos fatos” (MÜLLER, 2008, p. 149). Na prática, o âmbito normativo sofreu alteração, mas a percepção oficial da norma não o acompanhou e, por conseguinte, eivou-se da inconstitucionalidade.

O raciocínio de Müller (2008, p. 120) expõe que para a concretização normativa no Estado Democrático de Direito abandonar o “campo dos ‘credos’” e trabalhar com elementos argumentativos que possam ser racionalmente examinados e discutidos (isto é, constituídos por “elementos de relativa objetividade”), a investigação do intérprete sobre a norma jurídica a ser concretizada deve ater-se ao seu espaço normativo de atuação⁵². Caso contrário, o intérprete jurídico corre o risco de torna-se, mesmo que involuntariamente, em instrumento de ideologias - “algo a-téorico que é pensado de forma teórica” (MÜLLER, 2008, p. 121).

Adriano Sant’Ana Pedra (2013, p. 29) reforça essa concepção ao sustentar que “o texto não existe em si mesmo e não tem controle absoluto sobre a interpretação que lhe será dada”. No entanto, não deixa de afirmar a importância da textualidade da norma, descrevendo o texto como indispensável “para se verificar o conteúdo semântico da norma constitucional”, pois é o “sinal linguístico” enquanto a norma “é o que se revela” (PEDRA, 2013, p. 29).

Aliando os aportes da hermenêutica filosófica de Gadamer, a teoria da norma de Müller e a teoria da “moldura” interpretativa sugerida por Hans Kelsen (2003b), a

⁵² “[...] que, ao mesmo tempo, define o campo do questionamento empírico” (MÜLLER, 2008, p. 120)

interpretação constitucional materializa a concretização da norma constitucional a partir dos sentidos cabíveis dentro de um dado contexto. Para tanto, será necessário articular os componentes materiais e normativos inerentes ao dispositivo constitucional e as particularidades do caso concreto, para então eleger qual o sentido mais adequado ou que melhor viabilize a evolução da norma diante da realidade em que se pretende aplicar.

A esse respeito, vale frisar que os processos de alteração constitucional conferem dinâmicas distintas, mas complementares, no que tange a relação entre texto normativo e norma. Enquanto a mutação constitucional⁵³ “decorre de diferentes interpretações do mesmo texto constitucional ao longo do texto” (PEDRA, 2013, p. 33), inferindo uma leitura inédita como projeção de um texto inalterado; a reforma constitucional pressupõe a alteração do enunciado linguístico, assumindo uma nova roupagem textual e uma nova norma.

2.3.1.1.1 Os discursos normativos na Argumentação Crítica de Klaus Günther

A teoria jurídica de Klaus Günther (1993) defende uma distinção lógica entre as questões sobre a validade da norma e aquelas afetas à sua aplicação. Deste modo, em sua teoria argumentativa, a dimensão normativa será sempre descrita a partir de dois tipos de discursos racionais⁵⁴: o de justificação, cujo objetivo é demonstrar as razões existentes para aceitar certas normas como aplicáveis *prima facie*; e o de aplicação, referente à articulação da norma na situação concreta, questionando a sua adequação – ou seja, se a norma é cabível no caso em questão, se existem outras normas cuja aplicação seja preferível, ou se a norma proposta é suscetível a alterações sob a ótica de uma situação específica (GÜNTHER, 1993, p. 11).

É certo que para que uma norma seja considerada válida pressupõe-se a aceitação de todos os envolvidos em virtude das razões apresentadas a favor de sua observância. Por oportuno, a sua justificação deverá satisfazer determinadas condições ideais de argumentação, sobremaneira aquelas que assegurem a “participação igual e livre” de todos os participantes do discurso.

⁵³ Vale apontar, que o tema será aprofundado em seção posterior, tendo em vista que a autonomia entre texto normativo e norma será imprescindível no desenvolvimento da teoria da mutação constitucional, com proeminência das contribuições de Friedrich Müller e seu método normativo-estruturante.

⁵⁴ Ambas as dimensões aqui expostas são componentes interdependentes na produção de um juízo moralmente correto, válido e apropriado. Desta feita, qualquer diferenciação institucional segundo uma destas dimensões isolada será equivocada. Logo, “a separação institucional entre legislar e aplicar a lei não está ligada de forma analítica com a distinção entre justificação e aplicação (GÜNTHER, 1993, p. 170).

Uma condição ideal de justificação discursiva é a de que os participantes disponham de conhecimento e tempo ilimitados para a reflexão, o que garantiria a previsão e a consideração de todas as consequências decorrentes da observância geral de uma norma em cada um dos seus possíveis casos de aplicação. Somente uma norma nestas condições, isto é, uma norma “perfeita” poderia regular sua própria aplicação, pois cada uma das situações possíveis de sua aplicação foram levadas em consideração, discutidas e aceitas (GÜNTHER, 2000, p. 87). Outrossim, os participantes do discurso decidiram que a observância geral da norma não viola um interesse universal.

Então, considera-se uma norma válida perfeita aquela que veicula um interesse universal da comunidade política; permite a possibilidade de que as consequências e os efeitos da norma sejam aceitos coletivamente por todos os afetados; e tem sua observância geral antecipada.

Em contrapartida, a realização direta desse conceito é irrealista. Na prática jurídica cotidiana, não é incomum que a decisão de um conflito seja apresentada sob condições precárias, como a escassez de tempo para a reflexão e a deficiência ou incompletude de informações. Por este motivo, Günther desenvolve sua teoria para alcançar o ideal de uma norma perfeita por via indireta, dividindo-o em duas etapas distintas.

Preliminarmente, o jusfilósofo explica que: “uma justificação discursiva de normas válidas tem que assegurar que a observância geral de uma norma represente um interesse universal.” (GÜNTHER, 2000, p. 86). Este apontamento consagra a influência do pensamento habermasiano na teoria de Günther, que assumirá como princípio norteador do discurso de justificação o princípio moral de universalização das normas. Sendo assim, a “referência a uma colisão previsível de interesses”, tem o propósito de descobrir se e qual interesse universalizável pode ser violado, bem como se possivelmente será violado “igualmente em toda situação” (GÜNTHER, 2000, p. 88).

Vale frisar que o autor germânico admite que toda norma contém descrições de seu enquadramento concreto ideal ou de situações específicas que vinculam sua aplicação. Trata-se de uma característica intrínseca ao próprio conteúdo semântico da norma. No entanto, enquanto a dimensão da aplicação depende desse aspecto referencial

da norma para verificar a sua adequação, a de justificação depende tão somente da norma em si⁵⁵.

Prosseguindo no esquema aqui traçado, tem-se que o sistema normativo é composto apenas por normas válidas produzidas por meio do discurso de justificação (PEDRON, 2008). Dentro desse sistema, não existe hierarquia, pois todas as normas são igualmente válidas. Em decorrência disto, os choques entre normas é sempre aparente, ou seja, ao seguir uma norma não se viola a outra.

Assim, presumindo que as normas irão colidir eventualmente umas com outras, Günther conclui pela possibilidade de aceitá-las como “válidas em alguns casos” (GÜNTHER, 2000, p. 91). Logo, no domínio da aplicação, os participantes não dirigem seus argumentos contra a validade da norma em colisão, mas em face da sua adequação, uma vez consideradas todas as particularidades da situação. Deste modo, a aplicação sempre terá seu enfoque em um único caso concreto. Não obstante, a cláusula *prima facie* impõe um “ônus recíproco de argumentação”, devido à qual os participantes são obrigados a fornecer “boas razões para a modificação ou derrogação de outras normas que poderiam ser aplicadas a uma situação descrita de modo completo” (GÜNTHER, 2000, p. 91).

Além de uma reconstrução completa da situação fática, é exigida também uma reconstrução interpretativa do direito a fim colher informações sobre o sistema jurídico, o que é feito através da articulação de todas as normas aplicáveis ao caso. Nesse diapasão, pode-se afirmar que a coerência, para Günther, existe em virtude do sistema jurídico, evidenciada na relação entre a norma e as demais proposições normativas que, num primeiro momento, seriam cabíveis. Por consequência, a coerência normativa “somente pode ser estabelecida – porque reconstruída – em um estágio final perante cada caso concreto” (PEDRON, 2008, p. 192).

Os discursos de aplicação requerem uma limitação quanto aos argumentos de maior abstração - pragmáticos e ético-políticos -, sob pena de incorrer em “reabertura do processo legislativo” em uma arena com um rol de participantes inferior (PEDRON, 2008, p. 195). Daí decorre, por exemplo, a impossibilidade de que uma decisão judicial reconstrua o produto da discussão de justificação. Contudo, o juiz poderá avaliar tal resultado sob o critério da adequação no que diz respeito aos casos in concreto futuros.

⁵⁵ Dito de outra forma, as normas válidas são aplicáveis somente *prima facie*, exigindo uma complementação pela “descrição completa” da situação concreta (GÜNTHER, 2000, p. 90). Para cumprir esta exigência, é necessário adentrar na próxima etapa: o discurso de aplicação.

Ademais, por considerar o Direito a partir de sua função de “estabilizar expectativas generalizadas” outro forte componente da teoria argumentativa se apresenta no seu conceito imparcialidade (GÜNTHER, 1993, p. 253). O jusfilósofo descreve a imparcialidade como “uma obrigação de levar em consideração todas as características da situação” (GÜNTHER, 2000, p. 90). Em face desse conceito, Pedron (2008, p. 192) conclui a transferência da imparcialidade para uma “exigência de ordem procedimental” conexas à noção de interpretação coerente, dado que somente por meio desta será possível estabelecer a norma aplicável legitimamente ao caso, considerando todas as características relevantes.

Percorrendo a teoria do discurso de Günther resta claro que as decisões normativas adequadas e válidas decorrem da observância de direitos processuais que permitam o debate de todas as questões fático-jurídicas pertinentes à plena compreensão da norma. Como anota Pedron (2008, p. 194), decisões dessa natureza são produzidas mediante “procedimento que levanta exigência de observância dos princípios informadores do devido processo constitucional, de uma reciprocidade entre participantes e do ‘discurso jurídico’”.

2.3.1.2 As consequências hermenêuticas da diferença entre Constituição e legislação ordinária

Quanto à sua estrutura normativo-material, sua função e seu teor político, é evidente que as normas constitucionais designam espécies normativas distintas da legislação genérica. Isto é possível em virtude de sua identidade material, visto que a Constituição enquanto objeto cultural tem um escopo mais abrangente do que pretendem as leis ordinárias. Já quanto ao critério da forma, em sistemas de rigidez constitucional, as diferenças tornam-se mais ostensivas e a distância hierárquica para com as normas constitucionais é expressa por todo o ordenamento.

Similar ao reconhecimento do aspecto jurídico das Constituições e de sua supremacia, o acolhimento do caráter autônomo da interpretação constitucional foi tardio, se comparado ao desenvolvimento da interpretação jurídica e da hermenêutica clássica. Por essa razão, muito se discutiu sobre a necessidade de uma disciplina própria à compreensão e integração das normas constitucionais diante da realidade.

Embora existam elementos comuns no processo interpretativo das normas jurídicas genéricas e das normas constitucionais, é mister delinear que o desenvolvimento

da hermenêutica constitucional confere o sustentáculo metodológico para a construção de uma teoria da interpretação constitucional adequada, alinhada com a amplitude das reflexões suscitadas na ordem constitucional.

Assentados tais apontamentos, segue-se ao exame dos pontos de confluência e dissonância entre as interpretações da lei e da Constituição, para, então, estabelecer as consequências da singularidade interpretativa das normas constitucionais.

Inocência Mártires Coelho (2011), em um estudo aprofundado do tema, afirma que, à primeira vista, o trabalho do intérprete/aplicador, independentemente da espécie normativa, partirá necessariamente da pretensão de tornar possível a aplicação de enunciados normativos – abstratos e gerais – a situações concretas e particulares. Tornando, assim, exequível o objeto sob análise interpretativa. Isto porque toda interpretação jurídica é considerada uma “tarefa prévia” (HERKENHOFF, 1994, p 9) ou “um trabalho de mediação” (CARVALHO, 1997, p. 53) que viabiliza a aplicação da norma.

O ato de interpretar o Direito equivaleria, pois, ao ato de “revelar o sentido apropriado” de sua ordenação “para a vida real” (MAXIMILIANO, 2011, p. 8), indagando, apreendendo e compreendendo os sentidos implícitos das normas jurídicas e o seu respectivo campo de incidência. Sobre a matéria, João Batista Herkenhoff (1994, p. 13) discorre que se a lei é a forma sobre a qual a interpretação jurídica incide em busca do conteúdo, este corresponderá ao próprio Direito; e, em sede de aplicação do Direito ante o caso concreto, faz-se prevalecer esse conteúdo revelado.

Em concordância, José Joaquim Gomes Canotilho (1997, p. 1200) pontua que “interpretar a Constituição significa procurar o direito nas normas constitucionais”, atribuindo-lhe um significado e determinando o seu alcance, no ensejo de mediar a solução de problemas práticos de teor normativo-constitucional.

No entanto, para o constitucionalista português, ao contrário da interpretação das normas ordinárias, interpretar a Constituição traduz uma atividade de maior complexidade, posto que o direito contido nas normas constitucionais também é constituído por princípios jurídicos, formulados como conceitos abertos. Vale registrar, portanto, que a abertura das normas constitucionais evidencia uma ideologia ou uma amálgama de ideologias que constituem o seu espírito. Desta maneira, o intérprete constitucional atua numa circunscrição “teleontológica”, vinculada indeclinavelmente aos objetivos da Lei Maior (FIGUEIREDO, 1985, p. 188).

Isto deve-se, sobremaneira ao conteúdo essencialmente político de suas disposições, que descrevem: “todo um projeto de organização da vida de um povo, todo um arcabouço de princípios estruturais e sistêmicos, toda uma teleologia, para falar mais precisamente, que deve ser perseguida através do esclarecimento de seu real sentido” (FIGUEIREDO, 1985, p. 179)

Outro ponto sensível refere-se à “autoprimazia da Constituição” ou seu caráter “autovalidante” (CANOTILHO, 1997, p. 1148), uma vez que as normas constitucionais, por corresponderem à fonte primária da produção jurídica, não encontrando sobre elas nenhuma disposição positiva que as vincule, adquirem sua juridicidade em si mesmas. Em virtude deste aspecto inicial, tem-se que “a interpretação dos termos e vocábulos da Constituição deve ser feita a partir dela mesma” (CARVALHO, 1997, p. 54). Cristaliza-se uma correlação essencial entre a linguagem constitucional e o procedimento de interpretação, cujo reflexo é indiscutível para a identificação do documento escrito com a comunidade que visa conformar juridicamente.

Como resultado de um intensivo, e, por vezes, longo e dificultoso, processo de “transação entre distintas tendências ideológicas e políticas, é natural que não se possa apresentar em uma linguagem jurídica uniforme, tecnicamente rigorosa, apresentando muitas vezes até nítidos contrastes interiores” (FIGUEIREDO, 1985, p. 189).

Com vigor, essa característica importa em considerar a interpretação filológica ou gramatical como uma etapa preliminar à investigação do sentido e alcance dos conceitos constitucionais (considerada como “fase de pré-interpretação”) (FIGUEIREDO, 1985, p. 190), estes que não se esgotam com a apuração da tecnicidade do texto constitucional.

Outro ponto a registrar, refere-se à intermediação entre a atividade interpretativa e a transformação do preceito normativo. A interpretação é adaptativa, ampliando e enriquecendo o modelo normativo sob análise, extraindo novas possibilidades de utilização, inferindo novos pontos de partida para as futuras aplicações. A permanente interpenetração e interinfluência entre as dimensões jurídica e social contribui para o aspecto dialético da interpretação jurídica – uma atividade infinita -, quer seja para corrigir a atribuição de um sentido aparentemente adequado, que sobrevenha como incorreto; quer seja porque, a época em que vive o intérprete é regida por significações distintas da base original do texto jurídico e, com base no que se sabe até então, não é possível excluir outras interpretações (COELHO, 2011)

Em direção análoga, Miguel Reale (2000, p. 580) salienta que a interpretação do Direito não se restringe ao plano da lógica, incorporando algo de subjacente ao sistema jurídico: “os fatos sociais⁵⁶ aos quais está ligado um sentido ou um significado que resulta dos valores, em um processo de integração dialética, que implica ir do fato à norma e da norma ao fato”. E isto explica porque o intérprete não pode conduzir o processo interpretativo “‘emancipado’ das ideias e valores dominantes, sobre que se funda a ordem jurídica vigente”, tendo em vista que o Direito só pode ser interpretado e realizado com autenticidade caso integrado na realidade histórico-cultural de sua aplicação (REALE, 2000, p. 583 e 585).

O caráter monogenético dos fatos sociais – determinantes na criação e revitalização dos institutos jurídicos – está intrinsecamente conectado à preservação da força normativa. Novas leituras ou mutações normativas põem o direito a compasso das novas necessidades sociais. No campo da interpretação judicial, as exigências fáticas tendem, cada vez mais, a serem absorvidas e racionalizadas de forma imediata pelo intérprete, cuja criatividade tem sido um recurso essencial para solucionar conflitos de interesses sujeitos à morosidade do legislador (COELHO, 2011).

Evidente que tanto a interpretação das leis quanto da Constituição não se aplicam ao acaso do fatos, visto que a plasticidade normativa é limitada por um certo *modus operandi*.

O nexo de intermediação entre a inovação normativa e os limites da atividade interpretativa encontra-se no próprio sistema constitucional, o que comprova a intensidade das repercussões da interpretação constitucional. O caráter vinculante e imperativo das regras e princípios de interpretação expressos na ordem constitucional evitam, sobremaneira, que a própria Constituição seja alterada sub-repticiamente e, por conseguinte, que todo o ordenamento se transforme de modo irrefreável (FIGUEIREDO, 1985, p. 193).

Diante da complexidade do seu objeto, torna-se imperativo sistematizar uma teoria da interpretação constitucional, mediante um conjunto de critérios, princípios, procedimentos e métodos próprios - referentes à teoria ou doutrina da hermenêutica constitucional -, pelos quais é possível identificar “um resultado constitucionalmente

⁵⁶ Fran Costa Figueiredo (1985, p. 184) acrescenta que os fatos sociais transparecem nitidamente em qualquer atividade de realização do direito intermediada pelo Estado, quer quando ao interpretar as aspirações sociais (“fatos sociais difusos”) em busca de “um paradigma de conduta” para, então, convertê-lo em lei – ação dos órgãos legiferantes; quer quando ao solucionar conflitos, interpreta e aplica a lei diante de um fato social concreto – ação dos órgãos jurisdicionais.

‘justo’” e fundamentá-lo de forma “racional e controlável” (CANOTILHO, 1997, p. 1207). Isto não significa dizer que os métodos tradicionais da interpretação jurídica estejam dispensados, mas que são insuficientes para abarcar todas as peculiaridades da norma constitucional.

2.3.1.3 A extensão da interpretação constitucional

Emerson García (2015) ressalta que um dos elementos hermenêuticos específicos da interpretação constitucional está na sua “evolutividade”. A abertura normativa da Constituição assegura-lhe uma grande mobilidade e um grande poder de adaptação às condições de sua aplicação.

Para o autor, interpretação e modificação correspondem a dois níveis de desenvolvimento constitucional, conforme a influência dos novos contornos e padrões culturais. Isto torna a norma constitucional em uma grandeza volátil, cujo conteúdo será revelado através de um discurso argumentativo direcionado à sua concretização.

A busca por uma exegese adequada à concretização constitucional, deve, portanto, harmonizar o caráter da “evolutividade”, a perenidade da Constituição e a condução do intérprete perante à série de princípios conjugados na matriz constitucional. Nesses termos, prestigiando a dinamicidade do conteúdo constitucional, o estudo sobre a liberdade do intérprete em sua releitura evoca o debate sobre a interpretação como “ato de conhecimento” ou “ato de vontade” (clássico nos campos da filosofia e da hermenêutica do Direito) a campo de maior relevo e magnitude.

No primeiro caso, o texto fornecerá apenas uma unidade de sentido, abrigada ou na vontade do legislador histórico (*mens legislatoris*) – teoria subjetiva -, ou na verdade linguística transmitida pela lei (*mens legis*) - teoria objetiva -. Como visto, o giro ontológico da hermenêutica rechaça a premissa de univocidade do sentido normativo; e a força normativa da Constituição não se coaduna com os efeitos do subjetivismo da vontade do legislador original (GARCIA, E. 2015).

No segundo caso, a interpretação pressupõe a formação consciente de um sentido, extraído de um espaço dotado de plurivocidade, através da observância da força normativa dos princípios e da ordem de valores constitucionais que visam alcançar o parâmetro de justiça material. A interpretação como “ato de vontade” reconhece uma ação positiva do intérprete.

Hans Kelsen (2003b, p. 394) realça o poder criativo da atividade interpretativa, afirmando que toda “interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica”, pois assume que a norma aplicada ao caso concreto é construída consoante um ato de vontade que confronta as possibilidades ilustradas pela moldura da norma geral.

A propósito, também sustenta por interpretação autêntica as operações interpretativas que representem a produção de uma norma geral, criando Direito não apenas para o caso concreto, mas para todos os casos iguais. E, por fim, admite que da interpretação proveniente de órgão aplicador do Direito, cujo ato não possa ser anulado, pode-se vislumbrar a criação de direito novo, inclusive pela insurgência de “norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”⁵⁷ (KELSEN, 2003b, p. 394).

Na perspectiva kelseniana, a interpretação científica é puramente cognoscitiva do sentido das normas jurídicas porquanto não obtém direito novo. Logo, a interpretação qualificada de “jurídico-científica” restringe-se ao mínimo da atividade: propor as possíveis significações da norma (KELSEN, 2003b, p. 396).

Em sua Teoria Pura do Direito, a exigência técnico-jurídica é evidente. Contudo, a interpretação dos órgãos jurídicos impescinde da capacidade de colmatar as lacunas do ordenamento jurídico, o que somente pode ser realizado através de uma função criadora de Direito e de uma consequente postura decisória. Isto pontua a “função jurídico-política” ou de “política jurídica” da atividade interpretativa, que, por sua vez, requer limitação em prol do maior grau possível de segurança jurídica (KELSEN, 2003b, p. 396 e 397).

Prosseguindo, o debate constitucional norteamericano e a sua característica bipolarização entre “interpretacionismo” ou “não interpretacionismo” (ELY, 2016, p. 3), ou entre teorias “interpretativas” e “não interpretativas” (DWORKIN, 2001, p. 43), demonstram a tensão entre o papel a ser desempenhado pelos juízes e tribunais nos contextos democráticos e a extensão do processo de interpretação constitucional que lhes foi incumbido.

Para os adeptos do “interpretacionismo”, os juízes devem se ater à leitura das questões constitucionais conforme “normas explícitas ou claramente implícitas” do texto da Constituição (ELY, 2016, p. 3). Enquanto isso, os “não-interpretacionistas” sustentam

⁵⁷ A interpretação autêntica neste caso revela o comportamento, em especial, dos tribunais de última instância (KELSEN, 2003b, p. 395)

a possibilidade de superar tais referências, a fim de fazer cumprir normas não indicadas no texto constitucional, ainda que isto signifique confrontar decisões legislativas (DWORKIN, 2001). Nesse último, destaca-se a presunção de um sistema de valores pré-constitucionais ou, ao equivalente de abordagens jusnaturalistas, concepções de um direito natural (ELY, 2016).

Sumariamente, é preciso reconhecer que ambas pressupõem a declaração de que a inferência do sentido constitucional nem sempre pode ser encontrado de forma clara no texto originário.

Não obstante, o que, de fato, as distingue é a insistência de que no “interpretacionismo” a atividade interpretativa se encontra vinculada ao texto constitucional, dado ser a manifestação do compromisso democrático. Isto porque, tal como ressalta Ely:

O interpretacionismo corriqueiro costuma abordar as diversas disposições da Constituição como unidades contidas em si mesmas, interpretando-as a partir de sua linguagem, com a ajuda da história legislativa, sem recorrer significativamente a qualquer conteúdo vindo de fontes exteriores à disposição constitucional. (ELY, 2016, p. 17).

As correntes interpretacionistas depreendem, portanto, a vontade do poder político democrático como o limite da atividade interpretativa, que deve se ater apenas a elucidar “o sentido dos preceitos expressos na Constituição ou, pelo menos, nela claramente implícitos” (CANOTILHO, 1997, p. 1195). Interpreta-se as normas constitucionais com um postura meramente cognoscitiva: “a de desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra, o teor literal do preceito” (CANOTILHO, 1997, p. 1210) e, para tanto, utiliza-se apenas dos métodos tradicionais de interpretação jurídica.

A noção clássica subjacente é a de que a interpretação é mero ato de conhecimento, admissível (e possível) apenas quando o texto, a vontade do legislador constituinte (“elemento genético da interpretação”) e as regras constitucionais de competência (a divisão clássica e estática da tripartição dos poderes) conduzirem a um “parâmetro seguro ao juízo de constitucionalidade” (CANOTILHO, 1997, p. 1196).

Já, na base “não interpretacionismo”, o pressuposto maior indica a existência de fontes não expressas no texto que devem ser observadas – tal como uma teoria da justiça ou da moralidade popular, ou ainda concepções de uma democracia genuína como a sustentada por Dworkin. As correntes não interpretacionistas advogam pela

possibilidade (e, até mesmo, necessidade) de invocar-se os valores e princípios substantivos inerentes à natureza sociopolítica da Constituição. Ao vê-la como um projeto político de uma comunidade, o não interpretacionismo sustenta-se na supremacia da Constituição como limite do direito da maioria democrática, evitando eventuais tiranias.

Além do mais, aduz à objetividade interpretativa ao constatar que, embora a interpretação deva considerar a substancialidade da Constituição, o intérprete o fará mediante os parâmetros textuais da norma, da história, da doutrina e da jurisprudência (CANOTILHO, 1997).

Sob o ponto de vista teórico-político, deverá ainda observar a influência de valores políticos para legitimar o recurso aos princípios políticos elencados no núcleo estruturante das normas constitucionais. Significa dizer que tais valores não podem sustentar posturas interpretativas conflitantes com a unidade da Constituição, nem impor qualquer tipo de ordem de preferência de certos princípios em detrimento de outros (CANOTILHO, 1997).

Nessa esteira, Dworkin (2001, p. 45) consagra que as teorias “não interpretativas” pressupõem um “compromisso prévio com certos princípios de justiça política que, se devemos agir com responsabilidade devem, por conseguinte, ser refletidos pela maneira como a Constituição é lida e aplicada”, atribuindo maneira distinta, porém ainda plausível, de colocar o texto da Constituição em um contexto que lhe é mais adequado.

De todo modo, ainda que o debate entre os teóricos “presos ao texto” (DWORKIN, 2001, p. 46) e os teóricos não interpretacionistas sustente uma aparente contradição e reflitam um distanciamento quanto a seus pressupostos iniciais, é fato que ambos partem ao encontro de conclusões que pretendem extrair a melhor leitura da prática constitucional. Vale ressaltar que ambas as abordagens não correspondem necessariamente às atitudes de cunho político-jurisdicional conhecidas como ativismo ou contenção judicial (ELY, 2016).

Para Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto (2016, p. 51), a distinção entre interpretacionistas e os não interpretacionistas pode ser sintetizada a partir do “grau de clareza interpretativa que pode vir a ser extraído da Constituição”, reconhecendo aos primeiros o apego às normas explícitas (e aos preceitos implicitamente derivados destas) e aos últimos a abertura para uma construção interpretativa para além do texto constitucional.

2.3.1.4 A teoria da interpretação construtiva e a leitura moral da Constituição em Ronald Dworkin

A teoria do Direito de Ronald Dworkin veicula uma forte crítica ao conjunto de ideias de cunho positivista⁵⁸ e utilitarista abraçado pela vertente do realismo jurídico anglo-americano, em especial à tese do poder discricionário do juiz.

Em sua renomada obra “Justiça para ouriços” (*Justice for Hedgehogs*), Dworkin (2012, p. 13) parte de uma colocação metafórica – “a raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma coisa muito importante” – para expor a sua teoria como um sistema coeso e ordenado que toma como pressuposto a noção de que o Direito como integridade corresponde a uma ordem normativa justa e equitativa que trata os indivíduos como membros iguais e livres de uma comunidade política.

O pensamento dworkiniano volta-se para a formação da tese de unidade de valores. Nesse intuito, realiza uma releitura dos domínios da Ética, da Moral, a Política e do Direito a partir do conceito de democracia, consagrando a dignidade humana como pilar de sustentação dessa rede interdependente. Significa dizer que sua teoria contém uma proposta multidisciplinar ou não arquimediana, posto que conjuga (e, nesse esforço, também ressemantiza) domínios distintos num único sistema.

Dessa forma, afeta todas as normas de conduta do ser, desde o espectro individual e suas normas éticas (referente ao projeto de felicidade de cada indivíduo) até o nível das normas que instrumentalizam os princípios de moralidade política, isto é, as normas jurídicas.

A ideia defendida por Dworkin (2002, p. VIII) é de que uma teoria geral do direito deve ser simultaneamente “normativa e conceitual”. Em seus termos, será normativa ao estabelecer uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei; e conceitual, ao fazer uso da filosofia da linguagem, para desenvolver a questão do significado das proposições jurídicas e de sua veracidade.

Francisco José Borges Motta (2017, p. 19) descreve esse viés da teoria dworkiniana como original e contraintuitivo por concluir que “argumentos aparentemente distintos fornecem, na verdade, apoio recíproco”.

⁵⁸ Inspirado pela filosofia política de John Rawls e pela filosofia hermenêutica de Hans-Georg Gadamer, Dworkin adota sua postura antipositivista, elegendo como principal enfoque do seu antagonismo argumentativo a doutrina do inglês H. L. A. Hart.

É justamente essa reivindicação de apoio recíproco que demonstra a sua tese da unidade do valor. Para Dworkin, os valores são objetivos, de tal forma que, diante de um aparente conflito, os conceitos corretos ou adequados dos valores afetos determinam um compromisso ou conciliação. O objetivo dessa tese é, pois, “que nos engajemos na tarefa de formular concepções que unifiquem, de alguma forma, esses valores políticos importantes, preservando-os naquilo que há de bom em cada um deles” (MOTTA, 2017, p. 25).

Por consequência, o uso correto de termos como democracia, igualdade, liberdade, dentre outros, pressupõe um conceito compartilhado, “de modo que nossas divergências sobre seu conteúdo sejam autênticas” (MOTTA, 2017, p. 33). Isso ocorrerá quando houver concordância quanto aos critérios de identificação desses conceitos e esta, por sua vez, só é possível porque compartilhamos práticas sociais e experiências nas quais esses conceitos aparecem. Francisco Motta (2017, p. 34) sintetiza que “esses conceitos descrevem valores; contudo, nós discordamos a respeito desses valores e da maneira como eles se expressam”.

Diante dessas considerações, é inevitável a existência de divergências entre os juízes no que tange à resolução de questões jurídicas difíceis, que enfrentem problemas de teoria moral. No entanto, essa divergência deverá ser justificada, algo que somente será satisfeito no âmbito da argumentação.

Acontece que nos encontramos perante uma “doença crônica”, assim denunciada por Dworkin (2002, p. 24), referente à fragilização da compreensão de conceitos políticos. E, assim, sucedem as engrenagens da vida se movimentando segundo obrigações jurídicas e direitos reconhecidos positivamente, muito embora não sejamos capazes de expor de forma satisfatória as condições que autorizam o monopólio da força do Estado através do Direito.

Por isso, enquanto o positivismo de Hart se concentra na autoridade das instituições públicas a partir de uma regra de reconhecimento fundamental, que legitima as decisões do governo e confere forma e obrigatoriedade às demais regras; Dworkin questiona a noção de um sistema jurídico composto exclusivamente de regras e sua correspondente pretensão de um teste fundamental para determinar o que é direito. O jurista americano reconhece que, nos casos difíceis, recorreremos a padrões jurídicos que não são regras e, por conseguinte, operam de forma distinta (DWORKIN, 2002).

O modelo dworkiniano distinguirá três modalidades de normas: regras, princípios e políticas (“*policies*”). Os padrões de tipo regra aplicam-se “à maneira do

tudo-ou-nada” (DWORKIN, 2002, p. 39), isto é, consideradas as circunstâncias do caso concreto, ou a regra é válida e deve ser aceita como aplicável, ou não é válida e, assim, deve ser afastada do âmbito da decisão. Um enunciado correto da regra leva em consideração as suas exceções, sob pena de incompletude. O que não ocorre com os princípios e as políticas, porque não enumeram condições para a sua aplicação, mas enunciam uma razão para conduzir o argumento em dada direção.

Por oportuno, a distinção entre princípios e políticas⁵⁹ reside na observação de que o primeiro tipo de padrão implica em “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”, ao passo que o segundo tipo “estabelece um objetivo a ser alcançado” em prol de uma melhoria para a comunidade (DWORKIN, 2002, p. 36).

O tratamento de Dworkin acerca dos princípios estabelece sua principal crítica à concepção de poder discricionário dos juízes. O jurista infere duas abordagens possíveis quanto à incorporação de princípios no sistema jurídicos: podemos trata-los como obrigatórios ou negar-lhes força jurídica. No primeiro caso, a composição do direito engloba tanto regras quanto princípios. Consequentemente, quando não houver regra para o caso a ser decidido, “o tribunal cita princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra” (DWORKIN, 2002, p. 46). Já no segundo caso, é reconhecida uma espécie de “textura aberta” das regras jurídicas (lê-se que as regras possuem limites imprecisos, conforme a lição de Hart), abrindo margem para o poder de criação normativa por decisão judicial (DWORKIN, 2002, p. 35).

Segundo a teoria dos princípios de Dworkin (2002, p. 580), não há poder discricionário, mas um dever do juiz de “chegar a uma compreensão, controversa ou não, a respeito do que suas ordens ou as regras exigem e agir com base nessa compreensão”. Sua explicação divide-se em duas partes, uma de teor lógico e outra referente a uma questão de filosofia moral.

Logicamente, conclui que “se os tribunais tivessem o poder discricionário para modificar as regras estabelecidas, essas regras certamente não seriam obrigatórias para eles e, dessa forma, não haveria direito nos termos do modelo positivista”

⁵⁹ Aqui, é fixada a célebre distinção entre “argumentos de princípio” e “argumentos de política” (DWORKIN, 2002, p. 129). Os primeiros justificam uma decisão política que reconhece ou resguarda um direito. Já os argumentos de política justificam uma decisão política que fomenta ou protege um objetivo comum da comunidade. Ambos consagram os fundamentos essenciais da justificação política. Todavia, enquanto a justificação de um programa legislativo complexo demande os dois tipos de argumentos, somente os de princípios devem nortear as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis.

(DWORKIN, 2002, p. 59). Em decorrência disso, deve ser pelo menos reconhecida a obrigatoriedade dos princípios basilares da comunidade política a que se vinculam, senão nenhuma regra ou poucas delas poderão ser consideradas obrigatórias aos juízes.

Se existem padrões além das regras que obrigam os juízes, são eles que estabelecem quando um juiz pode ou não revogar ou mudar uma regra estabelecida. Assim, os princípios justificam a mudança quando dentro do sistema principiológico daquela comunidade for o de maior importância ou peso.

Nesse quesito, merece destaque a seguinte colocação do autor:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. (DWORKIN, 2002, p. 42).

Para compreendermos a segunda parte da explicação, é interessante frisar que “o direito não aconselha meramente os juízes e outras autoridades sobre as decisões que devem (*ought to*) tomar”, e sim determina a existência de um dever de reconhecer e fazer vigorar certos padrões (DWORKIN, 2002 p. 78). Nos casos em que a regra do direito positivo silencia sobre as diretrizes em que o juiz deve formular seu juízo, isto é, nas situações em que não há dever expresso de decidir de uma forma específica, o juiz ainda encontra-se vinculado a outra exigência de conduta, a um dever moral. Nesse diapasão, temos que:

Se uma teoria o direito deve fornecer uma base para o dever judicial, então os princípios que ela apresenta de maneira ordenada devem tentar justificar as regras estabelecidas. Para isso, é preciso identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que, na opinião do jurista que defende tal teoria, sustentam efetivamente essas regras. Esse processo de justificação deve levar o jurista ao exame muito aprofundado da teoria moral e política e bem além do ponto em que é acurado dizer que existe algum “teste” de “*pedigree*” para decidir qual de duas justificações diferentes de nossas instituições políticas é superior à outra. (DWORKIN, 2002, p. 106).

O juiz continua submetido a um dever de descobrir quais os direitos das partes e, por isso, não pode agir como se fossem “delegados do poder legislativo”, criando novos direitos e aplicando-os retroativamente; ou promulgando as leis que, a seu ver, deveriam ter sido promulgadas (DWORKIN, 2002, p. 129). Quando os juízes vão além das decisões

políticas tomadas por outras autoridades, ele não o faz pela força de um poder próprio, mas em virtude da força de princípios, que justificam suas conclusões.

Através do narrativa do juiz Hércules⁶⁰, o autor explica a sua teoria da decisão judicial como uma forma de identificar numa concepção particular de moralidade política da comunidade um fator decisivo para solucionar os problemas jurídicos. Em cada etapa de resolução do caso, Hércules avança em um esforço de compatibilizar questões de filosofia política e o dever geral do intérprete judicial de seguir a história institucional. Evidente que sua argumentação excede ao esforço de qualquer juiz existente, por mais dedicado que seja, mas o juiz Hércules gera um modelo ideal de como funcionaria a argumentação fundada em princípios perante o apelo à força da prática judicial, isto é, da força das decisões que lhe antecedem.

Os críticos da teoria frequentemente utilizam-se do fato de que a técnica de Hércules encoraja os juízes a emitirem juízos de valor próprios sobre os direitos políticos para apontar nela uma abertura para o agigantamento do Poder Judiciário. Essa perspectiva é equivocada na medida em que ignora o papel essencial da argumentação moral da teoria e a importância da divergência e da controvérsia, em geral, como instância de correção interpretativa.

Essa natureza argumentativa da teoria da decisão jurídica de Dworkin considera, como vimos, que as divergências sobre os direitos políticos são incontornáveis e por tratarem de conceitos interpretativos tem natureza valorativa⁶¹. A autenticidade desses dissensos dependerá do compromisso das pessoas em assumirem uma “atitude interpretativa” diante das situações sociais (DWORKIN, 2003, p. 60).

Quando as pessoas assumem essa postura, reconhecem um valor⁶² à prática social interpretada – por servir a alguma finalidade ou propósito⁶³, ou, ainda, por reforçar

⁶⁰ Na obra “Levando os Direitos a sério” (*Taking Rights Seriously*), Dworkin (2002, p. 165) constrói o exercício mental do juiz Hércules - “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobrehumanas” – e o coloca perante a trajetória da decisão de casos difíceis. O autor adverte, em “O Império do Direito” (*Law’s Empire*), não ser possível que um juiz real se aproxime num esforço único da interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade, sendo este o motivo do exercício imaginativo proposto. Factualmente, anota que: “um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto” (DWORKIN, 2003, p. 294).

⁶¹ Em outras palavras, “temos teorias diferentes a respeito de quais valores melhor justificam aquilo que aceitamos como característica centrais ou paradigmática” das práticas sociais que compartilhamos (MOTTA, 2017, p. 34).

⁶² Na teoria dworkiniana, valor e conteúdo se confundem, de modo que ao discutir a possibilidade de alterar as regras dessas práticas recorreremos à finalidade da prática e não àquilo que elas são no momento. Com esse intuito, o intérprete fará uso a história e da convenção.

⁶³ A “intenção” ou o “propósito” de uma prática, tradição ou texto normativo faz uma ponte entre a justificação política da ideia geral de criação do direito e os casos difíceis que questionam sobre quais direitos foram criados para reger uma determinada situação (DWORKIN, 2002, p. 164). Em consonância

algum princípio –; e uma consequente suscetibilidade da prática à sua finalidade. Com efeito, as pessoas tentam “impor um significado à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado” (DWORKIN, 2003, p. 60).

Esse exercício interpretativo é realizado sempre com uma enorme carga de responsabilidade⁶⁴, motivo pelo qual os intérpretes devem analisar as interpretações que se apresentam como candidatas à melhor resposta, a fim de determinar aquela que melhor atenda a um conjunto de propósitos a prática interpretativa⁶⁵. Observa-se, portanto, a expressão de uma “interpretação construtiva”⁶⁶, cujo enfoque é a interação entre o propósito e o objeto a fim de atribuir o máximo de valor a este (DWORKIN, 2003, p. 64).

Nesse momento, a teoria dworkiniana culmina na proposta da concepção do Direito como integridade e da noção de uma comunidade de princípios. Merece destaque o trecho a seguir:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. (DWORKIN, 2003, p. 291)

Nesse aspecto, o professor Cássius Guimarães Chai (2007) leciona:

“A Teoria dos Direitos enquanto integridade é uma atitude interpretativa que não separa a ética da responsabilidade da ética do convencimento, ou seja, na qual o indivíduo é responsável pelas consequências das decisões que adota a partir de suas convicções ou preferências pessoais.” (CHAI, 2007, p. 336)

com o entendimento dworkiniano, a interpretação criativa busca essa intenção porque pretende “impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando”, de modo que “toda interpretação criativa compartilha essa característica, e tem, portanto, um aspecto ou componente normativo” (DWORKIN, 2003, p. 275).’

⁶⁴ “Entenda-se: não há como demonstrar que um argumento moral é correto; não há como sustentá-lo sem pressupor ou aceitar outros argumentos morais. O que se pode, repete-se, é exigir de quem o formula a referida responsabilidade.” (MOTTA, 2017, p. 40).

⁶⁵ Francisco Motta (2017, p. 41) registra três etapas para que se consiga “situar o objeto em questão em relação aos propósitos” identificados como pertinentes. Primeiro, há uma individualização da prática, na qual é definida a natureza da interpretação (se é jurídica ou artística, por exemplo); segundo, será atribuído um conjunto de propósitos ao gênero ou subgênero identificado; e, por último, a identificação da melhor forma de realizar esse conjunto de propósitos num caso específico. O resultado será uma interpretação exitosa, pois atinge a verdade sobre o sentido de um objeto.

⁶⁶ “Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torna-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam.” (DWORKIN, 2003, p. 63-64).

Significa dizer que as convicções do juiz estão embasadas em aspectos e convicções morais particulares, mas que isso não descaracteriza a objetividade da verdade contida em um valor por ele citado, assim como não o exime da responsabilidade pelos juízos que emite. O raciocínio por detrás dessa teoria define que “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2003, p. 272).

Em outras palavras, para Dworkin, uma proposição valorativa será verdadeira a depender do sucesso dos argumentos que lhe justificam em diferentes níveis – “somente serão o bastante quando forem suficientemente sistemáticos, além de mútua e reciprocamente examinados”. Na obra “A Justiça de Toga” (*Justice in Robes*), o jurista reafirma esse processo de reflexão como uma “ascensão justificadora” (“*justificatory ascent*”) (DWORKIN, 2006, p. 80).

Para adentrarmos na teoria da “interpretação construtiva” do autor, cabe frisar um importante ponto de contato com a hermenêutica gadameriana. Com base no círculo hermenêutico proposto por Martin Heidegger, Gadamer (1999, p. 402) descreve a interpretação como um constante “projetar” (e “reprojetar”), na medida em que a compreensão do intérprete consiste na elaboração de um projeto prévio de sentido⁶⁷ – “porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado” – que será constantemente revisado conforme se avança no processo interpretativo, conduzindo sempre a um novo projeto de sentido. De forma abreviada, para se alcançar os projetos corretos e adequados de sentido à coisa interpretada, o intérprete deve sempre confirmá-los diante da própria coisa.

Dentro da multiplicidade do opinável – daquilo que o leitor pode encontrar sentido -, “nem tudo é possível, e quem não ouve direito o que o outro está dizendo, realmente, acabará por não conseguir integrar o mal-entendido em suas próprias e variadas expectativas de sentido” (GADAMER, 1999, p. 405). Por isso, quem quer compreender não pode se entregar “à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto” (GADAMER, 1999, p. 405). Ao contrário, estará continuamente receptivo para a alteridade do texto. O

⁶⁷ As opiniões prévias de conteúdo e os pré-conceitos impedem que se alcance a verdadeira compreensão somente se forem arbitrárias, isto quer dizer que o intérprete não deve se dirigir diretamente aos textos a partir da opinião prévia que tem dele, mas que deve examinar tais opiniões quanto à sua origem e validade (GADAMER, 1999).

que não pressupõe neutralidade, nem anulação do intérprete, mas significa que devemos apropriar nossas próprias opiniões prévias e pré-conceitos, considerando as antecipações que nos são impostas em virtude destes, para que possamos confrontar a verdade do texto em si mesmo.

Neste seguimento, Dworkin (2003, p. 61) sublinha que: “a interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova reinterpretação”⁶⁸. Trata-se de uma consequência do caráter permanentemente construtivo das declarações do direito. Isto ocorre não somente “porque a história de uma comunidade é feita de grandes conflitos e transformações”, como também pela eventualidade de que o objeto interpretado esteja atrelado a um “terreno moralmente complicado, ou mesmo ambíguo” (DWORKIN, 2003, p. 275).

Além do mais, conforme descreve em “O Império do Direito” (*Law's Empire*), o direito é visto como integridade tendo em vista que “as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro” (DWORKIN, 2003, p. 271).

Destarte, pela teoria do Direito como integridade, o intérprete “começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine” (DWORKIN, 2003, p. 274). Isto é, o intérprete não tem a pretensão de recuperar os ideais ou objetivos práticos dos criadores do texto original – como pretendem as teorias originalistas -, mas encontrar a justificativa de suas escolhas para estabelecer um vínculo razoável entre a prática atual, os princípios que a justificam e o futuro que se pretende implementar. O apelo à história institucional do tribunal limita-se, pois, à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar os precedentes⁶⁹.

Ante a esses elementos, o autor recorre a outro exercício hipotético para demonstrar o princípio da coerência ou consistência articulada dos princípios: “o romance em cadeia” (DWORKIN, 2003, p. 275). Em uma aproximação entre o Direito e a Literatura, o direito deve ser visto como um projeto literário de romance em série construído por múltiplos autores, cada romancista ou intérprete deve adicionar um novo capítulo a partir da obra que recebeu de seu antecessor no projeto. O exemplo demonstra

⁶⁸ Esse ciclo de reinterpretação e transformação da prática determina que cada etapa do processo de interpretação terá por objeto as conquistas da etapa anterior. Uma vez exaurido o respeito pela primeira leitura, a nova interpretação da prática faz-se por desnecessária (DWORKIN, 2003, p. 59).

⁶⁹ Dworkin (2002) distingue a força gravitacional sobre as decisões posteriores da força de promulgação do precedente, ao afirmar que aquela não decorre necessariamente desta. A força gravitacional descreve o apelo à equidade para tratar os casos semelhantes do mesmo modo, enquanto a força de promulgação do precedente diz respeito à aplicação aos casos adicionais abarcados por termos específicos daquela decisão.

que os participantes desse processo devem levar suas responsabilidades a sério para criar em conjunto um só romance unificado, tendo cada um deles o dever de “tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes” (DWORKIN, 2003, p. 276).

Esse senso de continuidade é desenvolvido através de uma avaliação da “dimensão da adequação” (DWORKIN, 2003, p. 277). O sucessor do romance deve adotar uma interpretação que se ajuste a toda a obra ou que apreenda pelo menos a maior parte dela. Caso mais de uma interpretação seja possível, deve julgar qual das leituras se adequa melhor à obra em desenvolvimento. Dworkin (2003, p. 281-282) admite inexistir qualquer fórmula precisa ou matemática nesse quesito, mas trabalha com a categoria de “convicções estéticas”⁷⁰ que guiam a avaliação para a “correta interpretação” sobre algo.

O esforço de identificar essas convicções consiste sobretudo numa abordagem argutiva, fundada em perguntas sobre a cognição interna e externa do objeto. É através dessa abordagem que o intérprete adquire as informações decisivas sobre qual “interpretação torna a obra de arte melhor como um todo” (DWORKIN, 2003, p. 281).

À guisa de conclusão, a rejeição de uma linha jurisprudencial até então vigente por considerá-la “pobre” em termos argumentativos – isto é, “enquanto interpretações construtivas da prática jurídica” – não é incongruente com a concepção do direito como integridade (DWORKIN, 2003, p. 287). Ao perceber que outra interpretação gera uma integração mais interessante de conteúdo, o juiz avaliará até que ponto os direitos das pessoas dependem das razões apresentadas por precedentes.

Sob a ótica da teoria da integridade, os juízes encontram-se perante “caminhos abertos para aperfeiçoar o direito ao mesmo tempo que respeitam as virtudes da fraternidade que a integridade serve” (DWORKIN, 2003, p. 330). Existe, pois, uma vinculação narrativa ou histórica, pela qual o intérprete será vinculado pelo passado em ordem de resguardar a forma coletiva sobre os conceitos mais abstratos. A confirmação desse sistema de conceitos, princípios e direitos de ordem moral será realizada em face

⁷⁰ Sabemos que o intérprete carrega consigo convicções inerentes ao seu sistema geral de crenças e atitudes do intérprete, já que são produzidas pela sua experiência cognitiva ao questionar o objeto interpretado, mas é justamente o fato de que algumas dessas crenças operam coercitivamente - como elementos de comprovação ou aceitação de uma atitude numa comunidade – que permitirá ao intérprete compreender e descrever o objeto com maior solidez, para então assinalar o sentido que se adapta melhor o texto. Essas convicções são formais, por não dependerem das opiniões mais profundas do intérprete, mas derivarem de opiniões externas e críticas sobre o assunto e estabelecerem critérios de categorização. À título de exemplo, podemos citar o conjunto de convicções que, na literatura, insere uma determinada obra em um gênero ou subgênero literário e depois a examina como um “bom exemplar” segundo as características que se esperam dessa categoria.

das promessas fundamentais do Direito à sociedade, contidas na Constituição⁷¹ (DWORKIN, 2001, p. 39).

Na reflexão de Francisco Motta (2017, p. 220), o propósito de Dworkin seria “inserir a moralidade política no âmago do direito constitucional”, pois a natureza controvertida da moralidade demanda que um arranjo institucional composto por princípios morais decida quem é a autoridade suprema para interpretá-los.

A própria noção de “leitura moral da Constituição” está embasada na compreensão de que dispositivos constitucionais traduzem princípios morais abstratos que demandam juízos morais concretos para serem concretizados⁷². Segundo aduz Motta (2017, p. 220): “sempre que alguém se dispuser a seguir uma estratégia coerente para interpretar a Constituição, já estará fazendo uso da leitura moral”.

Dworkin (1997, p. 1262) afirma que até mesmo em defesa de uma Constituição abstrata disciplinada pela concepção de integridade é esperado que os intérpretes constitucionais realizem juízos morais de teor altamente controverso em casos que dividam a comunidade política. Isto não implica necessariamente que os juízes sejam ou devam ser os árbitros finais do que a Constituição exige para sua concretização⁷³, mas que devam perseguir um juízo de integridade constitucional⁷⁴ - uma interpretação coerente, persuasiva e pautada em princípios, que una o texto e a prática constitucional (DWORKIN, 1997).

A concepção de Constituição como garantia da indisponibilidade de direitos e liberdades fundamentais expressa o seu papel como instrumento de integração e, por conseguinte, justifica o instituto do controle judicial de constitucionalidade. Cássius Guimarães Chai (2007, p. 342) expressa que o controle de constitucionalidade exerce a condição de “via procedimental argumentativa institucionalizada” que possibilita

⁷¹ “A ideia da Constituição como o Direito Fundamental está tão cimentada nos pressupostos comuns que constituem nossa ordem jurídica que uma interpretação que a negasse seria a interpretação de outra coisa completamente diferente [...]” (DWORKIN, 2001, p. 49).

⁷² Dworkin (2003, p. 93) salienta que a instituição da justiça submete-se a sucessivas reinterpretções e interpretações. Contudo, conserva uma formulação central – ou paradigmática – correspondente ao consenso mínimo da comunidade. Por ser um conceito incontestavelmente aberto, precisa torna-se concreto para ser eficaz.

⁷³ “As I said earlier, fidelity to a moral constitution does not entail that judges should be the final arbiters of what that constitution requires in concrete controversies” (DWORKIN, 1997, p. 1263). Em tradução livre: “Como dito anteriormente, fidelidade a uma Constituição moral não implica que juízes devam ser os árbitros finais sobre o que aquela Constituição demanda em controvérsias concretas”.

⁷⁴ “Lawyers and judges faced with a contemporary constitutional issue must try to construct a coherent, principled, and persuasive interpretation of the text of particular clauses, the structure of the Constitution as a whole, and our history under the Constitution – an interpretation that both unifies these distinct sources, so far as this is possible, and directs future adjudication. They must seek, that is, constitutional integrity.” (DWORKIN, 1997, p. 1249-1250).

verificar qual das pretensões de validade suscitadas no debate jurídico se revestiria (ou se revestirá) de legitimidade. Essa diretriz do pensamento dworkiniano é inequivocamente demonstrada no trecho abaixo:

A revisão judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade políticas **serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio** e não apenas de poder política, uma transformação que não pode ter êxito – de qualquer modo, não completamente – no âmbito da própria legislatura. (DWORKIN, 2001, p. 102) (Grifo nosso).

Conforme ilustrado, o jusfilósofo norteamericano defende uma atitude interpretativa dos tribunais ao solucionarem os casos difíceis, como o são a maioria das cláusulas constitucionais, de forma que o juiz “deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta” (DWORKIN, 2002, p. 231).

Como contraprestação à inevitável formação de juízos morais, essa atitude exige fundamentação por razões práticas – levando em consideração os precedentes e a história institucional – e por razões de princípio – atento ao sistema de direitos e sua eficiência social. Logo, para o autor, a tese da discricionariedade do juiz é insustentável para uma democracia constitucional.

2.3.2 Jurisdição constitucional

Todo ato normativo emanado sob a égide de uma Constituição deve com ela manter uma relação de correspondência para adquirir sua validade. A consciência que permeia o princípio da supremacia constitucional expressa uma presunção, embora relativa, de que todos os atos produzidos deduzem a observância dos moldes e limites traçados pela Constituição, posto que sua força cogente é exclusiva e não abre margem à qualquer outra alternativa de existência normativa.

Caso as normas da Constituição, embora objetos de tantas precauções sobre sua modificação, não logrem êxito em suas diretivas processuais e materiais, serão na realidade “um anseio sem força obrigatória” (KELSEN, 2003a, p. 179). Admitindo-se a prevalência de leis, ou mesmo de qualquer ato jurídico, inconstitucionais é dizer que estes possuem força jurídica superior à da Constituição.

Hans Kelsen (2003a, p. 123) leciona que a “garantia jurisdicional da Constituição” consiste no conjunto de técnicas jurídicas destinadas a salvaguardar o regular exercício das funções estatais, através da fiscalização da regularidade normativa

de regras imediatamente subordinadas à Carta Magna. Para o preletor austríaco, “uma Constituição em que falta a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória” (KELSEN, 2003a, p. 179), comprometendo a ordem de uma República democrática, para a qual instituições de controle são condições para sua existência.

Desta feita, o cerne da jurisdição constitucional reside, portanto, na proteção da força obrigatória da Constituição – sua força normativa – e, conseqüentemente, a concretização dos direitos fundamentais estipulados em suas normas. Contudo, seria um equívoco considerar que tal função de controle de constitucionalidade esgota o exercício da jurisdição em matéria constitucional. Nesse diapasão, Kelsen (2003a, p. 156) argumenta que a organização da jurisdição constitucional deverá se adaptar às particularidades de cada Constituição.

Por oportuno, José Afonso da Silva (2007) acrescenta às atribuições da jurisdição constitucional a aplicação direta das normas constitucionais no processo de solução de litígios: a. entre Estado e indivíduos ou grupos, desde que estes reclamem de violação de direitos fundamentais; b. entre órgãos do governo; ou c. entre entidade autônomas. Neste inventário, Gustavo Just (2005) complementarmente que, enquanto exercício da jurisdição constitucional engloba, ainda, os julgamentos de autoridades estatais por crime de responsabilidade; o controle do processo eleitoral; dentre outras funções a serem previstas pelo próprio texto Magno.

Nesta seara de atribuições constitucionais, destaca-se a importância da interpretação constitucional e da adequação dos ditames constitucionais às novas realidades fático-sociais vigentes no mundo do ser⁷⁵, marco no qual é possível vislumbrar com maior propriedade o instituto da mutação constitucional; bem como a garantia eficaz da regularidade e do caráter democrática do processo de deliberações políticas, servindo à proteção da base minoritária, sobretudo em face de reformas constitucionais.

Pontualmente, a jurisdição constitucional incorpora delegação do próprio poder constituinte originário, em prol da salvaguarda da força normativa e na supremacia de sua obra perante o ordenamento positivo. Assim, o conjunto de instrumentos e mecanismos que o compõe encontram-se vinculados não apenas à fiscalização de regularidade dos atos públicos, mas à garantia de aplicação das diretivas da Carta Maior, tal como sublinha a reflexão de Lenio Luiz Streck (2002), *in verbis*:

⁷⁵ Conforme discutido, sem o exercício exegético, a aplicação das normas constitucionais se reduziria a uma mera reprodução categórica do texto de norma e em incompleta implementação constitucional.

[...] a Constituição, enquanto conquista, programa e garantidora substancial dos direitos individuais e sociais, depende fundamentalmente de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a implementação de seu texto. A instrumentalização dos valores constitucionais e a aferição da conformidade ou não das leis ao texto se estabelece através do que se convencionou chamar de justiça constitucional, mediante o mecanismo da **jurisdição constitucional**. (STRECK, 2002, p. 99) (Grifo nosso)

O objeto de estudo não contempla o exame detalhado sobre a origem e desenvolvimento da jurisdição constitucional, tendo em vista trata-se de tema deveras abrangente. No entanto, tem-se por relevante compreender as demarcações teóricas sobre o dilema da separação de poderes, o papel das Supremas Cortes nos processos de alteração constitucional e do próprio exercício da jurisdição constitucional em face da plasticidade da Constituição.

2.3.2.1 O marco introdutório da jurisdição constitucional: o *judicial review*

Não há dúvidas acerca da construção inovadora do modelo de *judicial review* norte-americano, nem do marco histórico configurado pelo *leading case Marbury v. Madison*, no qual emerge “o resultado de um longo amadurecimento doutrinário e jurisprudencial” e a conseqüente incorporação definitiva do poder-dever dos juízes de invalidarem atos inconstitucionais do legislativo (BINENBOJM, 2010, p. 29).

Vale debruçar-se sobre o resultado do caso, no qual a suposta “indecisão” dos constituintes americanos não inibira o *Chief of Justice* John Marshall de “reinventar a Constituição” em virtude de sua “densidade normativa” e, por conseguinte, de abrir espaço para “uma verdadeira reelaboração ou atualização de seu conteúdo” (SAMPAIO, 2002, p. 30 e 32).

Em 1803, perante fortes pressões políticas, o juiz Marshall reconhece o direito pugnado em *writ of mandamus* contra ato do Secretário de Estado do governo Jefferson, porém denega a ordem da ação mandamental por força de preliminar de inconstitucionalidade da Corte, pois verificara a incompatibilidade entre a lei na qual se baseava a propositura da ação e a Constituição norte-americana de 1787.

A lei sob análise emanada pelo Congresso Nacional dispunha competência da Suprema Corte no julgamento da ação mandamental em face de atos de determinados agentes públicos, dentre eles o Secretário de Estado. Todavia, considerando a reserva constitucional sobre a distribuição, criação e supressão de competências institucionais

previstas em seu texto, a lei infraconstitucional não poderia criar competência originária do órgão de cúpula do Judiciário. Portanto, embora o direito discutido existisse de fato, não havia sido pleiteado pela via cabível.

O teor da decisão e a fundamentação de Marshall sustentaram a afirmação do Judiciário norteamericano “como verdadeiro Poder do Estado” (BINENBOJM, 2010, p. 31), elementos dos quais se possível extrair as seguintes conclusões⁷⁶: a) no conflito entre ato normativo infraconstitucional e a Constituição, a última prevalecerá; b) a lei ou ato normativo contrário à Constituição é ato nulo; c) é dever essencial do Judiciário aplicar a Constituição, de modo que, ao constatar a inconstitucionalidade de lei, deverá invalidar o ato.

O panorama instituído diante do controle difuso norteamericano sustenta a análise e resolução das questões de constitucional por todo o corpo jurisdicional, de forma incidental. Sua Corte Suprema ocupa o vértice do Poder Judiciário, desempenhando as funções de última instância recursal, e acumula as competências de jurisdição constitucional⁷⁷.

2.3.2.2 As raízes positivistas da jurisdição constitucional

Ao contrário da experiência norte-americana, a França por experimentar um clima de profunda desconfiança do Poder Judiciário, em virtude das arbitrariedades vividas no destituído *Ancien Régime*, predomina um modelo tradicionalmente político ou antijudicialista de controle de constitucionalidade das leis, sob a premissa da supremacia da soberania nacional, consubstanciada na supremacia do Parlamento. A vontade geral manifesta na lei, isto é, a vontade da nação, “não poderia ser controlada por uma vontade superior a ela mesma, senão pela consciência daqueles que exerciam o poder legislativo e pela responsabilidade, pelo menos moral, em face da nação” (SAMPAIO, 2002, p. 33).

Por outro lado, o sistema judicial francês não se encontra totalmente destituído de sua força enquanto ramo do Poder público. É palatável a bifurcação inerente

⁷⁶ Precisamente, a construção doutrinária do judicial *review* assinalava que a natureza do ato inconstitucional é a de modo de ato nulo (“*null and void*”), de tal sorte que a invalidade da lei ou ato normativo é reconhecida ab initio. Por consequência, o controle das normas emanadas pelo Legislativo seria de competência do Judiciário, caracterizado por sua manifestação repressiva, concreta, declaratória e difusa, isto é, caberia a qualquer juiz ou tribunal declarar a nulidade do ato inconstitucional diante de contencioso concreto, operando à decisão efeitos *ex tunc* e *inter partes*.

⁷⁷ Aliada à natureza jurisprudencial do sistema da *common law*, as decisões em matéria constitucional viriam a tomar espaço significativo como fontes de direito quase equivalentes ao status de normas constitucionais, seriam os chamados “superprecedentes” (ACKERMAN, 2007; TRIBE, 2008).

à cultura judiciária francesa, no que se refere à distância entre o supremo tribunal – dignificado pela nomenclatura de Corte de Cassação⁷⁸ (“*Cour de Cassation*”) – e a composição ordinária dos magistrados singulares. Em comparação à histórica expansão da jurisdição constitucional norte-americana, o sistema jurídico francês demonstra-se, à primeira vista, como a expressão da autocontenção judicial, meramente subserviente à codificação parlamentar. A própria Corte de Cassação prevalece sobre todos os tribunais por força de seu poder-dever de reverter qualquer decisão inferior, retornando o caso para novo julgamento (ROSENGARTEN, 1909, p. 291). Contudo, no que tange a ação privada, as cortes francesas ainda desempenham significativa parcela de poder sobre os cidadãos nacionais, uma vez que é o próprio costume que define a submissão destes à sua jurisdição.

Vale reconhecer que, a despeito do não acolhimento de suas sugestões nas constituintes francesas de sua época, o Abade de Sieyès (2003) reaparece com fundamental importância na sugestão de um Júri Constitucional (“*Jury Constitutionnel*”), um corpo representativo à disposição da continuidade do *pouvoir constituant*, cujas atribuições seriam: pronunciar-se sobre as denúncias de violação da Constituição; e adaptar as normas constitucionais à sua nova realidade, expedindo relatórios decenais sobre as reformas constitucionais necessárias. Ainda que não determinasse tal responsabilidade ao Judiciário, seus projetos iniciais pretendiam firmar a figura de guardião constitucional em uma espécie de Conselho distinto do Parlamento.

Mesmo assim, a tendência inicial na Europa Ocidental foi a favor da disseminação do controle político francês, catalisada pelas dificuldades na aplicação do sistema difuso de controle de constitucionalidade nos países de tradição jurídica romano-germânica⁷⁹. Movimento que sofrera uma reviravolta gradual, na medida em que desenho

⁷⁸ A Corte de Cassação surge na França Revolucionária como órgão político de contenção dos juízes sob o prisma do controle de legalidade. O juiz “boca de lei” (“*bouche de la loi*”) representa, pois, a máxima da postura positivista. Historicamente, ocorre uma transição da corte como componente da estrutura legislativa para o Poder Judiciário em virtude de dois fatores: 1. A universalidade das decisões, a partir da eficácia vinculante das decisões da Corte de Cassação em face dos juízes inferiores; e 2. Enquanto o modelo clássico continha apenas a possibilidade de um juízo rescindente – sem a resolução da controvérsia de mérito –, o novo modelo permite, via de regra, o reenvio do processo ao juiz da instância inferior de modo que defina o provimento jurisdicional de mérito (TARUFFO, 2013).

⁷⁹ Tais dificuldades remetiam à tradição do *common law* adotada pelos países de origem anglo-saxônica, como os Estados Unidos, assim como pela composição republicana federalista assinalada pela emergente doutrina constitucional americana – o poder se descentralizava em entes federativos distintos, ao contrário da composição central do poder político que ainda imperava na Europa. Além do mais, a aplicação do princípio do precedente vinculativo (*stare decisis*) se revelou problemático à segurança jurídica nos países de tradição do civil law, dado que seria possível a existência de tendências e entendimentos judiciais contrastantes entre os diversos órgãos judiciários, inclusive em graus distintos, gerando incerteza do Direito e descredibilidade nas instituições de justiça ao cidadão-comum (BINENBOJM, 2010, p. 40-41).

do *judicial review* conquistava os Estados constitucionais insurgentes, até mesmo nas nações latino-americanas, que passaram a incorporar mecanismos judiciais semelhantes, embora acompanhados de certas peculiaridades, como foi o caso da disposição do *habeas corpus* na Constituição brasileira de 1891.

O modelo de controle concentrado de constitucionalidade surge, então, com propostas de novas formas de solução jurisdicional de conflitos constitucionais, alinhando uma “segunda geração de jurisdição constitucional” (SAMPAIO, 2002, p. 36), a partir das tentativas de harmonizar as ordens centrais e locais de poder no recém-implantado federalismo de muitos países europeus.

Hans Kelsen (2003b), inspirado no ensaio “Um Tribunal Constitucional de Justiça para a Áustria” (“*Verfassungsgerichtshof für Österreich*”), escrito por Georg Jellinek em 1885, encaminha à Constituinte austríaca de 1919/1920 a recomendação de criação de um tribunal específico para efetuar o controle de constitucionalidade da lei em abstrato, cuja natureza não se confunde com a de qualquer órgão jurisdicional.

A concepção austríaca de controle de constitucionalidade preconiza por excelência que o poder de anular leis seja da alçada de um órgão *ad hoc*, o qual, apesar da denominação e organização clássica em forma de tribunal ou corte, “não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional” (KELSEN, 2003a, p. 151). Por sua vez, o respeito à ideia federativa encontra expressão na figura de “uma instância objetiva” que decida sobre a violação da Constituição⁸⁰ decorrente de conflitos entre as entidades federadas – “porque qualquer violação da competência da União por um estado federado, ou da competência dos estados federados pela União, é uma violação da Constituição federal que faz da União e de seus estados uma unidade” (KELSEN, 2003a, p. 183). Neste modelo, a jurisdição constitucional por meio de órgão especial é, por conseguinte, “uma garantia de paz política no Estado” (KELSEN, 2003a, p. 186).

Na perspectiva de Kelsen (2003a, p. 124), a desambiguação tradicional proposta às funções de criação e aplicação do direito não deve subsistir, ao que argumentará que, apesar de as funções reunidas sob o escopo de “execução” ou aplicação - a jurisdição e a administração pública - parecerem ser exteriores ao direito e não criarem

⁸⁰ Nesse contexto, vale frisar que a “Constituição total” não se confunde com a “Constituição parcial da União, que lhe é subordinada” (KELSEN, 2003a, p. 183).

positivação, examinando-as melhor, vê-se que tanto a legislação quanto a execução se apresentam “ao mesmo tempo como um ato de criação e de aplicação do direito”⁸¹.

O caminho percorrido pela concretização da Constituição implica em cada grau da ordem jurídica, concorrentemente, “uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução de direito com respeito ao grau superior” (KELSEN, 2003a, p. 126). Sobremaneira, o controle de constitucionalidade de leis se manifesta, em Kelsen, como um dos instrumentos de garantia da regularidade constitucional⁸² e, portanto, de proteção à superioridade hierárquica e consequente legitimidade da Constituição em relação às demais normas ordinárias.

É a partir desse referencial hierárquico que serão reconhecidos como objeto de controle de constitucionalidade os atos **imediatamente** subordinados à Constituição, ressalvados aqueles de competência de uma jurisdição administrativa; residindo na regularidade mediata à Constituição, o princípio da legalidade da execução em geral, aos quais se submete o poder de regulamentar, pois, embora decorra imediatamente da própria previsão constitucional, seu conteúdo é determinado pela lei, porquanto “essa legalidade significa ao mesmo tempo constitucionalidade, de forma indireta” (KELSEN, 2003a, p. 135).

Em crítica ao modelo político francês e à estrutura parlamentar inglesa, Kelsen (2003a, p. 150) assevera que, em Estados constitucionais, “não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular, pois a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal” na forma descrita pela Constituição. Logo, a garantia eficaz de constitucionalidade é impraticável caso cedidos os mecanismos de controle para o próprio Parlamento.

Ante o princípio da separação dos poderes é certo que o Legislativo não pode ser obrigado a seguir determinada direção em sua prática, porém um tribunal competente para anular as leis não significa intromissão nem captação de sua função primordial. O argumento kelseniano determina que a anulação de uma lei é essencialmente derivada da aplicação das normas da Constituição, exercendo tão somente a atividade de legislador negativo em respeito ao procedimento e ao conteúdo determinados pela Constituição.

⁸¹ Os processos imbricados na legislação e na execução são etapas hierarquizadas do amplo processo de criação do direito – etapas intermediárias – em permanente formação da “vontade coletiva no Estado moderno” (KELSEN, 2003a, p. 125).

⁸² Perfaz garantia, via de regra, repressiva, como reação contra o ato irregular emitido pelos poderes públicos, com o ensejo de fazê-lo desaparecer, de impedir sua renovação futura, de reparar o dano causado e, eventualmente, de substituí-lo por ato regular (KELSEN, 2003a, p. 139).

Consequentemente, é “efetivamente jurisdicional”, mas corresponde em certa medida à função legislativa, “porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo” (KELSEN, 2003a, p. 152).

Diferentemente da teoria norte-americana, o modelo austríaco de jurisdição constitucional arrazoa, portanto, a anulabilidade do ato irregular⁸³ que significa “a possibilidade de fazer com que ele desapareça, juntamente com suas consequências”, contemplando tanto o seu alcance quanto os seus efeitos no tempo (KELSEN, 2003a, p. 144). A anulação somente entrará em vigor com a publicação da decisão – de natureza constitutiva-negativa ou desconstitutiva e com efeitos *ex nunc (pro future)* e *erga omnes* -, devendo constar como consequência do próprio ato decisório do tribunal constitucional (KELSEN, 2003a, p. 177).

Outrossim, na lição do austríaco, o verdadeiro sentido do princípio da separação dos poderes é a função do equilíbrio constitucional, repartindo o poder entre diferentes órgãos para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros:

E isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgãos – concentração que seria perigosa para a democracia -, mas também, para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Mas então a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, **é uma afirmação dele.** (KELSEN, 2003a, p. 152) (Grifo nosso).

Justamente em virtude da compatibilização com este equilíbrio e com o princípio democrático, o modelo kelseniano reconhece a impossibilidade da realização desta tarefa por força apenas de juízes. As recomendações gerais do jurista defendem a formação heterogênea da Corte Constitucional, destinando vagas inquestionáveis a juristas de carreira e, caso evidente o forte risco de influências políticas ocultas, a participação legítima dos partidos políticos, através de eleições do Parlamento para o preenchimento de uma parte das vagas⁸⁴. A presença dos especialistas aliviaria a defesa

⁸³ Sem embargos, o ato nulo, cujo vício o torna isento de obrigatoriedade e extingue sua validade, poderá ser examinado por todos - autoridades públicas e cidadãos -, salvo disposição expressa da Constituição acerca das instâncias competentes para apreciá-lo, hipótese em que o ato eivado de um vício jurídico qualquer “pode não ser considerado a priori nulo, mas somente anulável” (KELSEN, 2003a, p. 141).

⁸⁴ Kelsen (2003, p. 154) adverte que modo de recrutamento dos membros do Tribunal Constituição não poderá consistir na simples eleição pelo Parlamento ou na nomeação exclusiva pelo Chefe de Estado, é importante conceder um lugar adequado a especialistas do direito.

dos interesses propriamente políticos, direcionando o discurso das condições puramente técnicas.

A importância da jurisdição constitucional na manutenção de uma arena pública democrática está refletida também no fato de ser um instrumento em prol do interesse de minorias, “capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria” (KELSEN, 2003a, p. 182). A constitucionalidade da leis é um interesse eminente para os grupos minoritários, “especialmente se supusermos uma mudança de maioria que deixe à antiga maioria, agora minoria, força ainda suficiente para impedir a reunião das condições necessárias da Constituição” (KELSEN, 2003a, p. 182).

No que diz respeito às provisões materiais da Constituição, Kelsen revela que são, em última instância, limites formais – que determinam o conteúdo a ser conformado pelas leis. Para ele, a fraseologia de alta imprecisão de valores deve ser evitada pelas ordens constitucionais, ou caso inevitável a determinação de tais princípios em suas normas, a Constituição deve formulá-los da forma mais precisa possível, justamente por desempenharem um papel extremamente perigoso no domínio da jurisdição constitucional (KELSEN, 2003a, p. 169-170). Nos termos do autor, teme-se que:

A concepção que a maioria dos juízes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei. É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equivocada quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional. (KELSEN, 2003a, p. 169)

O caráter positivista atribuído à jurisdição constitucional kelseniana reforçava a cisão entre a ciência jurídica e a ciência política, conferindo apego excessivo à certeza dos preceitos jurídicos a serem aplicados. Como consequência, seus adeptos insistiam “na afirmativa que a hermenêutica contemporânea implica aumento desmesurado da discricionariedade judicial” (CRUZ, 2004, p. 14).

O positivismo pretende dissociar a cognição da jurisdição constitucional de seu contexto fático e, de modo geral, demonstra sua incapacidade de examinar a norma jurídica para além do texto normativo. Afinal, “o positivismo não distingue o texto da norma jurídica”, nem o texto e o contexto de sua aplicação (CRUZ, 2004, p. 96). Existem questões de interesse exclusivo dos Poderes Executivo e Legislativo porquanto o

Judiciário deve ater-se a questões estritamente jurídicas, em um exercício de autocontenção.

2.3.2.3 A jurisdição constitucional e o constitucionalismo comunitário

Em resposta ao paradigma liberal-democrata dos positivistas, identifica-se uma nova corrente doutrinária, embasada na visão social-republicana, qual seja o comunitarismo. Enquanto os primeiros seguiam à luz de uma interpretação teleológica da Jurisprudência de Interesses, sob a qual não é possível conceber a construção do Direito de forma argumentativa, mas pelo cumprimento do direito constitucional ao tornar precisas suas disposições diante do caso concreto; os segundos rejeitavam a separação da dimensão política, atribuindo à concretização de princípios uma atividade interpretativa dos valores fundamentais componentes do projeto social adotado pelo constituinte (CRUZ, 2004). A Jurisprudência de Valores da Corte Constitucional alemã torna-se, pois, o ponto de referência.

As inovações da teoria constitucional e a expansão do constitucionalismo material voltaram-se para a densificação normativa dos valores supremos da sociedade. Isto quer dizer que para concretizar a Constituição deve-se “preencher, complementar e precisar o espaço normativo” (CANOTILHO, 1997, p. 1201) do preceito analisado. O aperfeiçoamento de uma abordagem interpretativa mais aberta, sugere a possibilidade de renovação e atualização dos horizontes linguísticos. O juiz constitucional, como intérprete, reconstrói o significado de um texto, adequando-o segundo uma compreensão principiológica do Direito.

Na Alemanha, o estudo da argumentação jurídica torna-se central no discurso hermenêutico contemporâneo (CRUZ, 2004, p. 146). Como será discutido posteriormente, Friedrich Müller (1999) e Konrad Hesse (1983; 1991; 1998) tornam-se expoentes da compreensão da estrutura da norma jurídica, contemplando elementos do campo de aplicação desta em sua própria composição. Já em Robert Alexy (2013), a Jurisprudência de Valores será arguida a partir de uma técnica argumentativa, sustentada pela teoria do discurso prático racional⁸⁵.

⁸⁵ No curso de sua investigação, Alexy (2013) questiona os juízos de valor sob a pretensão da correção, discordando da práxis “científica” pela qual a valoração de princípios jurídicos significa a arbitrariedade de decisão. Em seus termos, “os discursos são um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições” (ALEXY, 2013, p. 179), inclusive proposições de cunho ético-social e morais. Dito de outra forma, questiona sobre a justificativa de juízos de valor, reconhecendo que a simples

A pergunta é transferida da cisão entre a decisão judicial e a capacidade valorativa do legislador⁸⁶, para como e em que medida as valorações são necessárias para a construção das convicções normativas exaradas nas decisões e como podem ser racionalmente fundamentadas. A racionalidade argumentativa combateria o decisionismo puro, na mesma medida em que visa possibilitar a efetiva guarda dos valores constitucionais.

Em suma, a jurisdição constitucional adquire um caráter procedimental-discursivo, na qual a norma somente será “correta” se conduzida por um procedimento definido através das regras do discurso, isto é, filtros lógicos que limitam os argumentos morais a uma base referencial do processo de fundamentação das decisões. Como observa Alexy (2013), a teoria do discurso circunscreve de forma prática a obrigação do juiz de interpretar corretamente o Direito vigente, considerando para tanto as regras jurídicas e o sistema axiológico-teleológico transcrito na ordem constitucional.

Destarte, a partir da década de 80 do século XX, o movimento comunitarista fornece as bases sociológicas que fomentaram a valoração dos princípios jurídicos na decisão judicial (CRUZ, 2004, p 152). Fundado na lei da ponderação da Corte alemã, para decidir o grau de afetação de um princípio, isto é, o grau de não satisfação ótima de um princípio, dever-se-ia atentar para a importância do bem jurídico a ser satisfeito diante do caso concreto. A regra da proporcionalidade asseguraria o critério para tais operações de sopesamento entre princípios.

No Brasil, nota-se que a incorporação do instituto da jurisdição constitucional através do *judicial review* gerou inúmeras iniquidades em violação ao princípio da igualdade aos jurisdicionados, produzindo decisões judiciais díspares, em virtude da carência da eficácia *erga omnes*, tal como concedida pela força do *stare decisis* do modelo norteamericano. As inovações no modelo europeu e a difusão do pensamento comunitarista incidiram na inserção da fiscalização abstrata dos atos normativos em território pátrio, ao argumentar que “a jurisdição constitucional não deveria mais ser tarefa do Judiciário comum ou ordinário, ou seja, pelos órgãos que integram a magistratura ordinária” (CRUZ, 2004, p. 16).

indicação de razões não seja suficiente para demonstrar a sua validade e, portanto, guia a discussão sobre os critérios ou regras aptos a verificar quais argumentos são válidos e quais são inválidos à aplicação do Direito. A sua teoria discursiva tem o intuito de “reduzir/controlar o “subjetivismo/intuicionismo das afirmações normativas” (CRUZ, 2004, p. 167).

⁸⁶ Em sua teoria, Robert Alexy (2013) sustenta a comunicação entre as esfera legislativa e jurisdicional através de uma forma especial de argumentação: o discurso jurídico. Portanto, “o discurso jurídico não pode fechar-se num universo próprio, desconectado do mundo real” (CRUZ, 2004, p. 277).

No entanto, a tradição herdada do legalismo português, de cunho patrimonialista e absolutista de centralização de poder, se perpetua até mesmo diante de forte oposição ao positivismo nacional (CRUZ, 2004, p. 91). Os comunitaristas pátrios acolheram do sistema austríaco apenas o conveniente: o fortalecimento de um órgão especializado na jurisdição constitucional – centralizando as questões constitucionais na seara de competências do Supremo Tribunal Federal. Logo, desconsiderando os alertas positivistas propostos por Kelsen que justificariam a análise da lei em tese, incorporaram o núcleo substantivo desenvolvido pelas decisões da Corte alemã.

Das diversas vertentes comunitaristas em solo pátrio, alcançam notoriedade aquela atrelada “à proteção e defesa da autodeterminação das comunidades de crise” e aquela denominada de “comunitarismo neo-republicano” (CRUZ, 2004, p. 187). Enquanto a primeira compatibiliza as lutas identitárias sob o núcleo dos direitos e garantias fundamentais; a segunda coaduna a defesa de uma esfera pública ativa coerente com os modelos neoliberais.

É exatamente o teor destas vertentes que revela o vínculo da jurisdição constitucional comunitarista brasileira e o cumprimento de promessas de cunho social, contexto que difere enormemente do comunitarismo americano, no qual é construído um modelo de cooperação entre Estado e sociedade civil na tarefas de bem-estar social. No Brasil, “a concepção estatizante, coletiva e intervencionista” atribuí ao Estado a promoção do desenvolvimento socioeconômico e espera da jurisdição constitucional a manutenção de força normativa suficiente para conduzir tal tarefa (CRUZ, 2004, p. 187).

2.3.2.3.1 A jurisdição constitucional democrática

A comunhão das ideias comunitaristas sob a perspectiva da Constituição como uma ordem concreta de valores aponta para novos caminhos nos temas de controle de constitucionalidade das leis e da teoria da divisão dos poderes. Os diálogos entre uma dimensão processual discursiva e o caráter substancial da ordem constitucional restam incompletos enquanto não avançarem para a compatibilização com o princípio democrático.

De acordo com Daniel Capecchi Nunes (2017), a trajetória histórica do constitucionalidade perpassa por uma série contínua de fracassos e sucessos, e somente denota a vocação dos textos constitucionais, em um regime democrático, justamente através da mistura entre as lutas do passado e as do presente. Em primeiro plano, a

vocação constitucional é “ampliar o número de pessoas capazes de se apropriar de seus significados, aperfeiçoando assim seus defeitos e falhas” (NUNES, 2017, p. 3); e, em segundo plano, fornecer o equilíbrio entre os instrumentos de participação e os mecanismos de controle político-social e jurídico do espaço democrático.

O amparo dos direitos fundamentais na defesa de grupos minoritários ou na manutenção das regras do “jogo” democrático, põe o Poder Judiciário em posição de destaque na estrutura do Estado Democrático de Direito. A discussão sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional e a expansão dos poderes das Supremas Cortes tende a recorrer cada vez menos à teorização acerca das potencialidades e limitações do poder criativo dos juízes para enfatizar os problemas sobre a abertura do processo jurisdicional constitucional à narrativa da participação popular, seja pela postura adotada diante da influência de entidades e movimentos sociais ou por instrumentos de interlocução ativa no processo, tais como as audiências públicas e os pedidos de *amicus curiae* (NUNES, 2017, p. 6 e ss.)

Cumprir observar que:

A própria ampliação da legitimidade de uma ordem constitucional no tempo e sua consequente efetividade dependem de sua absorção e releitura pelos setores externos ao núcleo do poder político. É que, sob a perspectiva constitucional, a sociedade civil, por meio da atuação dos movimentos sociais e organizações civis, tem a função de se inserir nas disputas **para atualizar os sentidos da Constituição e dar vida ao conteúdo dos direitos.** (NUNES, 2017, p. 23-24) (Grifo nosso).

A fundamentação do discurso racional prático emerge com meios para fundir a extensão ético-política e pragmática dos princípios constitucionais nas decisões de jurisdição constitucional, na tentativa de não comprometer o espaço jurídico de forma abrasiva à política. Todavia, Alexy (2013) não aprofunda sobre a compatibilização entre o discurso jurídico e as provisões inerentes aos princípios democrático e da soberania popular.

Esta tarefa será desempenhada por Habermas (1997), ao rechaçar os paradoxos da clássica racionalização da sociedade, sobretudo a deficiente mediação entre o conhecimento inerente às esferas pública e privada, cuja pretensão de autonomia fere a integridade do contexto real da vida social.

Segundo o jusfilósofo alemão, o conteúdo normativo deve ser adquirido e justificado pelas potencialidades racionais da prática cotidiana, sob pena transcrever significados arbitrários. Precisamente, por isso, a ação comunicativa contribui para a

reprodução dessa prática cultural – viva e mutável -; com o objetivo de assegurar a continuidade da normatividade das estruturas objetivas da sociedade. Nessa direção, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p. 220) salienta que a “ligação do Direito com a Política, do público com o privado, impõe-se também pelo discurso jurídico, ou seja, pela imbricação entre os direitos fundamentais e a soberania popular”, vínculo que será aqui discutido.

Sob um ponto de vista crítico, Nunes (2017, p. 63) reflete sobre a temática aplicada à Suprema Corte brasileira e nota que esta, “antes de servir como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais de minorias excluídas ou de institucionalização de narrativas constitucionais periféricas”, atua tal qual “um órgão de ‘chancela constitucional’ dos tradicionais ‘donos do poder’” (NUNES, 2017, p. 64). Em outras palavras, ressalta o predomínio da atuação do Supremo Tribunal Federal em favor dos interesses do poder econômico e burocrático, acentuando a separação entre a sociedade e o núcleo do poder político, sobremaneira no que concerne ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Uma vez alijada a função contramajoritária da jurisdição constitucional, torna-se mecanismo de “‘emancipação ilegítima’ do núcleo do poder político”, reproduzindo estruturas jurisdicionais patrimonialistas, responsáveis pela iniquidade e periferação de diversos setores da sociedade no debate constitucional. O déficit de abertura democrática no controle de constitucionalidade e de filtros ou bloqueios para combater a permanência de interesses oligárquicos, atentar, por sua vez, contra a normatividade constitucional, especialmente debilitantes naquelas Constituições que pretendem desempenhar funções amplamente garantistas, como faz a Constituição de 1988.

Não há dúvidas de que a jurisdição constitucional é uma das vias mais expressivas na defesa da Constituição. Como o resultado de uma longa evolução e de um processo de contínuo aperfeiçoamento, constata-se a impescindibilidade de ser considerada não apenas em sua expressão jurídica, mas como componente de um sistema de valores constitucionais e cuja finalidade constitui na afirmação efetiva do princípio da constitucionalidade em compasso com os postulados do regime democrático.

A “entrega ao Poder Judiciário da missão de solucionar conflitos constitucionais” (SILVA, J. 2007, p. 247) é árdua e os riscos de uma dinâmica desequilibrada pelo ativismo judicial são tão presentes quanto as ameaças que se pretende combater, mas a coerência interna do ordenamento constitucional demanda um juízo de

revisão da constitucionalidade dos atos públicos, assim como um juízo em defesa de uma arena deliberativa com condições justas para todos os participantes⁸⁷. É no exercício de suas atribuições que a jurisdição constitucional enfrenta e propõe novos sentidos às normas constitucionais, como percussora de mutações constitucionais ou agente no processo de correção das reformas constitucionais – prévia ou repressivamente -, e, portanto, nunca isolada da realidade constitucional.

2.4 CRISE, EROSÃO E FRAUDE CONSTITUCIONAL

Traçadas as principais linhas que compreendem os intentos equalizadores do dilema entre dinamicidade e estabilidade constitucional, é necessário discutir sobre três fenômenos específicos que atingem a continuidade de uma comunidade político-normativa.

Tecnicamente, os mecanismos de defesa da Constituição e os limites nos quais se firmam os processos de alteração constitucional seriam suficientes para manter a integridade do núcleo constitutivo de sua identidade. No campo do desenvolvimento constitucional, os mecanismos de abertura normativa da Constituição exprimem a sua evolução concomitantemente à garantia de sua “identidade reflexiva”, que nada mais é do que “a capacidade de prestação em face da sociedade e dos cidadãos” (CANOTILHO, 1997, p. 1073).

Neste sentido, o poder de modificar a Constituição distingue-se do “movimento político-social que reivindica a revisão global da constituição para operar uma mudança de regime”, deixando de produzir uma simples emenda, revisão (em estrito senso) ou mutação constitucional para promover um programa de oposição ao regime vigente (CANOTILHO, 1997, p. 1074).

É perante dessas considerações que o estudo das crises constitucionais torna-se imperativo. Segundo Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 32-33), a acepção do termo “crise” denota não apenas momentos difíceis e de instabilidade, mas a oportunidade de tomada de “uma decisão fundamental voltada à recuperação do equilíbrio de um organismo ou de um sistema político ou social, sem o que esse organismo ou sistema corre o risco de perecer”. Como pode-se perceber, as crises constitucionais demandam decisões capazes de restabelecer o equilíbrio e a funcionalidade da estrutura constitucional, e, para tanto,

⁸⁷ “É que a jurisdição constitucional e os governos de fato são situações que se repelem.” (SILVA, 2007, p. 253).

que tais decisões sejam válidas, instando a coordenação da atuação de atores políticos e institucionais segundo as regras e os procedimentos estabelecidos na Constituição. Daí cabe dizer que: “a questão sobre a validade das decisões é essencial para a discussão da natureza das crises” (VIEIRA, 2018, p. 33).

Naturalmente, mais que a confirmação da regra fundamental da democracia (a regra da maioria), deve-se à higidez do regime democrático o respeito tanto ao conjunto de regras fundamentais que regem o jogo político democrático, quanto às regras preliminares – o direitos inalienáveis que funcionam como pressupostos ao correto funcionamento dos mecanismos processuais inseridos nas normas constitucionais (BOBBIO, 2015, p. 37-38).

Para a configuração de uma crise constitucional, não basta, portanto, apenas a insurgência de tensões entre os poderes. Esta é a real disposição as instituições, de modo que o excesso ou eventuais atos contrários à Constituição não desencadeiam um momento de excepcional ameaça à ordem, mas incorrem nas hipóteses de controle e sanção por inconstitucionalidade. Todas essas circunstâncias estão inseridas no jogo das ordens democráticas⁸⁸. Todavia, “quando os jogadores abandonam as regras” e, então os mecanismos de autocorreção não são mais suficientes para combater ou evitar a falência da Constituição, resta configurada a crise (VIEIRA, 2018, p. 35).

Os mecanismos de alteração da Constituição são, muitas das vezes, articulados como formas de renegociação dos termos do jogo político, mas devem ser estritamente limitados ou, até mesmo, suspensos diante das formas extraordinárias de exercício de poder previstas no texto constitucional⁸⁹. Isto porque os remédios extraordinários⁹⁰, fundados no direito de necessidade (*jus extremae necessitatis*) e no bem coletivo (*salus rei publica suprema lex esto*), tem por objetivo restaurar a tranquilidade da ordem constitucional, sem incidir no risco de eventuais regimes excepcionais arbitrários, como é o caso do surgimento de ditaduras e tiranias autoritárias (VIEIRA, 2018; CANOTILHO, 1997).

⁸⁸ “Na verdade, desafios institucionais são a prova do funcionamento de uma constituição democrática.” (PAIXÃO; NETTO, 2009, p. 101).

⁸⁹ Com fulcro no art. 60, §1º, da Constituição de 1988, *ex vi*: “Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio” (BRASIL, 2020).

⁹⁰ A Constituição de 1988 determina um rol de mecanismos desta natureza, desenhados “para o enfrentamento de crises mais graves, que não podem ser superadas pelos procedimentos ordinários” (VIEIRA, 2018, p. 37). São eles: a intervenção federal nos estados e destes nos municípios (Arts. 34 a 36); o estado de defesa (Art. 136); o estado de sítio (Art. 137); e, até mesmo, o processo de *impeachment* (Art. 52, I e parágrafo único).

A despeito de sua gravidade, os contornos de uma crise constitucional nem sempre são perceptíveis em seus estágios iniciais e, muito embora o debate sobre o tema seja antigo, novas questões emergem diante do “momento de ‘recessão democrática” no qual parecem transitar as democracias constitucionais nessas duas décadas do século XXI (VIEIRA, 2018, p. 38).

Karl Loewenstein (1975) reflete que, a partir da técnica de reforma constitucional, pode-se deduzir a natureza do regime político. Nos governos autoritários, por exemplo, tanto a competência para iniciativa como a capacidade para implementá-las reside fundamentalmente no monopólio de um detentor do poder, comumente no executivo. No outro polo, nos governos democráticos, “todos os detentores legítimos do poder – governo, parlamento e o povo organizado como eleitorado – devem participar”⁹¹ no processo de reforma⁹² (LOWENSTEIN, 1975, tradução nossa).

Para o alemão, o segredo da estabilidade de Constituições tão longevas como a norte-americana e a sueca decorre da raridade de sua reforma, posto que, “quanto mais uma nação houver se identificado com sua Constituição, tanto mais reservada se mostra no uso do procedimento de reforma constitucional”⁹³ (LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa). Essa correspondência entre a consciência da comunidade e a Constituição é denominada “sentimento constitucional” (*Verfassungsgefühl*).

A carência dessa valorização da Constituição, através do desconhecimento, da ignorância, do desprezo e do desrespeito sistemático de suas normas conduz à colapsos paralisantes de sua efetividade normativa e à sua fragilidade como ordem suprema (HORTA, 1992a).

Raul Machado Horta (1992a, p. 19) retrata dois cenários pontuais que conduzem à ineficácia dos preceitos constitucionais e à perversão de uma sociedade democrática: a. a desvalorização através da “inobservância da Constituição pelos titulares do Poder”; e b. “a erosão da consciência constitucional”. Na primeira, o recorrente recurso às emendas constitucionais destaca-se com um dos elementos de desvalorização da Constituição, visto que “o volume pletórico das emendas gera a indiferença e produz uma espécie de embotamento na consciência coletiva” (HORTA, 1992a, p. 19). No segundo,

⁹¹ “*Todos los detentadores legítimos del poder – gobierno, parlamento y el Pueblo organizado como electorado – deben poder participar en ella.*” (LOWENSTEIN, 1975, p. 172)

⁹² Característica que, segundo Peter Häberle (2002), também deve ser compartilhada pelas mutações constitucionais.

⁹³ “*Cuanto más se ha identificado una nación con su constitución, tanto más reservada se muestra en el uso del procedimiento de reforma constitucional.*” (LOWENSTEIN, 1975, p. 175).

evidencia-se um processo de subversão teleológica da Constituição que passa de instrumento limitador do poder a “instrumento para assegurar o poder ilimitado do Estado sobre a sociedade e a pessoa humana” (HORTA, 1992a, p. 20).

Na ótica de Vieira (2018, p. 38), deve-se ter cautela ao utilizar termos como “erosão, subversão ou esgarçamento” constitucional em situações que não se enquadram às tensões naturais da vida de uma democracia constitucional, mas que também não constituem rupturas no sentido clássico. Consoante sua crítica, as rupturas constitucionais são facilmente detectáveis, pois a derrocada ou o colapso de uma ordem concede margem à instauração de outra. Não obstante, a ruptura poderá ser abrupta ou derivar de uma crise, através da “paulatina erosão dos procedimentos e direitos associados a uma democracia constitucional até que ela se veja completamente desfigurada” (VIEIRA, 2018, p. 39).

Conjugando os entendimentos dos autores supramencionados, tem-se que a erosão constitucional é o processo de desmantelamento sistemático da Constituição, através da manipulação e/ou obstrução de seus mecanismos e procedimentos e, conseqüente, solapamento de sua primazia e de seu sistema de direitos fundamentais. A consciência constitucional acompanhará de forma inversamente proporcional à intensidade dos ataques.

Na história constitucional brasileira, pode-se verificar que a erosão constitucional teve seu início na revolução de 1930, com o prolongamento da base ditatorial e culminou na imposição do Estado Novo com a Carta de 1937 (HORTA, 1992a, p. 20). Desde então, vive-se em um ciclo de aparente superação, remissão e retorno das práticas erosivas, cujo ápice indiscutível foi registrado na forma dos Atos Institucionais da Ditadura Militar.

Notadamente, as crises constitucionais são mais sutis do que as rupturas constitucionais e, embora num primeiro momento sejam difíceis de distinguir dos fenômenos erosivos, sua principal característica está no fato de se materializarem “quando os conflitos deixam de ser devidamente canalizados pelas instituições” – seja pelo regular debate parlamentar, pelo exercício da jurisdição ou pelos mecanismos extraordinários de manutenção da ordem constitucional -, implicando forte risco à sobrevivência do regime (VIEIRA, 2018, p. 40).

Já sob a nomenclatura de falseamento ou fraude constitucional, é possível vislumbrar uma das hipóteses nocivas que, a depender de sua amplitude, desencadeie uma crise constitucional e, até mesmo, uma ruptura.

A expressão designa um fenômeno de cunho axiológico, pelo qual a ação dos agentes públicos incorpora forma “legal”, seguindo as regras e procedimentos correspondentes, porém transgride os princípios e valores pretendidos pela Carta Magna à interpretação e aplicação de suas normas. É dizer que a fraude manipula a norma jurídica “em detrimento de suas propriedades e características valorativas”, expressando alto teor de má-fé (ARENAS; DELGADO, 2009, p. 137).

O professor Pedro de Vega García (1985, p. 291, tradução nossa) alude ao fenômeno de falseamento da Constituição como a “utilização do procedimento de reforma para, sem romper com o sistema de legalidade estabelecido, proceder à criação de um novo regime político e um ordenamento constitucional diferente”⁹⁴.

A explosão de atos legislativos, no uso do processo de reforma, ou até mesmo a interpretação das Cortes com o único intuito de modificar a identidade da Constituição são demonstrações claras de fraude ou falseamento constitucional. Sem embargos, as próprias ferramentas de concretização constitucional transformam a sua essência e seus preceitos fundamentais, como a tripartição e a descentralização do poder político, sob o expediente da “necessidade” de atualizar as normas constitucionais.

Gustavo Galvis Arenas e Mauricio Rodríguez Delgado (2009) concluem que em Estado com sentimento constitucional aflorado, raras são as tentativas de falsear o regime democrático legitimador do sistema constitucional. Em contrapartida, em países de vida democrática precária ou atribulada, nos quais o sentimento constitucional é oscilante ou escasso, as interpretações arbitrárias tornam-se a regra e o instituto da reforma constitucional contempla graves conflitos ideológicos. Enquanto as reformas via emendas constitucionais podem ser violentas e abruptas ou pacíficas e graduais; o exercício da fraude à Constituição mediante a jurisdição constitucional é paulatino, com especial atenção às decisões exaradas na função de controle de constitucionalidade por omissão.

Discordando da classificação de Oscar Vilhena Vieira (2018), para o qual a transição da República alemã de Weimar à ditadura nazista ocorreu por erosão constitucional, é imperativo ressaltar que o uso indevido de mudanças informais da Constituição foi o fato motriz da subversão do regime político e do esvaziamento material do próprio texto constitucional. Motivo pelo qual o “ponto de não retorno” da crise alemã

⁹⁴ “[...] la utilización del procedimiento de reforma para, sin romper con el sistema de legalidad establecido, proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente.” (GARCÍA, P. 1985, p. 291).

demonstra forte indicador à categorização de fraude constitucional. No entanto, não se pode excluir que as demais violações e inobservâncias neste interstício tenham condão erosivo à Constituição de Weimar. Sobre o tema, aprofundar-se-á em momento próprio do trabalho referente à evolução da teoria das mutações constitucionais.

A arquitetura constitucional é imperfeita em sua incompletude, porém “a virtude de uma constituição democrática é que ela não permite mecanismos que instaurem uma paz de cemitério” (PAIXÃO; NETTO, 2009). Ao permitir a mudança, recorre à discussão pública de forma reflexiva, promovendo a participação das gerações futuras ao rever usos e tradições, bem como a inserção de novas matérias ao *status* fundamental. Contudo, existem circunstâncias em que a inobservância e a violação sistemática de suas normas pelos próprios agentes e instituições públicas; a manipulação das formas para desvirtuar seu *éthos*; e os irreduzíveis desafios interinstitucionais que abandonam as regras do jogo democrático, abalam a continuidade constitucional.

Em estudo sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 157/2003⁹⁵, Cristiano Paixão e Menelick de Carvalho Netto (2009) observam a tentativa de uso da reforma constitucional para “resgatar” ou realizar novo procedimento de revisão constitucional – além de abrir a possibilidade de decidir sobre revisões periódicas da Constituição em intervalos quinquenais -, indicando como atestado de “boa-fé” a expressa preservação das cláusulas pétreas e dos instrumentos de participação popular para a legitimação do resultado revisional.

A crítica dos professores reconhece no teor da proposta três posturas arraigadas na experiência sociopolítica brasileira: a. o autoritarismo constitucional, “que privilegia a estrutura do Estado em detrimento da improvável, imprevisível e surpreendentemente exitosa invenção da Modernidade”, qual seja a Constituição; b. o elitismo constitucional, demarcado pela insatisfação com a pluralidade e descentralização do processo deliberativo nos termos da Constituição de 1988; e c. o cinismo constitucional, ao “preocupar-se em deixar claro que as disposições intangíveis da Constituição não serão atingidas pela revisão constitucional” e, em substitutiva, que a realização do referendo popular equilibraria as exigências democráticas do exercício do poder constituinte (PAIXÃO; NETTO, 2009, p. 100 e 104).

⁹⁵ Até a composição deste trabalho, o trâmite da PEC nº 157/2003 não foi finalizado e o debate espera por sua resolução em apenso à tramitação da PEC nº 554/1997, que, por sua vez, convoca Assembleia Nacional Constituinte e se encontra sujeita à apreciação do plenário da Câmara dos Deputados desde 1998.

Nessa hipótese, inequívoca a incidência de fraude constitucional com ensejo de desvirtuar o caráter transitório do instituto da revisão constitucional e fortalecer o arcabouço político quanto à possibilidade de promover reformas de maior abrangência e sob procedimentos menos rigoroso (sessão unicameral nas duas Casas, separadamente, com a necessidade de maioria absoluta em ato único para a aprovação). Aludindo à conclusão de Cristiano Paixão e Menelick de Carvalho Netto (2009, p. 107), o verdadeiro alvo da proposta “é a cultura constitucional que se procura instalar no Brasil”, uma vez que esta almeja uma "abertura para o futuro, construção de uma comunidade política consciente e reflexiva e disposição para o aprendizado com a experiência histórica”.

Da apresentação de sua origem ao enalço dos riscos de ruptura constitucional, o capítulo inicial proposto conduziu as discussões conceituais primordiais à compreensão dos processos de alteração constitucional. Doravante, o foco residirá na construção da teoria da mutação constitucional no Direito Alemão para, enfim, compreender sua dinâmica no cenário brasileiro.

3 A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO ALEMÃO

A discussão apresentada neste trabalho transmite a consciência de que o conflito entre estabilidade e dinamismo constitucional é uma questão constante e inerente ao Direito Constitucional, que, por sua vez, é apenas parcialmente superada quando atinge uma situação de equilíbrio (ou concebe cenário propício para tanto).

Os processos constituintes históricos demonstram que a passagem do tempo opera transformações decisivas nas ordens constitucionais. Por essa razão, os mecanismos que incidem sobre a nova configuração temporal e comportam essas modificações despertam o olhar científico a fim de compreendê-los e sistematizá-los.

A tradição constitucional alemã é pioneira no estudo dos fenômenos relativos à interação entre transformações informais da Constituição e as consequências teóricas e práticas da sua inserção na Teoria do Estado e na Teoria do Direito Constitucional.

Neste capítulo, procedemos à sua análise – através da decomposição do fenômeno em sua realidade - e à (re)construção dos parâmetros teórico-sistemáticos fundamentais para a configuração do instituto da mutação constitucional em seu sistema jurídico formador, sob os quais será posteriormente comparada a sua evolução na experiência constitucional pátria.

3.1 A ESCOLA DE DIREITO PÚBLICO DO IMPÉRIO ALEMÃO E AS ORIGENS DA TESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A propagação dos ideais liberais e nacionalistas na primeira metade do século XIX, estimulados pela Revolução Francesa, desafiava incisivamente o modelo político-institucional do absolutismo e os excessos insurgentes do arbítrio e da vontade do detentor do poder: o monarca. Os padrões até então consolidados na Europa romperam-se, seguindo uma nova direção que desembocaria no positivismo legal e nos primórdios do constitucionalismo.

Neste cenário, muito embora estivesse tomada por disputas políticas entre a Áustria – líder da organização de nações-Estados - e a Prússia, a Confederação

Germânica⁹⁶ tornou-se palco de movimentos em prol da “ideia nacional” (HOBSBAWM, 1982) que culminaram nas Revoluções de 1848 e 1849. Não obstante, levantes populares reivindicavam a transição a governos liberais, fortalecendo, ainda, uma segunda pretensão: a de unificação dos Estados germânicos.

Diante destes eventos, vale apontar duas observações fundamentais. A primeira consagra que apesar do evidente fracasso revolucionário de 1848/1849 e da flagrante “impossibilidade de unificação da Alemanha pela via constitucional e parlamentar” diante da oposição e dominação austríaca da região, o projeto de constitucionalismo liberal foi implantado no seio dos Estados alemães (COSTA; MELLO, 1994, p. 186). Por intermédio das rebeliões, a dinâmica política das monarquias entra em crise e concomitantemente surgem novos intentos para a formação de um novo modelo de Estado com base na soberania popular

Ademais, apesar do resultado malfadado, nota-se que os soberanos se tornaram cientes dos mecanismos de pressão de seus súditos, levando a uma reinterpretção do “princípio monárquico” a fim de admitir que seus poderes sofressem limitações; e abandonando, ao menos em teoria, a sua centralidade como fator de unidade do Estado (PEDRON, 2012).

Já a segunda observação denota a inversão da hegemonia política da Confederação Germânica e, por conseguinte, a revisão de um dos maiores obstáculos à unificação. Isto porque, ao sufocar as rebeliões, as forças austríacas inspiraram uma consciência popular opositora, fortalecendo a liderança da Prússia nos momentos subsequentes de ruptura e reformulação das estruturas do Estado.

Não obstante, apesar de o processo de unificação alemã adiar-se por mais de uma década, tal interstício foi acelerado a partir da nomeação de Otto von Bismarck ao cargo de chanceler da Prússia - o qual se tornara o principal “artífice” (COSTA; MELLO; 1994, p. 186) para a fundação da Confederação do Norte da Alemanha e posterior formação da nova era imperial⁹⁷.

Em 1871, formalizava-se a Constituição do *Reich* ou Constituição Imperial (“*Reichsverfassung*” ou, ainda, “*Bismarcksche Reichsverfassung*”), conquista histórica

⁹⁶ A Confederação Germânica, em sua organização pós-Congresso de Viena em 1815, contava com a integração de 25 Estados germano-falantes e o Império Austríaco, ao total de 38 membros. (COSTA; MELLO, 1994).

⁹⁷ Após três conflitos armados sob a liderança da Prússia - Guerra dos Ducados, em 1864, com vitória sobre a Dinamarca; Guerra Austro-Prussiana, em 1866, com a superação desta rivalidade clássica; e a Guerra Franco-Prussiana, em 1871 -, firmou-se o *II Reich* alemão. Considerado o *I Reich*, o Sacro Império Romano-Germânico, na Idade Média. (COSTA; MELLO, 1994).

sobre a qual se debruça a Escola alemã de Direito Público, fundada por Otto von Gierke e Carl Friedrich Von Gerber, no estudo dos mecanismos de mudança constitucional (STOLLEIS, 2001).

Michael Stolleis (2001, p. 256) pontua que o âmbito do direito público germânico sofreu importante cisão no intervalo entre 1850 e 1866, mais precisamente em sua transição ao positivismo legal, tendo em vista às insatisfações com o desenvolvimento da disciplina em face da ampla discussão sobre o direito privado e o anseio pela construção acadêmica da jurisprudência com o objetivo de alcançar a pureza do método legal (“*purity of legal method*”).

A primeira vertente deu continuidade ao método eclético de argumentação utilizado à época, traçando pontos de confluência entre a história, as teorias políticas, a doutrina constitucional e o direito positivo. De outro lado, a segunda vertente concedeu espaço a um método formalista, confrontando a doutrina e o direito constitucional com a formação de uma dogmática capaz de lhe conceder o necessário grau de cientificidade, reduzindo estritamente sua análise aos elementos legais e sua capacidade de conformação da realidade.

A própria Escola alemã de Gierke e Gerber representou fortemente a segunda vertente ao assentar suas bases metodológicas na “separação entre direito e política” (PEDRON, 2012, p. 88) sob o argumento de que a cientificidade do direito incorreria no seu estudo à parte dos fenômenos políticos cambiantes (URRUTIA, 2000). Nessa tradição científica clássica inscrevem-se os juristas Laband e Jellinek, precursores no estudo de fenômenos informais de alteração da Constituição.

3.1.1 O historicismo-dogmático de Paul Laband e o conceito inicial de mutação constitucional

Paul Laband (1875; 1900; 1901), expoente de renome da Escola de Direito Público e alvo contumaz das críticas de seu colega Gierke, é o responsável por cunhar a expressão mutação constitucional (“*Verfassungswandlung*”) ao constatar como a estrutura constitucional do *Reich* teria se transformado sem a mobilização dos mecanismos formais de mudança constitucional, isto é, sem obedecer os trâmites da reforma constitucional.

Segundo o jurista, tais mutações seriam expressões da verdadeira lei constitucional, considerando o seu efetivo desenvolvimento na ordem jurídica e não

apenas os termos do acordo constituinte desde o momento em que viera a entrar em vigor e poderiam ser vislumbradas, até mesmo, desde o esboço de Constituição da Confederação do Norte da Alemanha (LABAND, 1901).

Nota-se que as necessidades políticas e os esforços para reformar o antigo governo, além de projetar o intento unificador da Alemanha, na grande maioria dos casos não encontrou reforma em disposição expressa do esboço em questão.

É importante frisar que durante a fundação da Confederação do Norte da Alemanha e do próprio Império Alemão, o povo germânico não se uniu a uma massa naturalmente uniforme. Tratava-se de um povo heterogêneo, cuja divisão em nações-Estados lhes conferia constituições organizacionais e identidades próprias. Laband (1900, p. 161) anota que as organizações dos Estados não foram destruídas ou dissolvidas, mas perpetuadas na construção de uma nova pessoa coletiva: o Império⁹⁸. Assim, é possível inferir que a associação de bases e personalidades estaduais distintas conduziu à existências de peculiaridades na incidência de uma legislação comum a todas os membros.

Sem embargos, é a Lei Básica do *Reich* que se apresenta com maior destaque para a abertura da discussão sobre mudanças silenciosas na ordem constitucional. De modo que sua redação fornece apenas uma imagem imperfeita do “verdadeiro estado do império” (“*wahren Zustände des Reichs*”) (LABAND, 1895, p. 3), em especial por silenciar sobre nacionalidade; sobre o organismo do governo imperial e a sua relação com o Ministério da Prússia; sobre a incorporação do território da Alsácia-Lorena no Império; além de dispor apenas superficialmente sobre regulamentação financeira e tributária, e sobre a posição do Chanceler como Ministro do Imperador.

É justamente a perplexidade com tal hiato entre o direito constitucional e o estado constitucional que impulsiona o estudo desses fenômenos. Afinal, todas essas matérias são fundamentais para a estrutura do *Reich* e foram regulamentados pela legislação imperial, ocorrendo uma verdadeira transformação do estado constitucional sem a possibilidade de serem deduzidas apenas do texto constitucional.

Atendendo a fins sistemáticos, a análise acerca das teses de Laband percorrerá três momentos. Em primeiro lugar, está sua leitura sobre o diploma constitucional, pois

⁹⁸ [...] *Em entrant dans l'Etat fédéral, ils abandonnaient bien leur souveraineté, mais non leur personnalité d'Etat; leur individualité juridique se perpétua sans interruption et devint la base de la personne collective de l'Etat fédéral.*” (LABAND, 1900, p. 161-162). Em tradução livre: “[...] Ao entrar no Estado Federal, eles [os Estados] desistiram de sua soberania, mas não de sua personalidade; sua individualidade jurídica foi perpetuada sem interrupção e lançou as bases para a pessoa coletiva do estado federal.”

embora o autor reconheça as Constituições como verdadeiros entes normativos também entende que a ação do Estado pode transformá-las sem necessidade de modificação formal (URRUTIA, 2000, p. 108). Em seguida, temos a sua percepção sobre a “vontade do Estado” na ordem jurídica do Império Alemão (PEDRON, 2012, p. 88). E, por fim, qual a natureza da mutação constitucional e como ela se insere no discurso dogmático da Escola de Direito Público.

Para Laband (1875), a convicção legal que se firmou acerca da Teoria da Constituição a concebe com o *status* de lei com firmeza e continuidade especiais. Por se tratar da codificação dos fundamentos do Estado e do sistema legal e, em regra, ter sua origem em momentos de revolução política, a Constituição celebra a pacificação de lutas partidárias e confere garantia solene para novas conquistas e interesses. Portanto, deve dispor de requisitos especiais de proteção em face de mudanças.

Em virtude dessas razões, o autor assinala certo grau de rigidez da Constituição além de sua compreensão como um instrumento normativo (URRUTIA, 2000). Por consequência, resta diluída a tradição europeia de abster-se da obrigatoriedade do diploma constitucional por considerá-lo mero diploma político.

Nesses termos, Laband salienta que:

Für Verfassungsänderungen bestehen überall Erfordernisse, welche im Vergleich mit den Erfordernissen anderer Gesetze Erschwerungen darstellen und Garantien des Bestandes der Verfassungen sind. Über mehr noch als durch diese juristischen Formen zur Verhütung unbedachter und voreiliger Umgestaltungen der Verfassungen finden sie einen wirksamen Schutz in dem Rechtsbewußtsein des Volkes, welches in der Verfassung die Grundfeste der Freiheit und Rechtsficherheit erblickt und welchem daher eine Verfassungsverletzung als ein besonders schwerer Rechtsbruch erscheint. (LABAND, 1895, p. 1)⁹⁹.

Ademais, o jurista argumenta que uma visão contrária à máxima de rigidez constitucional levaria a um estado de confusão, pois o Estado constitucional ser determinado por todas as leis e instituições em vigor sob o fundamento de validade do texto magno (LABAND, 1901, p. 312)¹⁰⁰. Logo, a incidência irrestrita do critério *lex*

⁹⁹ Em tradução livre: “Existem requisitos para mudanças constitucionais em todos os lugares, que constituem agravos em comparação com os requisitos de outras leis e são garantias da existência de constituições. Além disto, mesmo dotadas dessas formas jurídicas de prevenção de transformações descuidadas e prematuras das constituições, eles encontram uma proteção efetiva na consciência jurídica do povo, que revela na constituição os fundamentos da liberdade e da segurança jurídica e que, portanto, uma violação da constituição aparece como uma violação particularmente grave do Direito.” (LABAND, 1895, p. 1)

¹⁰⁰ “*L’opinion contraire conduirait aussi à une complète confusion, attendu que « l’état constitutionnel » est déterminé par l’ensemble de toutes les lois et institutions en vigueur, et que par conséquent presque*

posterior derogat priori implicaria dizer que quase todas as leis estão aptas a promover uma mudança na Constituição, sacrificando a segurança jurídica.

Contudo, difere dessa questão a hipótese em que a legislação aprovada deixa a lei constitucional formalmente intacta, mas concede novo conteúdo à norma.

Ana Victoria Sánchez Urrutia (2000) pontua que a busca de Laband para precisar e definir a Constituição constata: por um lado, que das numerosas normas constitucionais existem aquelas passageiras, de escasso interesse para a maioria da população; e, de outro, vislumbra que a real essência do Direito do Estado pode experimentar informalmente modificação radical e significativa.

Com base na alegoria de uma arquitetura constitucional, Laband (1895) observa que por mais que as fundações e fachadas de um edifício possam restar intactas com as mesmas linhas e formas da época de sua construção, as alterações mais substanciais ocorrem em seu interior. Sendo assim, quem se aventura por seu interior não mais encontra o desenho inicial, pois foi reconstruído e expandido a partir de novas “necessidades e convicções” (“*Bedürfnissen und Anschauungen*”) (LABAND, 1895, p. 3).

É inevitável que, através dessas modificações, surjam por vezes preceitos ou circunstâncias que não se encaixam ou harmonizam tal qual o plano constitucional original. Aqui, caberia a descrição “materialmente inconstitucional”.

Todavia, a doutrina da época apresentava certa dificuldade para reconhecer e combater essa situação viciosa, tendo em vista a possibilidade de que o Conselho Federal (“*Bundesrat*”) – órgão do Parlamento de representação dos Estados-membros - sancionasse à nova situação da prática constitucional, caso atingido o mesmo quórum exigido para as modificações formais (LABAND, 1901).

As mutações constitucionais ocorreriam, via de regra, por regulação em legislação do Império diante de lacuna constitucional. Outras possibilidades residiriam nas modificações dos elementos centrais do Estado, ainda que por meio de leis imperiais contrárias à Constituição; ou por meio de usos e costumes dos poderes públicos (URRUTIA, 2000). A justificativa de Laband (1895; 1900; 1901) parte do objetivo de

chaque loi amènerait un changement de la Constitution dans ce sens” (LABAND, 1901, p. 312. Em tradução livre: “A visão contrária também conduziria a confusão, uma vez que o ‘estado constitucional’ é determinado por todas as leis e instituições em vigor e, portanto, quase todas as leis levariam a uma mudança da Constituição daquele país”.

realizar os poderes atribuídos ao Império pela Lei Básica, fazendo cumprir a “vontade do Estado” através das mudanças informais.

Flávio Quinaud Pedron (2012) observa que tal entendimento perpetua a tradição absolutista, posto que o princípio da “vontade do Estado” tem condão de sobrepor a Constituição, bem como tende a ser compreendido como precedente a esta. Diante disso, o instrumento constitucional “molda e limita esse poder – por essência, ilimitado – de uma organização política já existente”, qual seja o Estado, concebido como objeto do poder e da vontade monárquica (PEDRON, 2012, p. 88).

No ponto de vista do autor germânico, o *Reich* não se identificava com o significado comum atribuído pelo direito público a uma monarquia e, portanto, não se restringia à figura isolada do Imperador. Conforme suas alegações, a soberania do regime residiria em todos os Estados-membros do Império e contava com um modelo de participação popular equivalente ao dos governos democráticos (LABAND, 1900, p. 162)¹⁰¹.

O núcleo de seu argumento encontra-se na influência do *Bundesrat*, tanto em face de legislação que atinja diretamente os governos estaduais, quanto na sua dinâmica com o Ministro de Estado (o Chanceler), no tocante às decisões governamentais de esfera federal.

Ocorre que, se o próprio artigo LXXVIII da Constituição previa ao Império um poder teoricamente ilimitado e reconhecia a possibilidade de modificação da norma constitucional informalmente por um ato unilateral, o limite entre a esfera dos poderes do *Reich* e dos *Landers* poderia ser alterado ou até mesmo suprimido, privando estes últimos de certos direitos.

[...] d'après l'article LXXVIII, l'Empire a une compétence théoriquement illimitée; la limite fixée par la Constitution entre la sphère des pouvoirs de l'Empire et la sphère des pouvoirs des Etats, L'Empire peut la transporter à l'aide d'une modification de la Constitution par un acte unilatéral, c'est-à-dire sans l'assentiment des Etats particuliers; il peut donc enlever aux Etats-membres les droits qui leur restaient. (LABAND, 1900, p. 175-176)¹⁰².

¹⁰¹ “Ces membres participent à la puissance d'Empire, dans la même mesure que les citoyens jouissant de tous leurs droits participent dans une démocratie à la puissance d'Etat. L'Empire allemand n'est pas une monarchie dans le sens de ce mot en droit public, e'est-à-dire que la souveraineté de l'Empire reside dans tous les membres de l'Empire et non dans l'Empereur” (LABAND, 1900, p. 162).

¹⁰² Em tradução livre: “[...] de acordo com o artigo LXXVIII, o Império tem um poder teoricamente ilimitado; o limite estabelecido pela Constituição entre a esfera dos poderes do Império e a esfera dos poderes dos Estados pode ser ultrapassado pelo Império mediante uma modificação da Constituição por um ato unilateral, ou seja, sem o consentimento de cada Estado; por conseguinte, poderia privar os Estados-Membros dos seus direitos remanescentes.” (LABAND, 1900, p. 175-176)

Outro ponto a considerar situa-se nas correspondências políticas entre a figura do *Kaiser* e do monarca da Prússia, bem como do Chanceler e do presidente do *Bundesrat*, atuando nesta casa parlamentar sob a condição de representante dos interesses prussianos. Evidente a clara constitucionalização em prol da manutenção da hegemonia da Prússia no interior do *Reich*.

Por consequência, a dogmática proposta torna-se um veículo de legitimação dos atos do Estado imperial, tanto mais quando Laband (1901) advoga por inadmissível a ideia de controle de constitucionalidade por via judicial, reduzindo a decisão do juiz à mera aplicação mecânica do direito. Enquanto isso, o Imperador, encarregado de guardar e zelar a Constituição – por ser, em tese, “o melhor intérprete da ‘vontade do Estado’” (PEDRON, 2012, p. 89) -, poderia instigar a sua alteração ou alterá-la sem os procedimentos formais nela previstos.

Há, pois, uma fragilidade na tese de Laband. Embora descreva a Constituição como figura normativa (“*Gesetz*”), também a vincula a uma dogmática jurídica “miope”, tanto por restringir a amplitude da interpretação jurídica – reduzindo os problemas a uma análise lógico-gramatical, abstraindo seu aspecto axiológico - quanto por fechar as portas “para uma discussão sobre a legitimidade e os limites dos atos estatais” (PEDRON, 2012, p. 89).

Destarte, Laband (1895; 1901) vê a mutação constitucional como um problema entre a realidade ou estado constitucional e a Constituição formal, porém abdica de aprofundar-se no fenômeno, limitando seu estudo à descrição de casos pontuais no governo do *Reich* alemão.

A crítica de Pedron (2012, p. 92) conclui acertadamente que a sustentação da mutação constitucional, em Laband, seria um mero artifício para “encobrir alterações e/ou descumprimentos da Constituição voltadas exclusivamente ao interesse do Império”, conduzindo a uma dogmática jurídica contraditória – visto que se atrela a uma metodologia formalista do Direito e, concomitantemente, com a pretensão de reconhecer a validade de alterações informais da Lei Maior.

No fim, o raciocínio inicial apresentado por Paul Laband sobre as mutações constitucionais preocupa-se apenas em legitimar “o decisionismo do *Kaiser* e do *Bundesrat*, diminuindo os limites constitucionalmente traçados para seu poder” (PEDRON, 2012, p. 92).

3.1.2 O conceito de mutação constitucional em Georg Jellinek: Nos trilhos de uma transição metodológica.

Em resposta aos momentos de instabilidade pós-1848, o percurso da Escola alemã de Direito Público evocou como objetivos a continuidade ou estabilidade legal e a proteção da segurança jurídica, conferindo as bases metodológicas para a concepção positivista de império do direito (“*rule of law*”).

Segundo Stolleis (2001), apesar das obras acadêmicas emergentes em 1870 e 1880 atenderem à despolitização da análise do direito, culminando na projeção do formalismo científico ao processo de codificação, a situação do direito público enfrentava uma enorme dificuldade. As modificações políticas nas estruturas constitucionais e administrativas encontravam-se, via de regra, à frente das mudanças no campo das discussões acadêmicas¹⁰³. Assim, era necessário desenvolver novas abordagens na comunidade científica alemã.

Diferentemente da linha positivista Gerber-Laband, marcada pela completa isolamento metodológica da análise do Direito e pelo uso do direito público como instrumento de manutenção do *status quo* aristocrático, a geração acadêmica posterior inaugurou novas tendências metodológicas - seja com o retorno de um foco histórico ou político; ou, ainda, com uma metodologia de “diálogo compreensivo com a filosofia, a sociologia e a psicologia”¹⁰⁴ (STOLLEIS, 2001, tradução nossa).

Nesse contexto, Georg Jellinek¹⁰⁵ inaugura a corrente denominada “positivismo psicológico” (“*psychological positivism*”) (STOLLEIS, 2001, p. 442), ao tratar da intenção e da vontade dentro do contexto de relações intersubjetivas do direito público – entre os agentes dominantes e os dominados -, em busca de uma unidade social que representa o cerne e o objetivo fundamental do Estado.

¹⁰³“*The situation in public law was more complicated in that the political changes in the constitutional and administrative structures took place, as a rule, ahead of those in the academic discussions and interrupted the scholarly tradition, making new academic efforts a necessity.*” (STOLLEIS, 2001, p. 265). Em tradução livre: “A situação no direito público era mais complicada à medida em que as mudanças políticas nas estruturas constitucionais e administrativas ocorriam, via de regra, antecipadamente daquelas promovidas pelas discussões acadêmicas e interrompiam a tradição científica, tornando necessários novos esforços acadêmicos”.

¹⁰⁴ “*Their thought was once again either ‘historical’ or ‘political’, or they came to refine their methodological self-consciousness in comprehensive dialogue with philosophy, sociology, and psychology.*” (STOLLEIS, 2001, p. 446).

¹⁰⁵ Em 1906, em sua conferência intitulada “*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*” (“Reforma e mutação da Constituição”) na Academia jurídica de Viena, Georg Jellinek fornece um novo conceito para as mudanças constitucionais, distinguindo mutação e reforma com base em dados psicológicos (VERDÚ, 1991, p. LXIX).

Sinteticamente, a teoria de Jellinek apresentava dois âmbitos essenciais do direito público: um normativo e um empírico. Inspirado na corrente kantiana do sudoeste germânico (“*Southwest German Kantianism*”) (STOLLEIS, 2001, p. 441), a doutrina do positivismo psicológico pontuava as diferenças entre o ser e o dever-ser na mesma medida em que entendia sua união num fenômeno de autoconsciência humana.

Nesse intuito, Jellinek destacou-se por fazer uso da metodologia histórica e do direito comparado para descrever e explicar os fenômenos de desconformidade entre a força do dever-ser e as constantes mudanças do ser, entre texto e realidade normativa.

Visto como um “jurista de transição” (PEDRON, 2012, p. 93), Jellinek identifica pontos de cruzamento entre teoria político-social e teoria jurídica, aliando Teoria Social do Estado e Teoria do Direito Constitucional. Sem abandonar “o ponto de vista formalístico” (RAMOS, C. 2013, p. 137), lança esforços para a análise dos limites jurídicos do Estado e da ordenação normativa máxima correspondente à Constituição, rejeitando o mero tecnicismo e tomando por objetivo a sistematização de conceitos mais amplos para “Estado” e “Constituição”.

Pablo Verdú (1991, p. LXVI) enfatiza a coerência metodológica do jurista alemão ao objeto de estudo, advertindo que o problema das mutações constitucionais transita nos limites entre o Direito constitucional e a política. Sendo assim, impossível sistematizar e compreender o fenômeno de forma satisfatória a partir de postulados kelsenianos, arraigados na estrita formalidade jurídica.

A premissa norteadora dessa nova perspectiva reconhece que todo efeito histórico decorre de uma variedade de causas por vezes indeterminadas e imprevisíveis e, portanto, a realidade cotidiana “sempre produzirá fatos que não correspondem à imagem racional desenhada pelo legislador”¹⁰⁶ (JELLINEK, 1991, tradução nossa). A experiência constitucional demonstra que a sabedoria do constituinte é limitada, de modo que a crença ou convicção mítica em sua infalibilidade prejudica a evolução das estruturas e instituições jurídicas, bem como permite que o hiato entre norma e vida se acentue.

Diante dessas observações, Jellinek (1991, p. 29) aponta que o “fato consumado” (“*fait accompli*”) é um fenômeno histórico com força constituinte, em face do qual resta impotente qualquer forma de oposição¹⁰⁷. Afinal, existe um lado

¹⁰⁶ “[...] porque la vida real produce siempre hechos que no corresponden a la imagen racional que dibuja el legislador” (JELLINEK, 1991, p. 6).

¹⁰⁷ “El *fait accompli* – el hecho consumado – es un fenómeno histórico con fuerza constituyente, frente al cual toda oposición de las teorías legitimistas es, en principio, impotente.” (JELLINEK, 1991, p. 29).

“irracional” da realidade que não se reduz à discordância entre norma e realidade, mas que se volta contra a própria norma. Tratam-se de poderes que não freiam perante leis superiores e podem inclusive agir a fim de substituí-las.

Para compreender esta formulação, vale uma breve digressão à máxima latina “*omne ius aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo*”, cuja tradução seria “todo direito ou é criado por consentimento, ou é constituído por necessidade, ou é firmado pelo costume”. É mais do que evidente o estudo detalhado da natureza do consentimento dentro da esfera do direito privado. O mesmo ocorre com o costume que, apesar de suscitar questionamentos ocasionais, é considerado primordialmente como fonte de direito e mecanismo de integração jurídica. Já no que tange à “necessidade”, pouco é discutido acerca de seu poder ou papel enquanto fonte criadora do direito.

Isto porque, compreendendo os anseios pelo a racionalização da ciência jurídica e do direito público, é possível depreender que discutir sobre a necessidade significa abrir margem para elementos extrajurídicos. Notadamente, a necessidade não suscita apenas os momentos cruciais da história ou os fundamentos de um Estado, ela contempla o deslinde da própria vida social e as emergentes transformações institucionais.

Consoante Jellinek (1991, p. 29) a formação real das instituições é continuamente efetuada a partir da necessidade política, com condão de alterar a Constituição

As instituições sofrem mudanças cotidianas e observamos desdobramentos profundos sem qualquer alteração do texto legal seja por conta de circunstâncias previsíveis ou fortuitas; seja ao longo do tempo (numa formação paulatina); ou, ainda, logo em seguida à concepção do texto constitucional.

Nesse sentido, sublinha-se que:

[...] Las leyes fundamentales se establecen, como las demás, em cuanto necesidad inevitable, reconózcase o no, en el curso de los acontecimientos históricos. Por eso, es muy interesante plantearse el problema acerca de las vías seguidas para reformar nuestras Constituciones escritas. (JELLINEK, 1991, p. 6).¹⁰⁸

¹⁰⁸ Em tradução livre: “[...] As leis fundamentais se estabelecem, como as demais, enquanto necessidade inevitável, reconheça-se ou não, no curso dos acontecimentos históricos. Por isso, é muito interessante considerar o problema acerca das vias seguidas para reformas nossas Constituições escritas.” (JELLINEK, 1991, p. 6)

Quanto às vias de modificação constitucional, o critério que diferencia a mudança formal e a informal decorreria da intencionalidade dos agentes que concretizam a ordem constitucional, ao ponto que: por reforma, entende a modificação intencional e voluntária do texto constitucional; e por mutação, a modificação não intencional - poderia se dizer até mesmo inconsciente - da Constituição, acompanhada da incolumidade do texto (JELLINEK, 1991, p. 7).

Acompanhando o autor na íntegra:

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que sea indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación. (JELLINEK, 1991, p. 7)¹⁰⁹

A sustentação de reforma como modificação por ações voluntárias e intencionadas amplia o escopo do fenômeno, agregando as hipóteses de alteração formal que se ajustam ou não ao direito (URRUTIA, 2000, p. 110). A justificativa de Jellinek (1991, p. 9) reside no “poder de decisão ilimitado” que se atribui ao Estado, capaz de modificar a Constituição à sua discricção, ab-rogando ou substituindo o instrumento¹¹⁰.

De outra feita, admite a via revolucionária como uma reforma da Constituição por consequência de que uma revolução triunfante cria direito novo. Contudo, questiona até que ponto essa reforma poderá se estender e se a Constituição antecedente decai integralmente sem que qualquer um de seus preceitos reste vigente (JELLINEK, 1991, p. 9). Emerge, assim, a reflexão sobre a existência de valores ou princípios constitucionais imanescentes ou implícitos.

O cenário francês fornece um primoroso exemplo quanto ao tema. Em substituição da Constituição do Segundo Império por um conjunto de leis fundamentais em 1875, não houve menção expressa à incorporação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, nem à garantia de direitos fundamentais. Neste caso, a doutrina constitucional francesa manteve os princípios, ainda que nenhum artigo constitucional os

¹⁰⁹ Em tradução livre: “Por reforma da Constituição entendo a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionais. E por mutação da Constituição, entendo a modificação em que resta intacto seu texto sem alterá-lo formalmente produzida por fatos que não precisam ser acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mutação.” (JELLINEK, 1991, p. 7)

¹¹⁰ “La teoría atribuye al Estado soberano un poder de decisión ilimitado. Por consiguiente, también puede modificar a discreción su Constitución, abrogarla o sustituirla.” (JELLINEK, 1991, p. 9).

tenha reconhecido na ordem que sobreveio, por entender que não foram abolidos em razão de não serem passíveis dessa operação¹¹¹ (JELLINEK, 1991, p. 10).

Sistematizando a lógica extraída neste exemplo, temos as seguintes conclusões:

De tales hechos inferimos que la abolición de las leyes no implica necesariamente y como consecuencia, la de los preceptos que contienen. Puede mantenerse en adelante como Derecho consuetudinario lo cual es prueba de que tenían ya, antes de la abolición de la ley, el doble carácter de Derecho escrito y consuetudinario, de ello, si duda, no se tenía conciencia mientras la leys estaba vigente. (JELLINEK, 1991, p. 10)¹¹²

Com apego a esse raciocínio, há doutrina que defenda a afetação única do direito escrito diante de uma nova ordem jurídica, de tal sorte que o direito consuetudinário, salvo hipótese em que esteja unido de forma indissolúvel a determinadas leis ou disposições constitucionais, não decairá (JELLINEK, 1991, p. 10-11)¹¹³.

Além do mais, para o autor, a reforma constitucional opera de três maneiras: a) ao serem ab-rogadas em sua integralidade, a exemplo da via revolucionária; b) ao receber outro texto; ou c) ao serem substituídas por leis constitucionais posteriores¹¹⁴.

A primeira hipótese engloba todos os casos de reforma total, resultando na sua derrocada fatal. A segunda corresponde à reforma parcial, atualizando, suprimindo ou modificando parte do texto constitucional, conferindo como resultado uma nova disposição literal. E, por fim, a terceira designa as “reformas constitucionais tácitas ou materiais” (URRUTIA, 2000, p. 110), que correspondem a novas disposições constitucionais não incorporadas propriamente ao texto da Lei Fundamental, mas que lhe conferem novo conteúdo.

Sob a ótica de Jellinek, a situação de confusão na ordem constitucional do Reich alemão decorreu de uma carência sistemática sobre a reforma da Constituição. Assim, tanto o texto constitucional já não representava fielmente a realidade (como, por

¹¹¹ “[...] No se abolieron porque son inabolibles. [...]” (JELLINEK, 1991, p. 10)

¹¹² Em tradução livre: “De tais fatos inferimos que a abolição das leis não implica necessariamente e como consequência, a dos preceitos que contem. Podem manter-se posteriormente como Direito consuetudinário, o que provaria que já tinham, antes da abolição da lei, o caráter duplo de Direito escrito e consuetudinário, deste, sem dúvida, não se tinha consciência enquanto a lei estava vigente.” (JELLINEK, 1991, p. 10)

¹¹³ “Sobre la cuestión de la reforma de la Constitución mediante la revolución, existe una doctrina importante que afirma que únicamente afecta al Derecho escrito y no al consuetudinario. Solamente cuando el Derecho consuetudinario está unido indisolublemente determinadas leyes, decaen los dos juntos.” (JELLINEK, 1991, p. 10-11)

¹¹⁴ “[...] Las leyes constitucionales pueden reformarse, como las ordinarias, de tres maneras. Pueden abrogarse totalmente, pueden recibir otro texto o substituirse por leyes posteriores [...]” (JELLINEK, 1991, p. 11).

exemplo, ao não incluir as considerações sobre o território da Alsácia-Lorena), como veio a experimentar diversas modificações materiais diante de edições de leis que não foram incluídas ao seu texto.

É imperativo ressaltar que, enquanto Laband entendia essa última hipótese prontamente como mutação constitucional, o critério de intencionalidade concebido por Jellinek afasta um silogismo imediato.

Destacam-se dois casos submetidos à análise de ambos os juristas: a) a prática do Chefe de Gabinete (“*Generalvestreter*”); e b) a Lei de Finanças do Império, conhecida como “Cláusula Frankstein” (LABAND, 1875; JELLINEK, 1991; 2000).

No primeiro, criou-se a figura do *Generalvestreter* a fim de auxiliar a Chancelaria no curso de suas obrigações na administração do Império. Apesar de a lei conceber a nomeação para o cargo sob circunstâncias especiais ou em caso de suplência, a prática se consolidou pela permanência do cargo – *a priori*, tido como temporário e excepcional – independente destes requisitos. De tal modo, é possível inferir que a inscrição da descentralização de atribuições constitucionais do Chanceler por via legislativa foi intencional, ao passo que as condicionantes demonstravam o intento de reger as lacunas da Constituição. No entanto, a nova interpretação dada na aplicação da lei operou mutação constitucional, inserindo uma nova figura política permanentemente ao quadro administrativo do *Reich*.

Quanto ao segundo, ocorre um conflito com duas normas da Constituição imperial (Arts. 48 e 70), cujas disposições em conjunto determinam que os produtos de aduanas e impostos sobre importações sejam destinados ao Tesouro Nacional, respeitando a separação entre finanças imperais e estaduais, “de modo que qualquer receita adicional que fosse demandada pelo Império deveria provir de contribuições dos Estados-membros” (PEDRON, 2012, p. 91). Todavia, a Cláusula de Frankstein altera a condição facultativa das aduanas determinadas pelos Estados-membros, transformando-as em institutos permanentes e modificando a destinação das receitas para os *Landers*, tornando o Tesouro Nacional em mero intermediário da transferência e operando, no processo, a dedução de 130 (cento e trinta) milhões de marcos do montante percebido.

Laband (1875, p. 4) relata que a inconsistência entre o texto constitucional e a realidade adveio da entrada dos *Landers* de Hamburgo e Bremen na comunidade aduaneira e tributária, além da inserção dos estados sul-alemães no “*Branntweinsteuer-Gemeinschaft*” – comunidade tributária sobre bebidas alcoólicas, sob monopólio do

Reich. A situação fática sofreu alterações e, por conseguinte, o estado constitucional original deixou de conformar com precisão a realidade.

Logicamente, Jellinek (1991, p. 16) orienta que, apesar das disposições constitucionais restarem modificadas em substância por novas leis, a transição silente que culmina em sua substituição não poderia partir da intenção das instituições de poder que as editaram – configurando, pois, atos inconstitucionais. Somente a partir da sua adoção constante e espontânea surgiria a mutação constitucional.

Sabe-se que a concepção de “inquebrantabilidade” e a proteção da rigidez constitucional contra modificações precipitadas não subsistem a todo tempo. Não são raras as hipóteses em que a aplicação dos preceitos constitucionais - via de regra, disposições e conceitos obscuros ou de enorme grau abstração -, ao ser confrontada pelo cenário vigente, conduz a uma interpretação antes dada por inconstitucional, mas que emerge conforme a Constituição posteriormente (JELLINEK, 1991, p. 16). No entanto, há de se observar que interpretações incorretas podem pouco a pouco se apropriar da norma constitucional.¹¹⁵

O jurista complementa que a modificação material advinda da legislação infraconstitucional elimina, de fato, a garantia de que as formas prescritas para qualquer operação de mudança constitucional serão observadas (JELLINEK, 2000). E, por decorrência lógica, sem a instrumentalização de mecanismos de controle¹¹⁶ “não se pode exigir de nenhum modo que se siga o procedimento de modificação das Constituições”¹¹⁷ sequer para modificar as leis que conduziram uma reforma supostamente imprópria (JELLINEK, 2000, tradução nossa).

O resultado dessa união desencadeia a fragmentação da ordem constitucional e o quebrantamento gradual da Constituição, uma vez que suas disposições são anuladas materialmente múltiplas vezes e sem registro formal.

¹¹⁵ “*Han de interpretar las leyes y también las normas constitucionales, pero de modo subrepticio una ley constitucional puede adquirir, poco a poco, un significado totalmente distinto al que tenía em el sistema jurídico originario.*” (JELLINEK, 1991, p. 16)

¹¹⁶ Em contrapartida à rejeição de seu antecessor, Jellinek aceita o exame judicial de constitucionalidade das leis como mecanismo de combate às mutações ilegais advindas do Legislativo. Em sua análise, acredita-se que em um sistema de dinâmica ideal entre os poderes, as instituições agem de forma cooperativa e interdependente, evitando abusos de poder. No entanto, a realidade demonstra um choque de interesses e eventual preponderância de um Poder como o detentor da última palavra seria capaz de produzir inclusive mutações ilegítimas.

¹¹⁷ “*Para modificar a su vez las leyes que ocasionen tal reforma, no se puede exigir de ningún modo que se siga el procedimiento de la modificación de las constituciones.*” (JELLINEK, 2000, p. 484).

É relevante afirmar que a dimensão do fenômeno não se encerra apenas em atos normativos¹¹⁸. Jellinek reconhece mutações produzidas pela prática administrativa-governamental, assim como através do direito dos juristas (“*Juristenrecht*”); pela prática convencional; pelo desuso de competências constitucionais; ou, ainda, pela necessidade de suprir lacunas constitucionais. Como consequência, destacar-se-á as principais ponderações do autor sobre cada uma dessas categorias.

No funcionamento das engrenagens governamentais do Estado existem princípios administrativos sem previsão jurídica cuja imagem amplia a compreensão da realidade política perante a indeterminação da possibilidade política. Observando casos singulares e as mudanças sobre as concepções de discricionariedade do administrador público, competências administrativas podem vir a ser construídas ou ampliadas.

Cita-se o exemplo do Ducado de Baden, na Alemanha, cuja constituição estadual estabelecia a competência pública para indutar ou comutar penas. Ocorre que, por meio século, foi exercida a figura da graça pelo Grã-Duque ainda que não houvesse previsão constitucional para tanto. Logo, houve mutação através de uma interpretação governamental (JELLINEK, 1991).

A questão tende a ser mais delicada no que tange ao papel dos juízes na ordem constitucional. Com certo encantamento para com a postura norte-americana no desenrolar do modelo de controle difuso de constitucionalidade das leis e de sua inconformidade com a leitura positivista legalista, Jellinek examina as problemáticas de uma interpretação volitiva e criativa do juiz a partir da firmeza (“*Festigkeit*”) dos preceitos constitucionais.

Através de um esforço comparativo, percebe-se que muitas constituições dispõem parcela de seu texto para a garantia de um rol de direitos fundamentais, cuja previsão embora coincida em dois Estados, seguirá com um sentido próprio peculiar a cada um deles, como ocorre nas leituras distintas sobre a extensão do direito à liberdade religiosa. Jellinek (1991, tradução nossa) constata essa possibilidade tendo em vista que

¹¹⁸ Além das leis, atenta-se à ocorrência de mutações constitucionais a partir das prescrições em regimentos parlamentares, visto que tais regulamentos também possuem condão de criar direito, *a priori*, dentro dos limites da Constituição e da lei (JELLINEK, 1991, p. 17). Ainda, há de ressaltar a possibilidade de que tais regimentos tenham efeitos externos e não se restrinjam a criar direito estatutário entre os membros das Câmaras.

“a interpretação judicial de um preceito constitucional pode se desenvolver de modo progressista ou retrógrado”¹¹⁹.

Destarte, o autor entende que os limites sobre o arbítrio dos tribunais diz respeito ao grau de indeterminação dos preceitos constitucionais (JELLINEK, 1991). Essa afirmação toma por ponto de partida que tanto a atuação legislativa quanto a aplicação jurisprudencial estão sujeitas “às necessidades e opiniões variáveis dos homens” (JELLINEK, 1991, p. 16). Isso não caracteriza necessariamente os tribunais como terceira câmara legislativa, mesmo em sua atuação de legislador negativo, mas infere que, por mais objetivo que seja seu processo de racionalização, todos os intérpretes da Constituição estão sujeitos a impressões da ótica política.

A coerência do Direito, como também da atuação jurisprudencial, estaria na arte de manejar uma interpretação “firme e desperta” (JELLINEK, 1991, p. 27), atenta para as influências externas e internas. Encontra-se, aqui, a feição ética e ideológica do pensamento de Jellinek.

Dessarte, o jurista reconhece a complexidade social na qual se insere a Constituição e os seus diversos processos de aplicação, mas além à positividade do direito por força da “convicção de sua auto-obrigação moral” (PEDRON, 2012, p. 98). Afinal, em sua concepção, o Direito é obra estatal que converte a vontade e o poder do Estado sobre a sociedade, garantindo uma unidade ética em função daquele. Para tanto, a Constituição ordena a estrutura dos Estados modernos, mas se curva à “força normativa do fato” se este representar a integridade e continuidade do Estado (PEDRON, 2012, p. 100).

O conceito de “força normativa do fato ou do fatural” é um conceito extraído das observações do jurista sobre a força do costume e das convenções, em especial acerca da influência deles sobre a normatividade (STOLLEIS, 2001, p 442).

Em matéria de costume constitucional existe, ainda, uma peculiaridade. Como já descrito, sempre que a alteração informal seja concebido como “uma forma intencional de modificar a Constituição” deixa de ser uma espécie de mutação (URRUTIA, 2000, p. 111). Contudo, nos costumes, existe um critério psicológico

¹¹⁹ “No es preciso explicar a quien reconoce el poder creador de los jueces que la interpretación judicial de un precepto constitucional puede desarrollarse de modo progresista o retrógado.” (JELLINEK, 1991, p. 21-22).

distinto, qual seja a consciência popular sobre a justiça e a sua tendência constante de provocar a alteração ou a abolição das injunções normativas¹²⁰ (STOLLEIS, 2001).

Já no que tange às mutações constitucionais por prática convencional, Jellinek elucida a modificação informal através dos usos políticos, espécie característica do sistema constitucional inglês.

As convenções constitucionais ou “moral constitucional” (URRUTIA, 2000, p. 112) consistem em regras de conduta observadas pelos poderes públicos que não se confundem com as regras de direito justamente por não serem aplicáveis pelos tribunais. Surgem em face da influência e da importância atribuída à autonomia contratual no âmbito do direito privado, e em virtude da própria natureza dos sistemas constitucionais flexíveis. Estes sistemas abrem margem à força das relações políticas e, por conseguinte, à existência de uma “Constituição convencional” (“*Konventionalverfassung*”) (VERDÚ, 1991, p. LXXIII) que muda em profundidade a leitura da dinâmica constitucional.

Em sequência, é questionada a possibilidade de se deduzir uma superação das prescrições constitucionais pelo mero desuso ou falta de exercício de competências do poder estatal a que se referem.

Para Jellinek, a questão é mais complexa do que a identificação de um preceito constitucional como obsoleto. Com efeito, conclui que dificilmente será possível determinar, no caso concreto, em que medida um poder nunca exercido tem relevância jurídica ou se é capaz de, em determinadas condições ou momento ímpar, conseguir alcance normativo para a vida estatal (VERDÚ, 1991).

Enfim, a questão das lacunas constitucionais é examinada devido a sua íntima ligação com as mutações constitucionais. Em oportunidades anteriores, reconhecemos ser infrutífera a tentativa de estabelecer uma Constituição perfeita, considerando que “os acontecimentos históricos que vivem os Estados somente podem ser previstos de modo imperfeito” (JELLINEK, 1991, p. 55). É impossível para o Direito dispor de normas que venham a regular conscientemente os acontecimentos de um futuro imprevisível.

¹²⁰ “*At the same time, there was the opposing tendency that pushed people to work against the normative injunctions, encouraging them to change or abolish them because they did not harmonize with the consciously held understanding of justice.*” (STOLLEIS, 2001, p. 442). Em tradução livre: “Ao mesmo tempo, havia a tendência oposta que impulsionava as pessoas a trabalharem contra as injunções normativas, encorajando-as a mudá-las ou aboli-las porque não se harmonizavam com a sua compreensão consciente do que significa justiça”.

Não obstante, existem casos de lacunas que apenas se manifestam em cenário posterior ao momento constituinte e não ficam integradas mediante os meios convencionais de interpretação e analogia.

Objetivamente, a via da reforma constitucional é o caminho mais seguro para suprir completamente tal problemática. Contudo, a sua elaboração demanda tempo e a atuação de forças históricas no desenrolar de novas concepções para elementos fundamentais do sistema estatal. Jellinek (1991, p. 57) utiliza a expressão “agonia das Constituições” para tratar desse dilema. E, assim, traduz uma nova inquietação: a crescente e significativa tendência de transformações informais fundamentadas na imperfeição da ordem constitucional.

Ante o exposto, a análise jellinekiana assegurou a superação do viés positivista estritamente legalista sobre os fenômenos das mudanças constitucionais, porém se tornou alvo de críticas ferrenhas ao eleger a “intencionalidade” como critério para distinguir as reformas e mutações constitucionais, principalmente por não se aprofundar nas consequências desta distinção (VERDÚ, 1991, p. LXIX).

Outro ponto suscetível de críticas encontra-se na figura da “força normativa do fato”, cunhada por Jellinek em sua concordância com o pensamento sociológico exposto por Lassalle. Sobre o tema, Flávio Quinaud Pedron (2012) adverte se tratar de conceito questionável por representar um ônus à força normativa da Constituição, posto que visa confirmar a superioridade do real ainda que se apresente em visível contrariedade com a normatividade da ordem constitucional.

Ao passo que Laband ignora a projeção real do fenômeno da mutação constitucional em prol de sua dogmática jurídica, Jellinek peca por omitir-se na questão dos limites da mutação constitucional. Na época, seu discurso sobre a temática dos valores ou princípios constitucionais imanentes ou implícitos restringiu-se apenas à inquietação sobre a via revolucionária do poder constituinte.

3.2 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA REPÚBLICA DE WEIMAR

A nova fase da história constitucional alemã e do trajeto das mutações constitucionais encontra-se na República de Weimar (1919-1933), conhecida pela insurgência dos direitos sociais básicos e pela consequente disputa de métodos na doutrina de direito público - “*struggle over methods and aims*” ou “*Methodenund Richtungsstreit*” (JACOBSON; SCHLINK, 2000, p. 3). Ambos de importante relevância

para a renovação da matriz do direito constitucional alemão, fortemente imbricado à base da Teoria do Estado¹²¹ (URRUTIA, 2000).

A Primeira Guerra Mundial tornou-se catalisador das transformações que operavam na sociedade e política germânicas, reacendendo os interesses democráticos da Revolução de 1848-49 por parte da burguesia e da classe trabalhadora. Sem embargos, em 1918, o Imperador sofreu sua derrocada em um movimento revolucionário dando azo ao novo governo republicano.

A liderança parlamentar, encabeçada pelo partido Social-Democrata, conduziu as negociações para o cessar-fogo da Primeira Guerra Mundial. Desta feita, reconhecida a sua derrota, a Alemanha sujeitou-se à assinatura do penoso Tratado de Versalhes.

Costa e Mello (1994, p. 243) ressaltam que “eliminados os radicais, os social-democratas e seus aliados dos partidos moderados tentaram imprimir à Alemanha as bases de um regime democrático semelhante ao britânico e ao francês”. Em tese, a filosofia rousseauiana sustentava-se como forte expoente na Constituinte de 1919. Contudo, a ordem constitucional vindoura enfrentaria concretamente um cenário incongruente com os exatos pressupostos dessa vertente, especialmente no que tange ao *judicial review* (STOLLEIS, 2003).

Em outros termos, a tendência inicial à substituição do princípio monárquico pela soberania democrática resultaria na transferência do peso político em favor do Parlamento. No entanto, há de se considerar uma variável psicológica: as reservas da própria população quanto aos mecanismos do parlamentarismo¹²².

A luta contra o positivismo imperial aristocrata conduzia forças sociais poderosas que advogavam em nome do controle judicial das leis, dentre elas a burguesia liberal e os conservadores (STOLLEIS, 2003). Outrossim, as pressões sociais somada à

¹²¹ Arthur J. Jacobson e Bernhard Schlink (2000) pontuam que a teoria jurídica germânica no período de Weimar é essencialmente voltada para o direito do Estado (“*Staatsrecht*”), considerada uma das heranças do Império. Essa relação tem por fundamento o argumento de que o Estado germânico precede historicamente a Constituição e, por consequência, o Estado como objeto do poder político (no império, objeto da vontade do monarca) não poderia ser enquadrado ou fundado pela Constituição, apenas descrito por ela. O curso do pensamento legal se dispôs por essa lógica até meados do século XX.

¹²² Peter C. Caldwell (1997) afirma que a crise do direito constitucional refletia o descrédito para com a democracia alemã. A doutrina dogmática difundida no Império e a sua concepção de autoridade hierárquica em função do poder monárquico evidenciavam a fragilidade da separação de poderes na estrutura da monarquia constitucional. Nesse design institucional, muitas das vezes o juiz se restringia a servo do monarca e o Parlamento funcionava como sua instância legitimadora. Michael Stolleis (2003, p. 268) resalta que o controle judicial somente veio a ser incorporado na ordem alemã pela efetiva separação da autoridade judiciária na República de Weimar, visto que antes não era um “terceiro poder”, mas uma “forma especial do executivo”.

crise econômico-financeira causada pelas cláusulas restritivas e sancionadoras do Tratado de Versalhes influenciaram profundamente o processo de elaboração da Constituição da República de Weimar. Tais circunstâncias resultaram em um modelo constitucional distante do imperial, com destaque para a inauguração de “uma nova geração de códigos constitucionais” (URRUTIA, 2000, p. 113) dada a expansão do rol de direitos constitucionalizados e a previsão inédita daqueles de dimensão social.

Jacobson e Schlink (2000) identificam uma série de diferenças pontuais dentre a Constituição de Weimar e a ordem de Bismark, dentre elas:

The constitution of the Empire had contained only laws of organization; the Weimar Constitution (Weimarer Reichsverfassung) also contained basic rights. In its laws of organization, the constitution of the Empire had left state power in the hands of a monarchic executive, granting the Reichstag only limited shares; the Weimar Constitution developed a complicated interplay among the Reichstag, the president of the Reich (Reichspräsident) and the government of the Reich (Reichsregierung). The constitution of the Empire had not known any sort of constitutional jurisdiction; the Weimar Constitution assigned the Federal Supreme Court (Reichsgericht) as the court for disputes over the law of the state (Staatsgerichtshof), at least the beginnings of a constitutional jurisdiction. (JACOBSON; SCHLINK, 2000, p. 8)¹²³.

Portanto, apesar de não contemplar expressamente o controle jurisdicional de constitucionalidade, concedeu espaço à coexistência de sistemas parciais distintos compostos: a) pela supracitada modalidade abstrata de controle pelo Tribunal do *Reich* (“*Reichsgericht*”) a fim de determinar a primazia do direito estatal – federal - sobre o direito estadual; b) pelo controle do Tribunal de Estado do *Reich* Alemão sobre os conflitos constitucionais entre os órgãos do Judiciário; e c) pelo próprio controle difuso dos juízes, que o desempenharam durante o transcurso da República de Weimar (URRUTIA, 2000).

Aprofundando a questão, verifica-se que:

The tendency of judges to adopt the concept of judicial review from 1920 onwards can thus be seen in the context of a constitution and a new parliamentary system that were not fully accepted by the judges. The crises of

¹²³ Em tradução livre: “A constituição do Império continha apenas leis de organização; a Constituição de Weimar (Weimarer Reichsverfassung) também continha direitos básicos. Em suas leis de organização, a constituição do Império deixara o poder do estado nas mãos de um executivo monárquico, concedendo ao Reichstag apenas ações limitadas; a Constituição de Weimar desenvolveu uma interação complicada entre o Reichstag, o presidente do Reich (Reichspräsident) e o governo do Reich (Reichsregierung). A constituição do Império não conhecia forma alguma de jurisdição constitucional; a Constituição de Weimar designou a Suprema Corte Federal (Reichsgericht) como tribunal para disputas sobre a lei do estado (Staatsgerichtshof), pelo menos os primórdios de uma jurisdição constitucional.” (JACOBSON; SCHLINK, 2000, p. 8)

*the republic and the economic threat posed by inflation prompted the judiciary to resist the legislature. At the same time, conservative and anti-positivist theory of constitutional law turned basic rights into a "system" that had to be respected by the legislature. It was thought that not only the judges and the executive were bound to the law and basic rights, but the sovereign, too—that is to say, parliament. (STOLLEIS, 2003 p. 273)*¹²⁴.

Todavia, as demandas irrealistas sobre o novo sistema político previsto na Constituição encontraram dificuldades em sua realização, uma vez que a estrutura estatal permanecia nos moldes herdados do Império (JACOBSON; SCHLINK, 2000). Em resposta, os choques entre norma e realidade tornaram-se frequentes em um contexto de crise sistemática da República.

A temática da mutação constitucional difundiu-se com naturalidade na bibliografia alemã a partir de Georg Jellinek, posto que as tensões entre o ser (*Sein*) e o dever-ser (*Sollen*) determinaram a perpetuação daquela cultura constitucionalista. No campo acadêmico, os debates de Weimar debruçaram-se sobre a crise, oferecendo novas teorias do Estado e da Constituição a fim de sedimentar uma doutrina dogmática (*Dogmatik*) responsável por afirmar diretivas para a prática jurídica – seja nas cortes, na advocacia, na administração pública, ou na legislatura (JACOBSON, SCHLINK, 2000, p. 2).

Por acompanhar as transformações normativas e sociais, as teorias da Constituição e do Estado sofreram um verdadeiro giro metodológico, rompendo as amarras de seus conceitos estáticos. As transições experimentadas nos primórdios do século XX desencadearam novos esforços diante das Constituições escritas que - não mais romantizadas pelo espírito liberal - exigiam a possibilidade de transformações sociais contínuas através de uma nova geração de direitos.

Neste ponto, Hermann Heller (2000) e Rudolf Smend (1985) foram determinantes para a definição de uma nova metodologia constitucional e como expoentes de um conceito dinâmico da Constituição, no qual se insere o fenômeno da mutação constitucional. Em sequência, o exame sistematizador de Hsü Dau-Lin (1998) confere novas linhas ao fenômeno da mutação, lhe atribuindo caráter jurídico e

¹²⁴ Em tradução livre: “A tendência dos juízes para adotar o conceito de controle judicial a partir de 1920 pode, portanto, ser vista no contexto de uma constituição e um novo sistema parlamentar que não eram plenamente aceito pelos juízes. As crises da República e as ameaças econômicas advindas da inflação acionaram o judiciário para resistir à legislação. Ao mesmo tempo, teorias de direito constitucional conservadoras e antipositivas transformaram direitos básicos em um ‘sistema’ a ser respeitado pela legislação. Seria como se não somente os juízes e o executivo se submetessem à lei e os direitos básicos, mas a soberania, também – isto é, o parlamento.” (STOLLEIS, 2003, p. 273).

estabelecendo classes distintas segundo a validade do direito constitucional diante das (in)congruências entre norma e realidade.

3.2.1 O dinamismo de Hermann Heller e o elo dialético de seus conceitos de constituição: a mutação constitucional entre normatividade e normalidade

Herman Heller (2000) toma como ponto de partida a intrínseca relação entre a organização do Estado e o conceito de Constituição. Inspirado na conferência “O que é uma Constituição?” (*Über Verfassungswesen*) de Ferdinand Lassalle, o autor pontua que tanto o conhecimento do Estado quanto o do Direito “não devem esquecer do caráter dinâmico do seu objeto” visto serem um produto da realidade e, por conseguinte, das relações reais de poder (HELLER, 2000, p. 296).

Sua investigação esteve pautada na compreensão do Estado “na sua estrutura e funções atuais”, no seu “devir histórico” e nas “tendências de sua evolução” (HELLER, 2000, p. 21). Desta feita, Heller alavanca a concepção sociológica para o plano da Teoria do Estado - ao passo que a aloca como ciência da realidade¹²⁵. Em consequência, a Constituição passou a ser entendida como “a configuração atual da cooperação, que se espera seja mantida de modo análogo no futuro, pelo qual se produz de modo constantemente renovado a unidade e ordenação da organização” (HELLER, 2000, p. 295-296).

Notadamente, os conceitos de unidade e ordenação são recorrentes na obra de Heller. O primeiro dá lugar à função essencial e social do Estado, conferindo-lhe sentido. Enquanto a segunda caracteriza tanto o processo quanto o produto da integração entre norma positiva e a conduta humana.

Não obstante, Heller (2000, p. 244) ressalta que a realidade do Estado, designada a partir da unidade, “consiste em sua ação ou função, a qual, assim como ela, não precisa que seja querida como fim, nem por todos os membros nem por um só”. Isto porque “a função do Estado é nos necessariamente dada por uma situação cultural e

¹²⁵ Heller (2000, p. 21) rejeita as qualificações até então propostas à Teoria do Estado, tratando-a na qualificação de ciência cultural, dado que seus elementos – suscetíveis de variáveis irracionais - não podem ser totalmente abstraídos ou racionalizados em meras fórmulas, tais como ocorre nas ciências naturais; ciência da realidade, pois corresponde à “específica realidade da vida estatal”; e ciência de estruturas, caracterizada pela dialética da dinamicidade das ações, conscientes ou inconscientes, dos homens e suas instituições, e a almejada unidade político-social.

natural”: a necessidade de sistematizar um “poder comum de ordenação” (HELLER, 2000, p. 245)¹²⁶.

Somente quando a realidade social adquire ordenação e forma de maneira especial – não necessariamente escrita - que se pode falar em existência concreta do Estado. Nos termos do jurista, “em virtude desta forma de atividade humana concreta, o Estado transforma-se em uma unidade ordenação de ação e é então quando adquire, em geral, existência (HELLER, 2000, p. 295).

Cabe frisar que essa configuração de formas não é completamente estática, mas detém um núcleo estático que não se emancipa da esfera de vivência real.

À vista disso, na teoria de Heller (2000, p. 296), a Constituição afirma-se através da “dinâmica dos processos de integração constantemente mutáveis” da mesma forma que neles encontra “um caráter relativamente estático”. Em outros termos, a Constituição pressupõe uma “unidade dialética inseparável”, composta pelo que o jurista denomina de “normalidade” e de “normatividade” (HELLER, 2000, p. 107 e 300).

Resgatando a análise de Jellinek sobre a força normativa do normal fático, Heller reflete sobre a importância de motivações naturais comuns para a conformação ou não da conduta humana à norma jurídica, em adição aos efeitos da norma organizadora aos membros da sociedade.

Sabe-se que, para o autor, “toda organização humana perdura enquanto constantemente renasce” (HELLER, 2000, p. 295), de modo que extensão de um grupo no tempo decorre da sua unidade de organização que, em sintonia de sentido e espírito¹²⁷, permite a conservação da identidade básica perante a inserção das novas gerações.

Num primeiro momento, significa dizer que o agir social, individual ou coletivo, corresponde a uma normalidade empírica da conduta. A previsão das regras empíricas correspondem a informes e expectativas de comportamento oriundos da

¹²⁶ A necessidade histórica de harmonizar a oposição de interesses dentro de uma nação, levou ao desenvolvimento da ação e poder da política, esta que “nasce e mantém-se mediante uma cooperação humana dirigida por uma ordenação regular comum na qual determinados indivíduos cuidam do estabelecimento e segurança da ordenação, assim como da atuação unitária do poder de tal modo concentrado” (HELLER, 2000, p. 245). Ainda que nem toda atividade do Estado seja atividade política, é importante sublinhar que o “poder que no Estado dirige ou conduz” (HELLER, 2000, p. 246) reclama tal qualificação e, na condição de depositário do poder político, encontra-se aquele capaz de “levar a termo uma mudança essencial na divisão do poder estatal, no interior ou no exterior, sobre a base de decisões autônomas” (HELLER, 2000, p. 247). Não obstante, em cenários de intensa tensão política, “todas as relações sociais fazem-se, finalmente, políticas” (HELLER, 2000, p. 247).

¹²⁷ Ao tratar da categoria “espírito”, se torna clara a influência do filósofo Friedrich Hegel em seu estudo. Heller (2000, p. 119) aponta, inclusive, para a existência de mecanismos de “mediação social” responsáveis pela relativa continuidade das estruturas estatais e pela preservação do “espírito do povo ou alma da comunidade”, equivalentes, normativamente, aos princípios gerais de Direito.

história e da cultura, os quais são reproduzidos constantemente e regularmente. Trata-se de uma ordenação espontânea e cambiante, uma infraestrutura não positivada: a Constituição “real”, de Lassalle; e a Constituição não normada, de Heller.

Consequentemente, o Estado fundado e organizado por uma Constituição se caracteriza tanto pela conduta normada juridicamente quanto pela “conduta não normada, embora normalizada” de seus membros (HELLER, 2000, p. 296). De tal sorte, imperativo reconhecer que a normalidade se pauta na expectativa de que ante as mesmas circunstâncias o indivíduo ou grupo se comporte da mesma maneira, isto é, pressupõe a “concordância com uma regra de previsão baseada sobre a observação do que acontece por termo médio em determinados períodos de tempo” (HELLER, 2000, p. 296).

Não obstante, ao aprofundar a análise, vislumbra-se que o prolongamento da organização não seria possível se as mudanças fossem realizadas de modo repentino. A movimentação e mutabilidade das relações reais do poder não implica necessariamente em caos posto que representariam transformações graduais.

A Constituição não normada será, ainda, reforçada e complementada através da normatividade. Historicamente, a exigência por segurança e previsibilidade das relações sociais desembocou em maior sofisticação na garantia sobre a “exemplaridade ou obrigatoriedade de um agir concorde”, estabelecendo para tanto “critérios positivos de valor” (HELLER, 2000, p. 298). Ergue-se, portanto, a Constituição normatizada, juridicamente e extrajudicialmente, dotada de critérios valorativos.

Intuitivamente, atenta-se que:

Só se valora positivamente e, por conseguinte, se converte em normatividade aquela normalidade a respeito da qual se crê que é uma regra empírica da existência real, uma condição de existência ora da humanidade em geral, ora de um grupo humano (HELLER, 2000, p. 298).

Conjugando as observações acima, a Constituição real ou não normada do Estado representa “uma normalidade sem normatividade”; enquanto a Constituição jurídica e seus complementos extrajurídicos possuem “normalidade normativa”, visto que “todas as normas constitucionais vigentes valem enquanto regras empíricas da situação estatal” (HELLER, 2000, p. 299).

Existe uma correspondência mínima entre as duas Constituições – real e normativa -, fato que se deve à normalidade que lhes é componente. Outrossim, não seria possível “uma validez normativa sem normalidade” (HELLER, 2000, p. 299). Afinal, a

pretensão de uma ordem normativa sem correspondência à realidade reduz a Constituição a mera “folha de papel”, fadada à inobservância pela sociedade que visa regular.

Nesse sentido, frisa-se que:

Se se prescindir da normalidade social positivamente valorada, a Constituição, como mera formação normativa de sentido, diz sempre muito pouco. A maioria dos seus preceitos jurídicos e, sobretudo, os mais importantes, adquirem unicamente um sentido praticável quando se põem em relação com os princípios jurídicos que são expressão da estrutura social. (HELLER, 2000, p. 304).

Com base nesses postulados, Heller (2000, p. 299) sedimenta uma forte crítica ao que caracteriza como teorias unilaterais e antidialéticas, em especial aos posicionamentos de Hans Kelsen, pois em sua concepção de extrema positividade “priva as normas precisamente do seu sentido de ser-dever-ser” negando a integração da normalidade no espectro normativo; e de Carl Schmitt, por subestimar completamente a normatividade, “exaltando, em oposição a ela, a existencialidade, de modo que vem a conceber a Constituição não como norma, mas apenas como ‘decisão’”.

Enquanto normalidade normatizada jurídica e extrajudicialmente, a Constituição estatal é composta tanto por normalidade e por normatividade e, de forma determinante, pela relação complementar recíproca existente entre elas.

A “força normalizadora das normas sociais” encarrega-se da “probabilidade relativamente previsível de que a cooperação entre os seus membros torne a produzir-se de modo semelhante no futuro” (HELLER, 2000, p. 295 e 301). Logo, a realidade corrente (a normalidade empírica) é constituída da permanência e generalização dos fatores naturais e culturais. Com isso, é imprescindível para a permanência da própria Constituição, conferindo-lhe eficácia em sua concretização.

Já mediante a força normativa das normas constitucionais “se normaliza uma situação de dominação atual e plenamente imprevisível convertendo-se em uma situação de dominação contínua e previsível” (HELLER, 2000, p 301).

A inquietante problemática situa-se no liame entre a permanência das normas e o surgimento de eventuais situações imprevisíveis, inerentes à constante mudança da realidade social. Em termos de Direito Constitucional, cabe, então, a reflexão do autor sobre as alterações constitucionais.

Segundo Sánchez Urrutia (2000), no sistema conceitual de Heller, a norma constitucional pode ser transformada através da mudança de conteúdo de elementos

normados não jurídicos - tais como princípios constitucionais e princípios gerais de direito -, ou como consequência de mutações constitucionais, correspondentes à superação dos elementos normados pela normalidade.

A abertura ou “falta de determinação do conteúdo” dos princípios jurídicos é responsável por sua posição de destaque na permanência da norma constitucional, já que a normalidades que neles se expressa “vai-se transformando na corrente imperceptível da vida diária” (HELLER, 2000, p. 304 e 305). O princípio da igualdade perante a lei, por exemplo, tem um âmbito de aplicação distinto em diferentes períodos num mesmo sistema constitucional, ampliando os grupos sociais sujeitos à sua proteção - contemplando minorias - conforme a evolução da sociedade.

Pedron (2012, p. 110) destaca que esses princípios “serviriam tanto como parâmetros interpretativos para os magistrados como pautas para os legisladores” e uma vez bem sucedidos na sua operação de harmonização entre normatividade e normalidade, o sistema jurídico restaria preservado, “mantendo-se contínuo o ordenamento constitucional”.

Entretanto, a falta de confirmação da realidade social na ordem positiva estatal implica na perda de força normalizadora da normatividade. E, em última instância, sobrepõe-se a Constituição das relações reais de poder. Pontualmente, as mutações constitucionais integram a Teoria da Constituição dentro deste conceito dinâmico entre a expressão da facticidade do poder e a ordenação normativo.

Em matéria de mutação constitucional, Heller criticará duramente seus antecessores, Jellinek e Laband, rebatendo a teorização insuficiente de ambos, cujo enfoque se dedica apenas “para os casos práticos menos importantes” responsáveis pela representação “em menor escala” das incongruências entre as relações sociais de poder e o texto constitucional (PEDRON, 2012, p. 110).

Rechaçando o contraste dualista firmado pela doutrina dominante entre a Constituição como ser e a Constituição jurídica, ausente qualquer enfrentamento da unidade composta por ambas e sem conexão metodológica entre o fenômeno de estudo e a abordagem utilizada, Heller (2000, p. 307) afirma categoricamente que “a Constituição do Estado juridicamente normada é também expressão das relações de poder tanto físicas como psíquicas”, e à medida que designa a “conexão social de ação” da comunidade nacional é “objeto do método próprio das ciências do real”.

Em adição, pontua-se que:

[...] só se pode conceber a Constituição jurídica como história acontecida, não como história que, ao mesmo tempo, está acontecendo e tem que proceder de modo imanente na norma e, por conseguinte, estaticamente. Por isso o problema da continuidade ou descontinuidade de um a Constituição estatal só pode ser considerado com sentido do ponto de vista da ciência do real e nunca do ponto de vista lógico-normativo. (HELLER, 2000, p. 312)

Embora o Direito pretenda emancipar-se do processo subjetivo de vivência e objetivá-lo em uma formação normativa social, adquirindo a forma corpórea de Constituição escrita, a existência de uma Constituição normativa jurídica somente se sustenta e será admitida enquanto “a respectiva objetivação servir à Constituição real do Estado” (HELLER, 2000, p. 308).

Sob essa perspectiva, Heller adverte que:

Por mais controles que estabeleça, nunca se poderá resolver o problema: *Quis custodet custodem?* Não há nenhuma forma de inviolabilidade das normas constitucionais que possa deter revoluções e restaurações; nenhuma divisão de poderes de Direito Constitucional pode impedir que em um conflito insolúvel, por exemplo entre o Governo e o Parlamento, resolva, na falta de uma unidade superior de ação, o poder praticamente mais forte, realizando assim a necessária unidade do poder do Estado. (HELLER, 2000, p. 306).

As contradições existentes no interior da ordem constitucional não seriam falhas ou lacunas perniciosas à coerência do sistema jurídico, mas manifestações da transição histórica vivida pela Alemanha.

Como “válvulas jurídicas” (PEDRON, 2012, p. 111), as ditas contradições denotam uma afirmação da prática interpretativa na evolução constitucional. Por isso, as observações tendem a residir nas transformações operadas pelo jurista em sua missão “de colaborar na criação, que há de renovar diariamente, da unidade estatal organizada”¹²⁸ (HELLER, 2000, p. 315).

Heller fornece os postulados iniciais para a identificação da Constituição como ordem concreta de valores e sua concepção será assimilada, mesmo com ressalvas, por estudiosos como Rudolf Smend (1985), Hsü Dau-Lin (1998), Karl Loewenstein (1975) e Konrad Hesse (1998; 2011), em suas respectivas teorias da mutação constitucional. Em vista de seu pensamento dialético, alavancar-se-á a consideração de referenciais externos (componentes da realidade fático-social) à continuidade e unidade do sistema jurídico e à efetividade das instituições do poder estatal.

¹²⁸ Nesse exercício interpretativo, Heller (2000, p. 315) reconhece na figura do jurista uma autorização - expressa ou tácita - para “interpretar os preceitos jurídicos de tal forma que tornam possível a estrutura ativa organizada estatal”.

A mutação constitucional passa a designar, nos moldes dinâmicos de seu pensamento, “a mudança que pode ultrapassar o conteúdo da Constituição normada” (PEDRA, 2013, p. 89) através de fissuras na delicada interação entre a realidade e a ordem normativa constitucional.

No entanto, há de advertir que o jurista pouco se deteve ao estudo do fenômeno informal, reduzindo tal esforço em refutar a vigência de um “direito de situação” (HELLER, 2000, p. 319) e reconhecer a impotência de se combater a ruptura constitucional quando as vontades de órgãos supremos descumprem suas obrigações juridicamente previstas.

3.2.2 A análise científica-espiritual de Rudolf Smend e a teoria da integração: a mutação constitucional contida no conceito de Constituição

Rudolf Smend (1985), sob forte influência dos estudos acerca da composição estatal moderna e da consequente base sociológica da Teoria da Constituição¹²⁹, torna-se um dos maiores expoentes constitucionalistas da República de Weimar (RAMOS, C. 2013, p. 139).

Na esteira de Hermann Heller, Smend teoriza o Estado como “um processo social contínuo” (CALDWELL, 1997, p. 133)¹³⁰, contribuindo para o desenvolvimento de um conceito dinâmico e de base dialética para a Constituição.

Refletindo o ápice da crise da Teoria do Estado e da Constituição na Alemanha de Weimar, tomada por uma verdadeira disputa de métodos jurídicos, o jurista propõe uma abordagem metodológica própria, rigorosamente antagônica ao “sincretismo metodológico tradicional” e às correntes jurídicas “tendentes a um monismo absolutamente inadequado” (SMEND, 1985, p. 123)¹³¹.

¹²⁹ Refere-se à clássica tendência da abertura do século XX, pautada na difusão das ideias de Lassalle sobre a Constituição real e a ausência de força normativa da Constituição jurídica ou Constituição “folha de papel”. Smend designa a definição de Constituição de Lassalle como a mais radical das vertentes sociológicas.

¹³⁰ A par de suas similitudes metodológicas, Caldwell (1997, p. 133) concebe a relevância de Heller e Smend nos seguintes termos: “*By conceiving of the state as an on-going social process, they reoriented constitutional law toward concrete problems of legal interpretation that took account of values, politics and the social context of decisions*”. Em tradução livre: “Por considerar o estado como um processo social contínuo, eles reorientaram o direito constitucional para problemas concretos de interpretação jurídica referentes aos valores, políticas e contexto social de decisões”.

¹³¹ Smend (1985, p. 123) adverte para os riscos de uma metodologia sincretista, que aglutina “elementos absolutamente dispares” de forma acrítica; e de posturas monistas¹³¹, que comumente incorrem na redução dos problemas estudados, gerando conclusões insuficientes ou carentes de justificação.

Em adição, aponta-se para a fundamental superação do neokantianismo como marco filosófico e, por conseguinte, da concepção teleológica do Estado (SMEND, 1985, p. 44). Não é por acaso que a teoria integrativa smendiana (*Integrationslehre*) desloca o núcleo da percepção do Estado de seus fins para a sua função integradora na relação dialética entre indivíduo e sociedade¹³².

Rudolf Smend (1985, p. 62) cria, portanto, o método científico-espiritual, cujo objeto é “o Estado enquanto parte da realidade espiritual”. O Estado existe e se desenvolve exclusivamente em um “processo de autointegração” (SMEND, 1985, p. 65), de contínua e permanente renovação.

A compressão de Estado denota um “fluxo circular” entre as tensões entre ser e dever-se, entre indivíduo e sociedade, entre o estático e o dinâmico. Tal particularidade decorre da essência das ciências do espírito, as quais só poderão compreender a composição de seu objeto de estudo a partir da articulação dialética destes. A aparente relação de oposição entre tais elementos revela um vínculo indissociável, pois somente através da estrutura dialética se adquire uma percepção global do que significa Estado.

Na mesma medida, a Constituição como ordenação jurídica do Estado compreende a “dinâmica vital” (SMEND, 1985, p. 132) na qual se desenvolve a vida estatal. Afinal, se o Estado é integração, a Constituição será “o ordenamento jurídico desta integração” (PEDRA, 2012, p. 89). Não obstante, sua análise não deve se restringir à mera estrutura anatómica das instituições constitucionais, nem ao caráter puramente mecanicista da doutrina precedente.

A integração pressupõe um fluxo dinâmico entre o reino atemporal e ideal da organização jurídica e a ordem temporal e concreta da vida social. Há, pois, um intercâmbio entre o “mundo do espírito” (SMEND, 1985, p. 65) - a realidade cultural - e o campo idealizado e abstrato que conduz tais realidades valorativas à nitidez jurídica; e, de forma inversa, entre a unidade positivada e a gama de possibilidades e funções próprias do espírito que atualizam e conferem continuidade à ordem jurídica.

Por oportuno, Smend assumirá uma ambiguidade da dinâmica estatal inerente à realização de valores tanto do espírito quanto de direito positivo, cada qual indispensável à plenitude do outro. Assim, a Constituição inerente à existência do Estado

¹³² Urrutia (2000, p. 120) enfatiza o deslocamento do indivíduo ao núcleo constitutivo do Estado, o que somente se explica partindo de uma noção dialética da natureza estatal, de modo que: “a realidade estatal não pode explicar-se isoladamente do indivíduo ou sobre a base de uma noção finalista do Estado”. No original: “*la realidad estatal no puede explicarse aisladamente desde el individuo o sobre la base de una noción finalista del Estado*”.

apresenta um aspecto dúplice: “enquanto direito positivo, a Constituição é norma, mas também realidade” (SMEND, 1985, p. 135).

Na doutrina smendiana, a integração é a “chave” da realidade estatal (SMEND, 1985, p. 64). E, uma vez que os elementos constitutivos essenciais do Estado estão dispostos na Constituição jurídica, é necessário inferir que a ordem constitucional é essencialmente integradora, exigindo por natureza a criação e renovação constantes da dinâmica constitucional.

Nesse sentido, escreve o autor: “unicamente é real na medida em que é atualizada permanentemente – ou melhor – na medida em que é reproduzida continuamente” (SMEND, 1985, p. 57). A solidificação da vida espiritual numa estrutura unitária por intermédio da Constituição somente é permitida em um fluxo contínuo.

Por ser um processo de concreção do espírito, da realidade latente, não se pode afirmar que suas etapas serão todas conscientes das transformações nas relações socioculturais vigentes. Apesar disto, a evolução proferida é sempre normada e criadora de valores (SMEND, 1985, p. 69).

De certa forma, ainda que a Constituição estabeleça uma barreira sólida e firme ante as forças sociais, é certo que elas se movem segundo suas próprias normas e, em determinadas circunstâncias, as normas jurídicas são incapazes de dominar de modo efetivo a distribuição e manejo do poder político (SMEND, 1985, p. 130). Como consequência, o jurista propõe que:

En la medida en que estas fuerzas son capaces de modificar la Constitución, son también fuerzas creadoras del Derecho, y han de ser incluidas, por tanto, en la teoría de las fuentes extraordinárias del derecho constitucional, dado que no son abarcadas por la teoría tradicional de las fuentes. (SMEND, 1985, p. 130)¹³³.

Todavia, há de ressaltar que, ao contrário da concepção de Heller, não é possível integração através de valores substantivos se não existirem também formas funcionais (SMEND, 1985, p. 92). Isto porque o conteúdo material da Constituição corresponde a três sistemas de integração – pessoal, funcional e material -, responsáveis pela garantia da articulação e da canalização do processo como um todo.

¹³³ Em tradução livre: “Na medida em que essas forças são capazes de modificar a Constituição, são também forças criadoras do Direito, e hão de ser incluídas, portanto, na teoria das fontes extraordinárias do direito constitucional, dado que não são abarcadas pela teoria tradicional das fontes.” (SMEND, 1985, p. 130)

Através da formação dos órgãos estatais e de sua atuação, manifesta-se a dinâmica do estado, produzindo a integração pessoal ou subjetiva; a partir do exercício de funções formais, em prol de um sentido coletivo, dá-se a integração funcional; e, mediante a concretização dos valores e elementos comuns à comunidade nacional, dá-se a realização da terceira modalidade, a integração material.

Inevitavelmente, o jurista conclui que a interdependência dos tipos de integração não afasta os cenários de predominância de um deles sobre os demais. Destarte, não é raro se deparar com hipóteses nas quais o triunfo inicial da forma integradora sobre a matéria se converta em triunfo dos valores comuns insurgentes ou dos atos da vida sociopolítica.

Consoante os apontamentos levantados, para que tenha vigência efetiva na vida política a Constituição deve atentar para a enorme gama de impulsos e motivações sociais da dinâmica política, integrando-os progressivamente (SMEND, 1985). Tanto porque os artigos da Constituição não conseguem abarcar a totalidade de elementos que atuam no grande dinamismo da vida estatal, quanto porque pretendem inspirar e estimular a capacidade integradora e a ação conjunta de toda a comunidade política.

Nesses casos, a função integradora inerente às normas constitucionais e à natureza valorativa do espírito realiza a pretensão constitucionalista com maior plenitude (e com maior fidelidade) do que o intuito exaustivo de regular a vida constitucional.

Segundo Rudolf Smend (1985, p. 133), isso reflete diretamente na hermenêutica constitucional, visto que a natureza da Constituição exige do intérprete uma “interpretação extensiva e flexível”. Para o autor, as fórmulas constitucionais se caracterizam justamente por sua elasticidade e correspondente “capacidade autotransformadora e supletiva de suas próprias lacunas” (SMEND, 1985, p. 134).

Embora discorde com a identificação dos casos expostos por Jellinek como mutações constitucionais e negue a eles o caráter de autorrealização do processo integrado, Smend entende que o ato fundacional deve ser renovado e que um caminho livre para a integração constitucional através de disposições normativas concretas pode ser válido desde que tais disposições não sejam contumazes ou ultrapassem o âmbito promovido pela Constituição¹³⁴.

¹³⁴ “La viabilidad es una característica central de la Constitución y también lo es, por tanto, la posibilidad de su mutación” (URRUTIA, 2000, p. 124). Em tradução livre: “A viabilidade é uma característica central da Constituição e também o é, portanto, a possibilidade da mutação”

Na teoria integrativa de Rudolf Smend, a mutação constitucional é, pois, um fenômeno inerente ao conceito de Constituição. Abandonando a roupagem de problema jurídico, ou até mesmo sociológico, a mutação é acolhida como componente e consequência do processo de renovação e continuidade da vida estatal regida pela Constituição. Como indica Urrutia (2000, p. 123): “Smend considera que a Constituição contém os elementos para sua própria transformação por via da mutação constitucional”.

Ao regular o processo de integração e estabelecer uma ideia de movimento contínuo entre as forças sociopolíticas, a Constituição dá margem à sua própria alteração, seja ela formal ou informal. Além do mais, enquanto realidade dinâmica, a Constituição exige uma interpretação que frequentemente fomenta a mutação.

3.2.3 A sistematização da mutação constitucional na obra de Hsü Dau-Lin

A crise política de Weimar, previamente dissecada, dispôs de uma nova fase na concepção de Estado Constitucional marcada pelas lutas entre os resquícios do positivismo e as tendências exacerbadas de uma socialização do Direito Constitucional. Os seus resultados começavam a ser contemplados com vigor na década de 30, contudo perdem espaço diante da ascensão do *III Reich*, em 1933.

Hsü Dau-Lin (1998), para mais que discípulo de Rudolf Smend, aborda toda a construção teórica sobre a mutação constitucional existente na época, sintetizando-a e sistematizando-a, para enfim propor um modelo classificatório. O jurista chinês imbuí-se de sua condição de “observador externo ao direito ocidental” (URRUTIA, 2000, p. 125), lançando, em 1932, obra essencial à compreensão do fenômeno. Nos termos de Pablo Verdú (1998, tradução nossa), em prefácio à edição espanhola, os escritos de Dau-Lin alcançariam o patamar de “melhor estudo, sobre as mutações constitucionais”¹³⁵ que viera a conhecer.

Embasado na teoria da integração e na concepção dinâmica de seu mentor, Dau-Lin (1998, tradução nossa) reconhece como fundamento último da mutação constitucional a natureza vital do Estado, perante a qual as mutações são “queridas e favorecidas pela própria Constituição”¹³⁶. A necessidade política, as exigências e

¹³⁵ “Escribió, a mi juicio, el estudio mejor, sobre las mutaciones constitucionales, que conosco” (VERDÚ, 1998, p. 7).

¹³⁶ “No obstante, las mutaciones constitucionales no sólo son algo impuesto forzosamente por el Estado en cuanto realidad vital de la Constitución como su regulación jurídica, sino que son en parte queridas y favorecidas por la Constitución misma”. (DAU-LIN, 1988, p. 163). Em tradução livre: “Não obstante, as

expressões da vitalidade do Estado ensejam alterações de preceitos já existentes e a construção de novos a fim de complementar as normas constitucionais.

Encadeado a este entendimento, sublinha a “singularidade valorativa do direito constitucional” (DAU-LIN, 1998, p. 166) – “algo não previsto pela normatividade constitucional vigente, senão desenvolvido pela realidade da vida estatal como necessária”¹³⁷ (VERDÚ, 1998, tradução nossa) – como consequência inerente à natureza da Constituição enquanto sistema em constante aperfeiçoamento; como motivação da interpretação elástica e integradora, defendida por Smend; e, por fim, como sustentáculo da natureza jurídica da mutação constitucional, que não seria nada mais senão direito¹³⁸.

Conforme aduz Dau-Lin (1998, p. 29) a mutação constitucional designa a “incongruência existente entre as normas constitucionais por um lado e a realidade constitucional por outro”. Para ele, a problemática limita-se à existência de Constituições rígidas e questiona a validade do direito escrito em sua capacidade de conduzir a ordem na realidade vital do Estado, considerando tanto a incapacidade das normas constitucionais de abarcar a vida estatal em sua totalidade quanto a eventualidade de que a realidade para a qual emanaram as normas originárias não coincida com estas futuramente.

No caso de países sem Constituição escrita, a vida estatal real é a Constituição, motivo pelo qual o autor considera não ser possível falar em tensão entre o direito e os preceitos reais da unidade política e ordem social. Já no caso das Constituições formais flexíveis - nas quais a ordem constitucional pode ser transformada através do percurso legislativo ordinário -, apesar de notável, a tensão entre as normas escritas e a situação real dificilmente atingiria níveis acentuados.

É justamente a partir do enquadramento da mutação constitucional como “relação incorreta” (DAU-LIN, 1998, p. 31) entre normas e a realidade no âmbito constitucional que o jurista apresenta sua distinção sobre as classes do fenômeno. Em sua obra clássica, Dau-Lin sistematiza seu modelo de classificação da seguinte forma:

mutações constitucionais não são algo apenas necessariamente imposto pelo Estado enquanto realidade vital da Constituição como sua regulação jurídica, mas são em parte queridas e favorecidas pela própria Constituição”.

¹³⁷ “*Algo no previsto por la normatividad constitucional vigente, sino desarrollado por la realidad de la vida estatal como necesaria*” (VERDÚ, 1998, p. 11).

¹³⁸ Os tratamentos até então acumulados sobre mutação constitucional, ora como direito consuetudinário, ora como direito flexível ou direito dispositivo, ora como simples consequências de normas convencionais (inferiores às normas jurídicas), ou, ainda, como simples fato, incompreensível juridicamente, não expressavam o real problema tangente à natureza do fenômeno (DAU-LIN, 1998, p. 24).

QUADRO 02 - Quadro classificatório de Hsü Dau-Lin, demonstrando a relação entre norma e realidade.

Relação entre norma e realidade: o direito constitucional e sua validade					
Congruência entre norma e realidade: validade do direito constitucional		Incongruência entre norma e realidade: Mutações da Constituição			
A realidade segue à norma: validade normal do direito constitucional	A norma segue à realidade: reforma da Constituição	Realidade sem norma: prática que formalmente não viola a Constituição	Norma sem realidade: impossibilidade de exercer direitos estatuidos pelas normas	Norma com realidade: relação incorreta entre ambas	
				A realidade contradiz a norma: prática inconstitucional	A realidade deturpa a norma e a reinterpreta: a mutação interpretativa

Fonte: DAU-LIN (1998, p. 31)

Antes de adentrar na análise pormenorizada dessas categorias, vale relembrar o trajeto da mutação constitucional: 1. Em Laband, o fenômeno é descrito com perplexidade por escapar dos moldes positivos da ordem constitucional de modo que o autor renuncia uma sistemática de classificação e se restringe a comentários em casos pontuais na experiência constitucional do *II Reich*; 2. Em Jellinek promove um progresso importante ao identificar a mutação constitucional na prática interpretativa dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, distinguindo-a da mutação por desuso, daquela em prol das lacunas constitucionais e das que operam mediante a prática convencional; 3. Já em Heller, a mutação é uma manifestação própria da interação normalidade e normatividade e está imersa na Constituição, porém não houve aprofundamento em classes ou circunstâncias específicas do fenômeno; e 4. Em Smend, as possibilidades de mutação correspondem aos tipos de integração, ressaltando que podem ocorrer fora do direito constitucional caso situadas no campo dos atos espontâneos sociais.

Sem embargos, Dau-Lin sugere quatro classes de mutações. A primeira classe concerne aos casos nos quais a mutação constitucional será produzida mediante prática estatal que não contradiz formalmente o texto constitucional¹³⁹. Em detalhes, a tensão observada entre o ser e o dever-ser decorre de uma situação real que não corresponde ao

¹³⁹ O direito constitucional imperial fornece diversos exemplos, alguns já elencados neste trabalho, como a iniciativa imperial junto ao *Bundesrat* através do Chanceler do *Reich* (também representante da Prússia), embora a composição da casa parlamentar em questão somente se referisse aos membros da Federação; e a conversão do cargo de substituto do Chanceler (instituto originalmente facultativo) para o de subministro do *Reich* (de caráter permanente) dada a necessidade política de redimensionar as responsabilidades da direção do Governo.

desenho da Constituição. Nestas hipóteses, um artigo concreto é ignorado ou se contradiz certa prescrição constitucional, pois se depara com relações jurídicas não reguladas por um preceito constitucional (DAU-LIN, 1998).

Trata-se de uma implicação própria do conjunto integrativo da Constituição – aludindo à interpretação sistemática de suas normas -, que permite e aglutina o resultado da prática constitucional, ainda que contradiga isoladamente certos preceitos nela positivados¹⁴⁰.

A segunda classe diz respeito à mutação constitucional pela eventual impossibilidade de exercício de competências de poder previstas constitucionalmente. Certamente, a situação fática sobreveniente implica no decaimento de uma atribuição constitucional e, nesta medida, “o direito que atribuem os artigos constitucionais a certos sujeitos se perde ante a impossibilidade de exercê-los, de modo que estes artigos da Constituição agora já não correspondem à realidade jurídica”¹⁴¹ (DAU-LIN, 1998, tradução nossa).

Sabe-se que Jellinek apontou para tal categoria sob a nomenclatura de mutação constitucional por desuso, o que Dau-Lin alega como equívoco já que a realidade e a existência do direito inscrito no texto constitucional não se transformam pelo desuso em si, mas pela impossibilidade de cumprir suas disposições, isto é, porque sua aplicação prática é impossível. O desuso é somente uma das causas que configura a impossibilidade.

O critério determinante para a análise desse tipo de mutação constitucional está na sua vigência social. Se uma norma perde sua validade no campo da realidade jurídico-material, não cabe falar em existência. Isto posto, a aplicação de uma norma considerada materialmente obsoleta, ainda que formalmente existente, conduziria a uma situação antijurídica ou inconstitucional¹⁴² (URRUTIA, 2000, p. 128).

¹⁴⁰ É também dizer que, incorporando a noção smendiana de totalidade da Constituição, Dau-Lin rejeita a hipótese de mutação constitucional a partir de uma lacuna constitucional, defendida na lição de Jellinek. Segundo o jurista chinês, a noção de lacuna infere um “conceito formalista de Constituição” (URRUTIA, 2000, p. 127), enquanto o fenômeno da mutação surge da existência de uma nova situação jurídica que não corresponde ao sentido vigente de certo dispositivo constitucional, mas que provoca a modificação de um princípio inerente à unidade de sentido do sistema de normas constitucionais.

¹⁴¹ “*El derecho que atribuyen los artículos constitucionales a ciertos sujetos se pierde ante da impossibilidade de ejercerlos, de modo que esos artículos de la Constitución ahora ya no corresponden a la realidad jurídica.*” (DAU-LIN, 1998, p. 36).

¹⁴² Retoma-se o exemplo francês sobre o poder de dissolução da Câmara dos Deputados pelo Presidente da República (DAU-LIN, 1998). O artigo 5º da Constituição de 1791 estabelecia ao Chefe do Executivo um meio de contrapor a onipotência do Parlamento a fim de que desempenhasse a direção do Estado de forma plena sem se reduzir a posição meramente decorativa, nem fadar as disposições constitucionais sobre o Executivo ao *status* de letra morta. Contudo, apesar da tentativa a posição jurídica do Presidente assumiu caráter simbólico. Por consequência, o direito de dissolução, exercido unicamente em 1887, não veio a ser mais aplicado, deixando de existir na realidade constitucional francesa. Nota-se que qualquer intento de

Para Hsü Dau-Lin, são também mutações constitucionais aquelas originadas de práticas em clara contradição com o texto constitucional. Diante dos postulados constitucionalistas, a terceira classe apresenta-se como a mais problemática dessas espécies de mutações estudadas.

A tensão entre o ser e o dever-ser é inequívoca e claramente observada mediante a chamada “reforma material da Constituição”; através da legislação infraconstitucional; ou por regulamentos internos dos órgãos estatais superiores; ou, ainda, pela efetiva prática administrativa (DAU-LIN, 1998, p. 97).

As reformas materiais da Constituição são prontamente definidas por Dau-Lin (1998, p. 75) como um “produto artificial” próprio da prática constitucional alemã – excessivamente utilizado no período imperial e herdado pela cultura constitucional de Weimar. Para caracterizar esta modalidade de mutação, é essencial que se observem os requisitos solenes para o trâmite de uma reforma formal da Constituição, porém sem a correspondente modificação expressa no texto constitucional¹⁴³.

Dau-Lin (1998, p. 78 e ss.) sustenta a existência de três formas de reformas materiais descritas pela bibliografia alemã: a) a “expressa ou explícita”, cuja lei que lhe é produto contém cláusula expressa sobre a sua aprovação com o *quórum* agravado e com conteúdo contrário à Constituição (cláusula de publicação); b) a “não expressa ou silenciosa”, aquela que apesar de comprovada a contrariedade com as normas constitucionais e a solenidade do processo de câmbio não é expressa em seu corpo textual; e c) a “eventual ou inconsciente”, cujo conteúdo é contrário à Constituição, mas cuja comprovação dos critérios solenes só podem ser atestados após o transcurso do processo legislativo.

Vale apontar que apenas a primeira modalidade seria aceita pela doutrina alemã¹⁴⁴, tendo as duas últimas sido reputadas como inválidas posto que pouco se distinguem das leis meramente inconstitucionais – que buscam o quebrantamento da Constituição.

restauração deste instituto pautada na literalidade do texto constitucional restaria em artifício antijurídico, visto que violaria a consolidação do sistema de princípios constitucionais adotado na prática francesa.

¹⁴³ Considerando a título de exemplo que, na República de Weimar (Artigo 76), se exigia o quórum de dois terços dos membros presentes na sessão de votação, uma lei aprovada com dita anuência e cujas disposições não fossem incorporadas ao documento constitucional configuraria uma reforma material da Constituição.

¹⁴⁴ O problema das reformas materiais da Constituição perde muito de sua relevância em 1924, como resultado da crítica da literatura pós-guerra. A partir de então, estabeleceu-se a exigência da publicação da lei de reforma junto ao texto constitucional (DAU-LIN, 1998).

A mutação derivada de prática desconforme à previsão constitucional é um dos principais riscos em sistemas não adeptos do exame de constitucionalidade ou nos quais carecem instâncias especiais para o seu exercício. A Constituição deixa de prolongar seus *status* de legislação superior e cede desproporcionalmente aos vitoriosos nos dilemas concretos entre as instituições dos Poderes.

Por último, refere-se à mutação constitucional mediante interpretação como quarta classe do fenômeno. Quanto à categoria, Dau-Lin (1998, p. 45) afirma que ocorre “particularmente quando os preceitos constitucionais somente se interpretam segundo considerações e necessidades que mudam com o tempo sem atender particularmente ao texto fixo da Constituição”¹⁴⁵ ou independente do sentido originário estipulado pelo constituinte às normas constitucionais.

O que se infere da Constituição como direito sofrerá a alteração do tempo no seu campo de incidência, dado que o alcance pleno de seus preceitos – principalmente aqueles de formulação essencialmente abstrata – demanda aplicação em circunstâncias distintas daquelas antes imaginadas (DAU-LIN, 1998).

Essa classe de mutação constitucional permite que uma norma tenha alcance restrito ou estendido, desde que a diminuição de sua força efetiva isolada seja coerente à interpretação do sistema constitucional em sua integralidade. Ademais, rejeita qualquer tipo de infração a preceito constitucional explícito, visto que não caberia, então, falar em interpretação. Por tal razão, deve-se atentar à possibilidade de “manipulação consciente” dessa modalidade de mutação (DAU-LIN, 1998, p. 99).

A respeito das mutações constitucionais mediante interpretação, o jurista assinala que são fenômenos muito frequentes nos Estados Unidos da América¹⁴⁶, embora sejam raras ou pouco desenvolvidas em outros Estados constitucionais. O que não necessariamente significa dizer que seja um fenômeno exclusivo da experiência norte-americana, mas indica que as mutações constitucionais são produzidas de outro modo nos demais Estados.

Segundo Dau-Lin, a interpretação transformadora da Constituição (“*transformations*”) assume papel significativo no processo de alteração constitucional

¹⁴⁵ “[...] particularmente cuando los preceptos constitucionales sólo se interpretan según consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo sin atender particularmente al texto fijo de la Constitución [...]” (DAU-LIN, 1998, p. 45)

¹⁴⁶ Hsü Dau-Lin (1998, p. 101) adverte que a tentativa de generalizar essa modalidade do fenômeno não seria correta. No original: “*Pero, sin embargo, no sería completamente correcto querer generalizar demasiado este fenómeno*”.

na experiência norte-americana em virtude de três fatores: a) a enorme dificuldade no procedimento formal de reforma; b) a capacidade dos juízes de controlar a constitucionalidade de lei; e c) a grande importância da decisão judicial no sistema jurídico americano (DAU-LIN, 1998, p. 90 e 91).

Em síntese, a experiência constitucional norte-americana seria definida pelo fato de que “o texto da Constituição segue inalterável, enquanto que a vida social e política da nação progride de maneira imparável, e por isso, para que a Constituição não perca seu sentido e seu significado há que recorrer à interpretação”¹⁴⁷ (DAU-LIN, 1998, tradução nossa).

A dificuldade de alteração formal (“*amendments*”) da Constituição americana, considerada “a mais rígida das constituições escritas”¹⁴⁸ (DAU-LIN, 1998, tradução nossa), estimula a interpretação como o caminho mais natural para manter a relação direta e viva entre Constituição e comunidade estatal. E, apesar de a interpretação constitucional não ser exclusiva dos tribunais, a autoridade destes na questão constitucional é preponderante no sistema de precedentes desenvolvido nos Estados Unidos.

Neste contexto, o grande dilema transfere residência da interpretação constitucional e seus pormenores para legitimação da interpretação por via judicial no Estado Constitucional de Direito (RAMOS, C. 2013).

Criticando fortemente a lógica do positivismo dogmática sobre as mutações constitucionais e a cômoda fórmula da separação entre direito constitucional e política para encobrir as insuficiências técnicas da investigação de seus precedentes, Hsü Dau-Lin rejeita o tratamento da mutação como problema jurídico, como desdobramento do direito consuetudinário, ou, ainda, como infração ou ruptura efetiva do direito constitucional positivo.

Para o autor, a questão da mutação constitucional não se prende tão somente à mera suplantação fática da norma constitucional. A Constituição é a universalidade ideal ou o sistema ideal de sentido que configura normatividade a existência legítima do Estado e, por isso, compreende a vida jurídica e sociopolítica estatal. A autoridade suprema da Constituição é a essência da permanência do Estado.

¹⁴⁷ “[...] *el texto de la Constitución siegue inalterable, mientras que la vida social y política de a nacion progresa de manera imparable, y por eso, para que la Constitución no perda su sentido y su significación hay que recurrir a la interpretación.*” (DAU-LIN, 1998, p. 99)

¹⁴⁸ “*Así se há calificado a la Constitución americana a menudo justamente por la dificultad de su reforma considerándola la **más rígida** de las Constituciones escritas*” (DAU-LIN, 1998, p. 90) (Grifo do autor).

No entanto, é impossível que a Constituição contenha a regulação completa das relações estatais possíveis, porquanto as normas constitucionais são esquemáticas (com formulações pouco claras ou ambíguas) e a sua interpretação deve proceder de forma elástica. Não obstante, a elasticidade das normas constitucionais e a aplicação de suas fórmulas dilatórias somente importarão em alterações validadas se coerentes ao valor de “autofinalidade do Estado”, isto é, de autoconservação do Estado (DAU-LIN, 1998, p. 160).

Naturalmente, Hsü Dau-Lin conclui que as mutações constitucionais não representam momentos de crise quer seja para a Teoria do Estado quer seja para o Direito Constitucional (PEDRON, 2012). Como práticas efetivas de adaptação da ordem constitucional ao seu objeto de regulação - a realidade da vida estatal –, elas integram o conceito de Constituição (DAU-LIN, 1998).

Isto remonta à denominada “tríplice especificidade” da Constituição (DAU-LIN, 1998, p. 163 e ss.). A primeira especificidade diz respeito ao choque existente entre a permanente incompletude das normas constitucionais frente às exigências vitais do Estado e a elasticidade de sua normatização. Já a segunda, atine ao reconhecimento da autofinalidade do Estado como critério que lhe diferencia dos demais objetos de regulação normativa, visto que o cumprimento das tarefas estatais como realidade vital podem deixar de corresponder ao conteúdo de normas constitucionais fixas. E, por fim, a terceira denota um dos principais problemas na autogarantia da Constituição, qual seja: a ausência de uma instância ou órgão capaz de controlar a concordância entre a atividade vital do Estado e a sua Constituição.

É certo que cada um desses aspectos favorece e justifica a produção de mutações constitucionais. Todavia, o jurista chinês alerta que, seja por causas humano-psicológicas e/ou de técnica legislativa, as mutações somente ocorrem em raras ocasiões¹⁴⁹, em especial quando o processo de reforma constitucional é infrequente¹⁵⁰ (DAU-LIN, 1998).

¹⁴⁹ “*Causas humano-psicológicas y de técnica legislativa producen, juntas, el efecto que la mutación de la Constitución sólo ocurre en raras ocasiones. Así se comprueba en la práctica de los Estados Unidos, en Francia y en el Imperio alemán.*” (DAU-LIN, 1998, p. 163). Em tradução livre: “Causas humano-psicológicas e de técnica legislativa produzem, juntas, o efeito de a mutação da Constituição somente ocorre em raras ocasiões. Assim, comprova-se na prática dos Estados Unidos, na França e no Império alemão.”

¹⁵⁰ “*Cuando una reforma de la Constitución es infrecuente entonces allí se dan mutaciones constitucionales*” (DAU-LIN, 1998, p. 163). Em tradução livre: “Quando uma reforma da Constituição é infrequente, então ali se dão mutações constitucionais”.

3.3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO ONTOLÓGICA DE KARL LOEWENSTEIN

O período subsequente à crise de Weimar reflete um novo momento de transição na história constitucional alemã. Em 1933, a ascensão do partido Nacional Socialista, consolidada através da investidura do gabinete de Adolf Hitler na liderança do país, marca o início de um caótico processo de reconstrução constitucional.

Karl Loewenstein (1937; 1975) destaca-se como bibliografia fundamental para a compreensão das particularidades desse momento constitucional, elegendo como objetos da sua análise as incompatibilidades e incongruências entre a ideologia ditatorial nazista e a tentativa doutrinária de preservar o status de legitimidade dos atos estatais diante da Constituição de Weimar – ainda que apenas formalmente vigente.

Além disso, é responsável por tratar da formação de uma Teoria da Constituição autônoma da Teoria Geral do Estado, em cujo conceito ontológico de Constituição se incorpora o fenômeno das mutações constitucionais como um mecanismo natural, embora o autor alerte para o seu potencial perigo (PEDRON, 2012).

Loewenstein (1975, tradução nossa) elege como ponto de partida a trajetória da Constituição como “dispositivo fundamental para o controle do processo do poder”¹⁵¹. Ao apontar que a sociedade estatal encontra-se permeada por convicções comuns e formas de conduta que lhe orientam, a racionalização dos processos de poder é realizada através de um sistema de regras fixas: as normas constitucionais.

A Constituição extrai, consciente ou inconscientemente, os fundamentos de legitimação do poder através de princípios derivados dos costumes e da consciência nacional da sociedade. As relações entre os detentores e os destinatários de poder ocorrem sob o escopo desses princípios.

Na lição de Loewenstein (1975, p. 26-27), o poder é fundamentalmente uma “relação sociopsicológica” baseada no efeito recíproco entre os que detêm e exercem o poder – “detentores do poder” – e aqueles aos quais será dirigido – os “destinatários”. No seio da sociedade estatal, as decisões de poder são tomadas por autoridades autorizadas juridicamente ao seu exercício e cujos atos desempenham um controle social efetivo devido à sua obrigatoriedade.

¹⁵¹ “La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder.” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 149).

Segundo o autor, a designação de democracia constitucional a um sistema político “depende da existência ou carência de instituições efetivas” na promoção e garantia da distribuição do exercício do poder político e do controle dos detentores desse poder perante os respectivos destinatários – os “detentores supremos do poder”¹⁵² (LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa).

Pedron (2012, p. 121) acrescenta que o Estado moderno que deseja o *status* de democrático tem “um importante papel de equilibrar as distintas expressões desse poder dentro da sociedade, garantindo o livre desenvolvimento da personalidade humana”. Isto porque a concepção de poder aqui está empregada como um “conceito estritamente neutro”, sobre a qual não se operam valorações de juízo moral – ou seja, a sua expressão “em si, eticamente, não é nem boa nem má”¹⁵³ -, pois relevantes apenas sua existência e desenvoltura nas relações que configuram a sociedade¹⁵⁴ (LOEWENSTEIN, 1975, p. 26).

Nesse diapasão, o sentido ontológico da Constituição é definido da seguinte forma:

La totalidad de estos principios y normas fundamentales constituye la constitución ontológica de la sociedad estatal, que podrá estar o bien enraizada en las convicciones del pueblo, sin formalización expresa – constitución en sentido espiritual, material – o bien podrá estar contenida en un documento escrito – constitución en sentido formal -. (LOEWENSTEIN, 1975, p. 150-151)¹⁵⁵.

A desconfiança histórica na autolimitação voluntária contra o abuso de poder instiga a conclusão de que os princípios norteadores podem ser englobados inconscientemente e, ainda assim, as instituições de controle devem ser criadas ordenadamente e incorporadas de forma consciente ao processo do poder. Destarte, tanto

¹⁵² “*La clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder.*” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 149)

¹⁵³ “[...] *el poder está empleado como un concepto estrictamente neutral, funcional y libre de cualquier valoración. El poder hace exclusivamente a una situación o relación de hecho que en sí, eticamente, no es ni buena ni mala.*” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 26).

¹⁵⁴ Considera-se, portanto, a sociedade como “um sistema de relações de poder cujo caráter pode ser político, social, econômico, religioso, moral, cultural ou de outro tipo” (LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa). No original: “[...] *la sociedad es un sistema de relaciones de poder cuyo carácter puede ser político, social, económico, religioso, moral, cultural o de otro tipo.*” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 26).

¹⁵⁵ Em tradução livre: “A totalidade destes princípios e normas fundamentais constitui a constituição ontológica da sociedade estatal, que poderá estar ou bem enraizada nas convicções do povo, sem formalização expressa – constituição em sentido espiritual, material – ou bem poderá contida em um documento escrito – constituição em sentido formal -.” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 150-151)

a limitação do poder quanto a fixação de uma justificativa legítima para as autoridades estatais compõem o significado de uma Constituição ou o seu *telos* ideológico específico.

Em outros termos, Loewenstein aponta complementarmente duas significações ideológicas da Constituição. A primeira atinente à possibilidade de que os destinatários do poder exerçam controle social absoluto de seus dominadores, enquanto a segunda diz respeito à legítima participação dos destinatários no processo de poder, seja através da técnica de representação popular e/ou por mecanismos diretos.

Efetivamente, o processo de racionalização constitucional através da figura da Constituição escrita oferece um marco de “completa democratização do poder político”¹⁵⁶ (LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa). Ao torna-se símbolo da consciência nacional, da autodeterminação e independência do poder político como expressão da vontade popular, a Constituição escrita toma para si os fundamentos para a própria criação e existência do Estado e do poder.

O autor assinala que ao alcançar o tema sobre os requisitos da formalização geral de uma ordem constitucional, os debates constitucionalistas concordavam com a noção de um “mínimo irreduzível de uma autêntica Constituição”¹⁵⁷ (LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa), formado: 1) pela diferenciação das diversas tarefas estatais e designação a diferentes órgãos estatais, evitando a centralização e monopólio de poder; 2) por mecanismos de cooperação entre os diversos detentores de poder, bem como dispositivos de freios e contrapesos; 3) por mecanismos que garantam o constitucionalismo democrático, pautado no postulado de que o árbitro supremo dos conflitos entre os detentores do poder é o eleitorado soberano; 4) por um método prévio de adaptação pacífica da ordem fundamental às condições sociopolíticas mutáveis; e 5) pelo reconhecimento expresso de esferas de autodeterminação individual e a sua respectiva proteção frente a intervenção dos detentores do poder.

À vista disso, a constitucionalização escrita da organização estatal contemporânea presta, em essência, homenagem à legitimidade democrática do exercício do poder. Contudo, a apropriação da forma constitucional torna-se presente até mesmo em regimes autocráticos cuja ideologia marcante pretende utilizar da Constituição como instrumento simbólico de legitimação, convertendo-a frequentemente para subverter as

¹⁵⁶ “La constitución escrita ofreció el marco dentro del cual se alcanzó en generaciones posteriores la completa democratización del proceso del poder político.” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 160).

¹⁵⁷ “Los siguientes elementos fundamentales están considerados como el mínimo irreducible de una auténtica constitución [...]” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 153)

restrições ao exercício do poder. Sendo assim, Loewenstein (1975, tradução nossa) atenta que “uma constituição formal não constitui um Estado, exceto no sentido literal mais estrito, um verdadeiro Estado constitucional”¹⁵⁸.

A associação direta entre a adoção de um documento escrito e a legitimação do Estado conduz à noção de que a melhor Constituição possível, nos termos do autor, seria a decorrente de “maior consenso e elaborada de forma meticulosa”¹⁵⁹ (LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa).

A Constituição apresenta a situação de “equilíbrio temporal entre as forças sociais que participam em seu nascimento”¹⁶⁰ (LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa), de modo que o momento de criação constitucional contém o esforço de mútua acomodação dos interesses existentes na sociedade. Justamente por essas exigências que um tipo ou identidade constitucional ideal além de ser dificilmente alcançado não se encaixaria adequadamente em todos os Estados, uma vez que cada período histórico produz dificuldades particulares a cada sociedade à qual se referem.

A premissa teórica de uma constituição ideal não subsiste, pois:

Cada constitución integra, por así decirlo, tan sólo el status quo existente en el momento de su nacimiento, y no puede prever el futuro; en el mejor de los casos, cuando este inteligentemente redactada, puede intentar tener en cuenta desde el principio, necesidades futuras por medio de apartados y válvulas cuidadosamente colocados, aunque una formulación demasiado elástica podría perjudicar a la seguridad jurídica. (LOEWENSTEIN, 1975, p. 164)¹⁶¹

A adequação do direito constitucional à realidade constitucional é inevitável. Seguindo a vertente sociológica, Loewenstein (1975, tradução nossa) também entende a Constituição como um “organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida”¹⁶², submetida à dinâmica das relações reais do poder.

¹⁵⁸ “Una constitución formal no hace en absoluto a un Estado, salvo en la más estricta significación literal, un auténtico Estado constitucional.” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 161).

¹⁵⁹ “[...] la constitución del Estado liberal, democrático y con una estructura pluralista, se observa que aun la mejor constitución – esto es, aquella que goza del mayor consenso y que ha sido elaborada de forma más cuidadosa – [...].” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 163).

¹⁶⁰ “La constitución presenta la situación de equilibrio temporal entre las fuerzas sociales que participan en su nacimiento, tal como están ‘representadas’ a través de los partidos políticos.” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 163).

¹⁶¹ Em tradução livre: “Cada constituição integra, por assim dizer, tão somente o status quo existente no momento de seu nascimento, e não pode prever o futuro; no melhor dos casos, quando está inteligentemente redigida, pode tentar ter em conta desde o princípio, necessidades futuras por meio de seções e válvulas cuidadosamente colocadas, embora uma formulação demasiadamente elástica poderia prejudicar a segurança jurídica.” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 164).

¹⁶² “Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma [...].” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 164).

Ao tratar das alterações da Constituição, reconhece no processo de reforma constitucional um significado formal e um material (LOEWENSTEIN, 1975). No sentido formal, designa a modificação do texto cujo resultado marcará a troca de Constituição. Ocorre, pois, uma ruptura total com a ordem constitucional vigente, produzindo um novo texto fundamental. Já no sentido material, o resultado do procedimento é uma emenda constitucional, neste processo específico participam os detentores do poder previstos pela Constituição, com ressalvas técnicas e de conteúdo. Neste ponto, ocorre uma ruptura parcial para atualizar os dispositivos constitucionais.

No que tange à mutação constitucional, o autor elabora o seguinte conceito:

En la mutación constitucional, por otro lado, se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto. (LOEWENSTEIN, 1975, p. 164)¹⁶³

À semelhança de Hsü Dau-Lin, Loewenstein reconhece que este tipo de alteração constitucional é particular dos Estados dotados de Constituição escrita. Todavia, ao contrário daquele, infere que as mutações constitucionais são bem mais frequentes do que as reformas constitucionais.

O alemão sustenta que a frequência e intensidade das alterações via mutação representam um risco potencial de que o texto constitucional vigente seja por elas “dominado e encoberto”¹⁶⁴ (LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa).

De outro lado, não é possível evitá-las completamente ou perderá sua eficácia. Isto ocorre em razão do amplo espaço de ação do qual derivam as mutações constitucionais, posto que, em todo Estado que adote uma constituição escrita, junto ao direito positivo, “se forma um direito não escrito refletido principalmente na conduta de fato dos órgãos estatais” (LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa)¹⁶⁵.

Em contrapartida, em Estados como a Inglaterra, cuja cultura constitucional não se consolida em um único documento escrito, os conceitos de reforma e de mutação

¹⁶³Em tradução livre: “Na mutação constitucional, por outro lado, produz-se uma transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que a referida transformação seja atualizada no documento constitucional: o texto da constituição permanece intacto.” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 165)

¹⁶⁴“Su frecuencia e intensidad es de tal orden que el texto constitucional en vigor será dominado y cubierto por dichas mutaciones [...]” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 165)

¹⁶⁵ “[...] se forma un derecho no escrito reflejado sobre todo en la conducta de hecho de los órganos estatales.” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 166).

constitucionais coincidem. O direito constitucional inglês desenvolve-se através de convenções constitucionais ou regras convencionais, cuja adaptação à realidade é mais elástica. Assim, vale pontuar que: “essas convenções constitucionais elásticas têm o mesmo grau de realidade constitucional como se fossem fixadas formalmente como proposições jurídicas em um documento”¹⁶⁶(LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa).

Embora não se tratem de reformas constitucionais propriamente ditas, surge a problemática sobre a utilização de instrumentos de modificação a fim de desviar as convenções constitucionais existentes ou de decisões políticas fundamentais que se encontram em vigor. Segundo Loewenstein, uma teoria minoritária advogava pela exigência de autorização ou confirmação posterior pelo eleitorado popular das modificações das regras convencionais popular, haja vista que o princípio do Estado democrático prevê a titularidade do povo para tomar as decisões políticas fundamentais.

A vertente em questão não se revelou tão atrativa devido à dificuldade de sua implementação. Além disso um dado empírico a desencorajava: a constatação de que modificações majoritárias em convenções constitucionais continuavam vigentes ainda que não fossem ratificadas pela população.

Sobre a experiência norte-americana, o autor destaca como a interpretação judicial adquiriu papel central na adaptação das disposições constitucionais às relações sociais cambiantes. É relevante notar que a competência do controle judicial de constitucional desenvolve-se através de uma construção interpretativa sobre princípio constitucional implícito e, ao se enraizar na cultura americana, torna-se também norma constitucional não escrita, somente passível de eliminação por emenda constitucional (LOEWENSTEIN, 1975).

As circunstâncias que fundaram a ordem constitucional estadunidense fomentam uma firme distribuição de competências. No entanto, ao tratar da possibilidade de alteração da amplitude de poderes de uma instituição ou órgão estatal através de uma mutação via interpretação judicial, deve-se atentar à possibilidade de que o almejado equilíbrio entre os Poderes se torne mais delicado.

Já na experiência francesa, observa-se o uso constitucional como fenômeno que desencadeia a anulação de uma proposição jurídica constitucional expressa,

¹⁶⁶ “*Estas elásticas convenciones constitucionales tienen el mismo grado de realidad constitucional que si estuviesen fijadas formalmente como proposiciones jurídicas en un documento.*” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 167).

“neutralizando e até mesmo retirando o vigor de uma dessas normas jurídicas”¹⁶⁷ (LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa). A problemática residirá, aqui, justamente na influência da esfera política na prática constitucional sobre as quais se fundam a mutação informal e as consequências de uma sobreposição do político sobre o jurídico.

No seio da história alemã, Loewenstein exemplifica o perigo das mutações ao reconhecer que a reeleitura sem previsão expressa do art. 48 da Constituição de Weimar possibilitou firmar a base da ditadura nacional-socialista, na medida em que ampliou o exercício do poder de polícia contra os alicerces da democracia republicana. Com fulcro neste exemplo, surgem indagações sobre a validade das mutações constitucionais ou, ainda, da possibilidade de uma manipulação premeditada à mutação.

3.3.1 A mutação constitucional do art. 48 da Constituição de Weimar e o processo de reconstrução constitucional do III Reich

A centralização do poder político na esfera do governo presidencial foi a base constitucional sobre a qual se firmou a ditadura nacional-socialista. Através da manipulação dos poderes emergenciais contidos no art. 48 da Constituição da República de Weimar, o processo de transferência do monopólio da função legislativa ao Executivo teve seu início. Não surpreende que nessa operação o Executivo tenha usado prontamente de medidas que restringiram direitos fundamentais, diminuíram exponencialmente os poderes do Parlamento (“*Reichstag*”) e, por fim, levaram à posterior dissolução deste, do Conselho Federal (“*Reichsrat*”) e de outras instituições inerentes ao corpo estrutural da República alemã.

Nos termos do art. 48 supramencionado, mais precisamente em seu parágrafo 2, o exercício de seus poderes emergenciais somente estaria autorizado perante a ameaça ou significativo comprometimento da ordem e da segurança públicas, no seguinte teor:

Artikel 48. 2. Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114,

¹⁶⁷ “Em este contexto se puede hacer una referencia al curioso fenómeno del uso constitucional que se practica, [...], sino neutralizando y hasta poniendo fuera de vigor una de estas normas jurídicas.” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 169).

115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen. (ALEMANHA, 2002) ¹⁶⁸.

No dia 27 de fevereiro de 1933, a sede do *Reichstag* foi incendiada. O Partido Nacional-Socialista, liderado pelo Chanceler Adolf Hitler¹⁶⁹, atribuiu ao evento a natureza de “ataque comunista”, alimentando os temores de que a revolução bolchevique se expandisse pelo território alemão. Com o apoio do, até então presidente, Marechal Paul von Hindenburg, seriam evocadas as “medidas necessárias” de que trata o artigo analisado, sob a forma de ordenanças presidenciais.

Por oportuno, Loewenstein (1937) relata que:

While the flames of the Reichstag fire were still smouldering, the government under the pretext of an impending communist rebellion, suspended by ordinance of the President seven of the fundamental rights of the constitution: the right of personal liberty, freedom from arrest, freedom of expression, freedom of assembly, of association and of private property. (LOEWENSTEIN, 1937, p. 540)¹⁷⁰

As restrições de garantias constitucionais criou uma atmosfera hostil às eleições no mesmo ano, favorecendo a desenvoltura do partido nazista e seus aliados. Diante desse contexto, Loewenstein (1937) conclui que a reconstrução alemã nas linhas nacionais-socialistas foram criadas através da fraude e do terror¹⁷¹.

As circunstâncias políticas foram orquestradas a fim de desviar o dispositivo constitucional de sua própria função, utilizando-o como pivô para a eliminação dos princípios nucleares da Constituição de Weimar. Há, portanto, clara transformação da finalidade do dispositivo - *a priori* destinada à preservação do regime constitucional democrático -, com o intuito de restaurar a situação de equilíbrio anterior ao atentado à segurança e ordem pública. Do mesmo modo, desvirtua o caráter temporário e

¹⁶⁸ Em tradução livre: “Artigo 48. 2. Se a **segurança e a ordem pública** no *Reich* alemão estiverem significativamente comprometidas ou sob ameaçada, o Presidente do *Reich* poderá tomar as **medidas necessárias** para restaurar a segurança e a ordem pública, se necessário, com o auxílio das Forças Armadas. Nesse intuito, ele poderá **suspender temporariamente**, no todo ou em parte, os direitos fundamentais estabelecidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.” (ALEMANHA, 2002) (Grifo nosso).

¹⁶⁹ É relevante compreender que uma vez “fortalecido, possuindo um partido de um milhão de membros e atacando o adversário com as SA (tropas de choque) e as SS (tropas de assalto), que somavam 400 mil homens compondo o exército particular nazista, Hitler exigiu e recebeu o cargo de chanceler.” (COSTA; MELLO, 1994, p. 245)

¹⁷⁰ Em tradução livre: “Enquanto as chamas do incêndio do Reichstag ainda ardião, o governo, sob o pretexto de uma iminente rebelião comunista, suspendeu por decreto do presidente sete dos direitos fundamentais da constituição: o direito à liberdade pessoal, imunidade à prisão arbitrária, liberdade de expressão, liberdade de reunião, de associação e de propriedade privada.” (LOEWENSTEIN, 1937, p. 540).

¹⁷¹ “*The constitutional basis on which the reconstruction of Germany on National Socialist lines rests was created mainly by fraud and terrorization*” (LOEWENSTEIN, 1937, p. 547)

excepcional da medida de suspensão de direitos fundamentais, nos termos do art. 48, parágrafo 2, haja vista ter se sedimentando como regra na nova ordem constitucional a repressão, a censura e a suspensão indeterminada de direitos e garantias civis.

O cenário se agrava em março de 1933, quando a famosa “Lei de Concessão de Plenos Poderes” ou “Lei Habilitante” (“*Enabling Act*”; “*Ermächtigungsgesetz*”) foi aprovada no Parlamento através de uma coligação entre o Partido Nazista, Partido Popular Nacional Alemão e o Partido do Centro Católico. Considerado o primeiro estatuto orgânico da nova ordem, a lei trazia em seu preâmbulo uma cláusula de publicação, evidenciando a sua aprovação por maioria equiparada à de reforma formal e, conseqüentemente, a sua essência como instrumento de reforma material da Constituição.

A Lei de Concessão de Plenos Poderes criou uma nova modalidade de legislação, substituindo indiretamente os artigos 68 a 77 da Constituição de Weimar: os decretos governamentais (“*Regierungsgesetz*”). Enfim, foi estabelecido o monopólio da função legislativa regular, na medida em que a “legislação por decreto governamental se torna a regra e a legislação ordinária a rara exceção”¹⁷² (LOEWENSTEIN, 1937, tradução nossa).

Ademais, a própria lei autorizava a possibilidade de que os decretos governamentais desviem da Constituição, desde que salvaguardados o Parlamento e o Conselho Federal, bem como os poderes do Presidente¹⁷³. De um lado, firmada uma verdadeira restrição ao poder legítimo de reforma constitucional; e, de outro, um campo de atuação ilimitado à vontade do governo autoritário.

Em 1934, com a morte de Paul von Hindenburg, Hitler consolida-se como senhor absoluto do poder ao unir as funções de Chanceler e Presidente do Reich na figura do Supremo Líder do Reich (*Reichsführer*), marcando o início do *III Reich* alemão.

Apesar das declaradas intenções de formular um novo documento constitucional, o plano não se materializou. A permanência em vigor da Constituição de 1919 e a insistência da doutrina nacional-socialista em revestir o exercício de seu poder

¹⁷² “[...] legislation by government decree has become the rule and normal legislation the rare exception” (LOEWENSTEIN, 1937, p. 542).

¹⁷³ Extrato do artigo 2º da Lei de Concessão de Plenos Poderes de 1933: “*Die von der Reichsregierung beschlossenen Reichsgesetze können von der Reichsverfassung abweichen, soweit sie nicht die Einrichtung des Reichstags und des Reichsrats als solche zum Gegenstand haben. Die Rechte des Reichspräsidenten bleiben unberührt.*” (ALEMANHA, 1933). Em tradução livre: “As leis imperiais aprovadas pelo governo imperial podem desviar da constituição imperial, desde que não tenham por objeto as instituições do Reichstag e do Reichsrat. Os direitos do presidente do Reich permanecem inalterados” (ALEMANHA, 1933).

com o status de conformidade com o Texto Maior incidiam numa situação constitucional peculiar, senão paradoxal.

Consoante dita Loewenstein (1937, tradução nossa): “uma situação *de facto* deve ser aceita doravante como sendo *de jure*, porque uma revolução bem-sucedida cria um novo direito”¹⁷⁴. Sem embargos, “um ato intrinsecamente ilegal é capaz de dar origem a uma nova ordem legal”¹⁷⁵ (LOEWENSTEIN, 1937, tradução nossa).

É cediço que a teoria da mutação constitucional no grau desenvolvido em solo alemão permitia a incorporação de alterações indiretas e informais da Constituição, modificando não só a leitura do texto constitucional, mas a ordem constitucional vigente como um todo. Contudo, há de se observar que a completa alteração do desenho constitucional em vigor evoca o sentido de uma revisão total, cujo exercício deve ser submetido ao poder constituinte originário de toda a nação germânica (LOEWENSTEIN, 1937).

Não menos importante, há de se considerar que até mesmo um governo revolucionário está vinculado aos parâmetros e princípios jurídicos que lhe precedem, cujo conteúdo diretivo se destina às suas ações futuras (LOEWENSTEIN, 1937). Caso contrário, o título de “governo constitucional” não estaria atrelado intrinsecamente à noção de legitimidade e validade, assim como o título de “democracia constitucional”.

O processo de reconstrução constitucional atinge um novo patamar com a edição da “Lei de Reconstrução” (“*Gleichschaltung*”), carregando consigo o entendimento de superação de qualquer rigidez da Constituição de Weimar e equiparando sua reforma ao processo legislativo ordinário, ambos passíveis de alteração por decreto governamental (LOEWENSTEIN, 1937, p. 545).

Ernst Rudolf Huber (2000), entusiasta da nova ordem, defendia que a nova Constituição substituta do regime constitucional de Weimar não correspondia ao tipo formal típico do século XIX – o documento escrito –, mas sim à ordem política fundamental não-escrita do *Reich*. Em sua concepção, a revolução nacional-socialista insurgiu na “Constituição do Estado popular do movimento e da liderança” (“*völkischer Bewegungs-und Führerstaat*”) (HUBER, 2000, p. 329), transferindo o núcleo essencial das garantias individuais para a unidade e serve a unidade e totalidade do povo contra a

¹⁷⁴ “It is true that a *de facto* situation has to be accepted as existing henceforward as being *de jure* because a successful revolution creates new law.” (LOEWENSTEIN, 1937, p. 543).

¹⁷⁵ “Thus an intrinsically illegal act is capable of giving birth to a new legal order.” (LOEWENSTEIN, 1937, p. 543).

subversão individualista e de grupo alheios. Para tanto, visa ampliar a eficácia e o calibre do poder da autoridade política central (HUBER, 2000).

Para Loewenstein (1937, tradução nossa), “a Constituição de Weimar embora não tenha sido repelida formalmente, foi ab-rogada materialmente”¹⁷⁶. O jurista argumenta a Lei de Concessão de Plenos Poderes foi o marco que consolidou a prática governamental de estabelecer novo direito constitucional por mero decreto, superando normas da Constituição de Weimar pelo princípio “*lex posterior derogat legi priori*” ou restringindo seu escopo através do princípio “*lex specialis derogat legi generali*”.

A nova legislação como “expressão vinculante do Líder” (“*the binding expression of the Leader*”) (LOEWENSTEIN, 1937, p. 546) e como representação do *status* atual da dinâmica de poder reclamava primado em face de outras regras de direito, ainda que contidas na constituição formal. Com base nessas linhas, a doutrina refletiu sobre as novas diretrizes da interpretação jurídica: a nova lei constitucional implicaria na superação informal das provisões normativas consideradas incompatíveis com os postulados do Estado nacional-socialista. O intérprete estaria vinculado, portanto, ao “espírito” da revolução nazista.

Discordando de Huber, Loewenstein (1937) registra que o resultado desse processo de transformação foi o caos constitucional ao invés da pretendida busca por ordem, haja vista a dificuldade de identificar os contornos hierárquicos entre os componentes do estatuto orgânico do *III Reich* e a legislação ordinária.

Ante o exposto, alguns pontos fundamentais destacam-se sobre a mal fadada experiência do direito constitucional alemão neste interstício: 1. A alteração informal do art. 48 da Constituição de Weimar desencadeou um emaranhado de modificações materiais e, por fim, o esvaziamento material do diploma constitucional escrito em prol dos decretos do governo nazista; 2. A mais frequente forma de mutação constitucional desde a reeleitura do art. 48 remonta aos resquícios do regime imperial, com a denominada “reforma material da Constituição”, que permitiu a edição de atos como a Lei de Concessão de Plenos Poderes e a Lei de Reconstrução; 3. “Coexistiam” duas Constituições na Alemanha Nazista: no plano formal, a Constituição de Weimar - que não veio a ser substituída por outro documento escrito - e, no plano material, a ordem constitucional de fato correspondente aos estatutos orgânicos do regime nazista e à interpretação constitucional em prol do espírito nacional-socialista; 4. Apesar do

¹⁷⁶ “*In brief, the Constitution of Weimar though not formally repealed has been materially abrogated.*” (LOEWENSTEIN, 1937, p. 547)

perseguido e proclamado status de “liderança democrática”, a dinâmica nacional-socialista correspondia ao exato oposto, isto é, à liderança isolada e centralizada do *Führer* disposta em um esquema piramidal operante em termos administrativos, mas disfuncional e paradoxal em termos de justificação político-jurídica (LOEWENSTEIN, 1937, p. 573); 5. Existe uma clara incapacidade de normalização constitucional por regimes autoritários – algo intrínseco à ideologia ditatorial que pretende manipular o direito prontamente segundo os desígnios do ditador -, cujo resultado produzido será tão somente a organização da “arbitrariedade na forma de lei”¹⁷⁷ (LOEWENSTEIN, 1937, tradução nossa).

3.3.2 A classificação ontológica das constituições e a mutação constitucional

O critério-base para a classificação de Loewenstein (1975) reside no grau de concordância das normas constitucionais com a realidade do processo de poder, recebendo a nomenclatura de classificação ontológica – cuja investigação se volta ao ser, à realidade. De acordo com esta tipologia, as constituições podem ser “normativas”, “nominais” ou “semânticas” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 216).

A premissa inicial da tese ontológica revela-se no fato de que “uma constituição escrita não funciona por si mesma uma vez que tenha sido adotada pelo povo”¹⁷⁸ (LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa). A Constituição será firmada pela prática de suas normas pelos detentores e destinatários do poder. Noutros termos, Loewenstein (1975, p. 217) radica a concepção de uma Constituição “efetivamente ‘vívda’”, plenamente articulada na realidade em que pretende conformar normativamente.

Não obstante, a grande variável está no ambiente nacional na qual a prática constitucional se desenvolve. A título de exemplo, a experiência republicana alemã foi cerceada tão brevemente em virtude de resquícios arraigados da autocracia imperial e da carência em uma educação política democrática. Sendo assim, o êxito de uma constituição em sua capacidade de conformar a realidade e em seu poder de cumprir suas normas

¹⁷⁷ “Paradoxically it is the most notable feature of the Third Reich that it has succeeded in organizing arbitrariness in form of law.” (LOEWENSTEIN, 1937, p. 574).

¹⁷⁸ “[...] una constitución escrita no funciona por sí misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo [...]”. (LOEWENSTEIN, 1975, p. 217).

segundo as condições específicas que estas preveem dependem “do meio social e político no qual a constituição tem que valer”¹⁷⁹ (LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa).

A simbiose entre a Constituição e a comunidade que a observa legalmente dá ensejo à primeira categoria ontológica: a Constituição normativa. Para caracterizar-se como “real e efetiva”, significa dizer que para além da sua validade jurídica a Constituição demanda a integração de suas normas na sociedade ao ponto de dominar o processo de poder político ou, ainda, que tal processo se adapte conforme as normas constitucionais (e somente a elas) (LOEWENSTEIN, 1975, p. 217).

Atenta-se que o caráter normativo de uma constituição não é presumido. A confirmação de sua normatividade deriva da prática constitucional. Por isso, o autor adverte que: “uma constituição poderá ser juridicamente válida, mas sem a dinâmica do processo político não se adapta às suas normas, a constituição carece de realidade existencial”¹⁸⁰ (LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa).

Nessa hipótese, está caracterizada a segunda categoria ontológica: a Constituição nominal. Implica dizer que os pressupostos sociais e econômicos existentes operam contra a concordância absoluta entre as normas constitucionais e as exigências dinâmicas da vida política (LOEWENSTEIN, 1975).

Por encontrarem óbice de sua ampla integração e concretização no cenário fático, as normas constitucionais acabam por se restringir à sua função diretiva e educativa. Conseqüentemente, as Constituições nominais são, de modo geral, vistas como documentos prematuros e exageradamente otimistas, pois vinculam a expressão de um modelo constitucional incapaz de ser articulado no momento de sua edição. Essas constituições acabam por lançar para o futuro a possibilidade de se tornar uma Constituição normativa – caso superada a condição ou as circunstâncias impeditivas.

Noutro viés, a terceira categoria ontológica corresponde aos casos em que a constituição formaliza a situação de poder existente em benefício exclusivo dos detentores do poder, munidos do aparato coercitivo do Estado. Em lugar de servir para a limitação de poder, o quadro constitucional será um instrumento para “estabilizar e eternizar” a autoridade de uma classe dominante e sua posição no escalonamento do poder político (LOEWENSTEIN, 1975, p. 218).

¹⁷⁹ “[...] la cuestión fundamental sobre si se hará realidad la conformación específica del poder prevista constitucionalmente depende del medio social y político donde la constitución tiene que valer.” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 217).

¹⁸⁰ “Una constitución podrá ser juridicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial”. (LOEWENSTEIN, 1975, p. 218).

Sob a nomenclatura de Constituição semântica, sua conformação normativa produz um “disfarce” ou “simulacro” constitucional, congelando as relações da dinâmica social, tendendo a restringir a liberdade individual em prol da centralização do poder nas mãos de um ditador, de uma junta, um comitê, uma assembleia ou um partido.

Identificar em qual categoria uma constituição se encaixa pode ser uma tarefa difícil, dado que não se pode fazê-lo tão somente a partir do texto. Conforme aduz Loewenstein (1975, tradução nossa) é necessário “adentrar na realidade do processo de poder”¹⁸¹.

Em países com uma extensa e solidificada tradição de governo constitucional e com um relativo grau de homogeneidade socioeconômica, as Constituições normativas apresentam-se como regra. O exemplo britânico é a demonstração clássica de um marco constitucional estável, bem como seu domínio emancipado que deu origem aos Estados Unidos da América. Já países como a França, Itália, Alemanha e Grécia experimentaram o normativismo durante certos intervalos.

A tradicional concepção das Constituições nominais encontram terreno em Estados cuja consciência política carece de amadurecimento e a ordem socioeconômica ainda enfrenta resquícios do modelo colonial ou feudal-agrário. Tanto a América Latina e a região caribenha, como os Estados africanos e asiáticos são postos nesta categoria por Loewenstein, que se manifesta otimista em prol dos esforços de aprendizagem e progressos a fim de alcançar a fase do normativismo constitucional.

Enquanto a distinção entre Constituição nominal e normativa pode, por vezes, ser turva, as Constituições semânticas apresentam “sintomas” precisos que permitem o seu reconhecimento:

[...] cuando el presidente del Estado puede permanecer sin limitación temporal en su cargo; cuando está autorizado a poner su veto a las decisiones de la asamblea legislativa, sin que, en último término, se recurra a la decisión del electorado; cuando la confirmación de las decisiones políticas fundamentales está reservada a plebiscitos manipulados, en lugar de un parlamento libremente elegido; cuando en las elecciones está permitido solamente un partido. (LOEWENSTEIN, 1975, p. 219)¹⁸².

¹⁸¹ “Los tipos de constitución nominal y semántico presumen siempre de ser normativos, y por ello se hace necesario en cada caso adentrarse en la realidad del proceso del poder.” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 219).

¹⁸² Em tradução livre: “[...] quando o Presidente de Estado pode permanecer no cargo sem limitação temporal; quando está autorizado a vetar as decisões da Assembleia Legislativa, sem que, em última instância, se recorra à decisão do eleitorado; quando a confirmação das decisões políticas fundamentais está reservada a plebiscito manipulados no lugar de um parlamento livremente elegido; quando somente estiver permitido um partido nas eleições.” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 219)

O tipo ideal de nominalismo constitucional opera um cerco no circuito de poder, favorecendo uma ideologia específica. Para tanto, fomenta o monopólio dos mecanismos de exercício do poder político, obstaculizando uma divisão harmoniosa de competências constitucionais. Logo, o processo de “liberação interna dos controles governamentais” e a “criação de uma estrutura mínima de Estado de Direito” podem instigar o desmantelamento da Constituição semântica (LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa)¹⁸³.

A classificação ontológica não é estática. O amadurecimento progressivo da sociedade constitucional e da dinâmica de poder; e o fortalecimento da Constituição no seu processo de conformação da realidade podem superar os sintomas que separam a Constituição nominal e a semântica do patamar ideal de uma Constituição normativa¹⁸⁴.

O processo inverso também é possível. Tanto a inobservância consciente da Constituição por parte dos agentes e instituições estatais quanto a atrofia da consciência constitucional dos destinatários do poder conduzem a uma corrosão normativa, cujo resultado fatal seria a conversão da lei fundamental em letra morta.

Igualmente, a forma e o processo de adaptação das norma constitucional às mudanças sociais repercutirá através da consciência constitucional do povo. A prática contumaz de emendas constitucionais poderá produzir um estado de indiferença entre o povo e sua constituição, pois aliena o tempo necessário para a sua fixação no consciente nacional – quanto mais tempo estiver em vigor, mais enraizada estará na vivência da comunidade¹⁸⁵ (LOEWENSTEIN, 1975).

Já a devoção exagerada à Constituição e o conseqüente entrave das forças políticas em adaptar-se pacificamente através do processo de emendas constitucionais transfere a decisão acerca de “perguntas vitais” sobre a sua existência diária para fora do marco procedimental que lhes é próprio, avançando para “grupos de interesse e partidos

¹⁸³ “[...] *la liberalización de los controles gubernamentales y la creación de una mínima estructura de Estado de derecho pueden ayudar a dismantelar la constitución semántica.*” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 220).

¹⁸⁴ A validade normativa de uma Constituição, no quadro delineado por Loewenstein (1975), implica no estágio de sua aplicação plena, sem distinção, pelos detentores do poder: o governo, o parlamento e os tribunais.

¹⁸⁵ “*Cuanto más tempo haya estado en vigor tanto más habrá aprendido la comunidade a vivir con sus ventajas y desventajas.*” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 227). Em tradução livre: “Quanto mais tempo estiver em vigor, tanto mais a comunidade tem aprendido a conviver com suas vantagens e desvantagens” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 227).

políticos sobre os quais a constituição guarda silêncio”¹⁸⁶ (LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa).

Por fim, a informalidade de alterações constitucionais também possui caráter ambivalente. As mutações constitucionais operam ora no processo de corrosão ora no de revitalização normativa conforme se entrelaçam com a amálgama de variáveis que compõem a realidade sociopolítica em desenvolvimento.

Como mecanismos de corrosão normativa, a mutação representa interesses políticos que se beneficiam da cisão entre a prática constitucional e os princípios norteadores da lei fundamental, esvaziando o seu núcleo material identitário.

Enquanto instrumento de revitalização normativa, o intuito almejado é a ampliação do escopo de aplicação das normas constitucionais, compreendendo e respondendo às novas exigências e tensões sociais, a despeito da formação da maioria qualificada necessária. Nesse ensejo, a mutação representaria um recurso ou forma de protesto à canalização do poder político e à inércia parlamentar em atualizar o documento fundamental – seja para enfrentar o nominalismo constitucional reclamando o mínimo de justiça social e seguridade econômica, seja para combater a semântica constitucional que permite estruturas autocráticas modernas. Somente por esse aspecto, o critério da normatividade constitucional nortearia a validade da mutação constitucional.

E mais, Loewenstein (1975, p. 200) atribui ao “sentimento constitucional”¹⁸⁷ o contorno de autenticidade da Constituição e, por consequência, de suas transformações. Através desse fenômeno psicológico-social, a comunidade recepciona a ordem constitucional como expressão de sua essência e as suas modificações como fenômenos orgânicos, naturais ao fortalecimento do processo de integração entre o texto constitucional e o substrato axiológico da comunidade nacional. Em vista dessa sustentação teórica, as mutações constitucionais seriam válidas e legítimas enquanto coerentes à normatividade e ao sentimento constitucional.

¹⁸⁶ “*Las preguntas que afectan a la vida diaria de la población no son decididas [...] por los órganos establecidos constitucionalmente, sino por los grupos de interés y los partidos políticos sobre los que la constitución guarda silencio [...].*” (LOEWENSTEIN, 1975, p. 229).

¹⁸⁷ O uso da expressão “sentimento constitucional” (“*Verfassungsgefühl*”) descreve o estado de “consciência da comunidade” que transcende a todos os tipos de antagonismos e tensões existentes – sejam de teor político-partidário, socioeconômico, religioso, dentre outros – e integra os detentores e destinatários de poder em uma “ordem comunitária obrigatória”: a Constituição (LOEWENSTEIN, 1975, tradução nossa). O fenômeno não se confunde com a consciência nacional, cujo vínculo revela a identificação entre o indivíduo e sua nação, este, porém, contribuirá na formação do sentimento constitucional, que depende amplamente de fatores irracionais como a mentalidade e a vivência histórica do povo.

Sob um olhar crítico, Pedron (2012) expõe uma falha pontual na contribuição doutrinária de Karl Loewenstein: uma concepção de valores e princípios fundamentais advindos de uma base ético-cultural compartilhada ignora a composição cada vez mais plural e heterogênea das sociedades modernas.

A observação do professor brasileiro revela o perigo de se conceber bases culturais tradicionais como parâmetro da legitimidade e da normatividade da Constituição e, conseqüentemente, das mutações constitucionais, ante a possibilidade de produzir exclusões injustificadas e disparidades acentuadas nas relações de poder que compõem a sociedade.

3.4 A LEI FUNDAMENTAL DE BONN E OS LIMITES DEMOCRÁTICOS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em 1945, com a ratificação da decisão de sua rendição incondicional, a Alemanha enfrentava a derrota de sua segunda campanha bélica mundial, cujo resultado fragmentou sua soberania enquanto Estado nacional até o seu desaparecimento efetivo, encerrando sua organização e atividades de cunho militar e governamental¹⁸⁸ (CALDWELL; HANSHEW, 2018).

Dividida em quatro zonas de administração sob o controle dos três Aliados ocidentais (Estados Unidos, Inglaterra e França) e da União Soviética, os esforços iniciais deram enfoque à “desnazificação” da sociedade alemã através da persecução judicial de crimes de guerra e contra a humanidade, incluindo os Julgamentos de Nuremberg; e a destituição de afiliados ao nazismo de suas respectivas posições sociais e econômicas (CALDWELL; HANSHEW, 2018).

Em 1948, as tensões político-econômicas entre o Ocidente e Oriente escalaram ao ponto de desencadear a Primeira Crise de Berlim, resultando no fechamento das fronteiras entre a zona soviética e as demais zonas alemãs. E, em 1949, a separação se consolida com a declaração de existência de duas “Alemanhas”: a República Federal da Alemanha (RFA), ocidental; e a República Democrática da Alemanha (RDA), oriental.

¹⁸⁸ “*With unconditional surrender, Germany as a sovereign state effectively ceased to exist. Total war was thus replaced by total defeat, which meant the complete end of the military and of the government, of all levels.*” (CALDWELL; HANSHEW, 2018, p. 3). Em tradução livre: “Com a rendição incondicional, a Alemanha como um Estado soberano efetivamente deixou de existir. A guerra total foi então substituída pela derrota total, o que significou o fim completo das forças armadas e do governo, em todos os níveis.” (CALDWELL; HANSHEW, 2018, p. 3).

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, amplamente conhecida por Lei Fundamental de Bonn em virtude da capital homônima da Alemanha Ocidental, foi promulgada em 23 de maio de 1949 no seio desse atribulado contexto sociopolítico, econômico e ideológico.

Atendendo aos anseios pela redemocratização da vida política alemã, a Lei Fundamental foi aprovada pelo Conselho Parlamentar em 8 de maio de 1949, ratificada entre 16 a 22 de maio pelos Parlamentos de mais de dois terços dos Estados-membros da Federação (*Länder*). Contando originalmente com um conjunto de 141 artigos, a Lei de Bonn inicia seu primeiro artigo conferindo ênfase à dignidade humana, alocando-a como premissa maior da organização estatal e, dessa forma, vinculando o exercício do poder público à observância e garantia de direitos fundamentais (Art. 1º a 19).

A reserva de princípios constitucionais – forma federativa, estado democrático e social de direito, soberania popular, representação política, separação de poderes, supremacia constitucional e observância à legalidade - e do direito de resistência¹⁸⁹ (Art. 20), bem como a proteção de interesses de natureza transindividual como a proteção ambiental (Art. 20a) e a garantia da paz (Art. 26), demonstram a sensibilidade das cláusulas normativas diante dos flagelos enfrentados pela comunidade alemã e internacional diante da ditadura nacional-socialista.

Firmada como um documento rígido, prevê em seu art. 79 os critérios para a sua alteração formal – através de lei que complete ou modifique expressamente o seu enunciado textual (parágrafo 1) aprovada por dois terços dos membros de ambas as Casas Legislativas (parágrafo 2) -; e elementos que constituem o seu núcleo essencial imutável, quais sejam: a divisão da Federação em Estados, o princípio da cooperação dos Estados em matéria legislativa, e o sistema de direitos e princípios fundamentais listados pela Constituição (parágrafo 3).

O controle de constitucionalidade é inserido expressamente em sua composição, concentrando no Tribunal Constitucional Federal a competência pelo julgamento de ações de controle abstrato de constitucionalidade de normas federais ou estaduais (Art. 93, parágrafo 1, item 1); pelo controle concreto de constitucionalidade, quando do julgamento de incidentes de inconstitucionalidade suscitados por juiz ou tribunal em caso concreto (Art. 100); pelo julgamento de recursos de

¹⁸⁹ Segundo o parágrafo 4 do art. 20 da Lei Fundamental de Bonn, verifica-se que: “contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa” (ALEMANHA, 2011, p. 31).

inconstitucionalidade interpostos por cidadão prejudicado por atos de autoridades públicas (Art. 93, parágrafo 1, item 4a).

Nessa conjectura, a abertura e a elasticidade do texto normativo, tal como a urgência pela manutenção e garantia de uma ordem democrática de direito com objetivos sociais e coletivos, fomentam novos métodos de interpretação e novas abordagens de análise jurídica.

A própria desenvoltura (anti)jurídica proposta no *III Reich*, seu desdobramento pelo veículo da mutação constitucional e o consequente esvaziamento material da Constituição de Weimar convergiram para uma nova diretriz que reforça a concretização e a força normativa da ordem constitucional.

A discussão sobre a convergência entre os mecanismos de alteração constitucional, a estrutura da norma, a participação do intérprete e o objetivo da própria interpretação constitucional como veículo de mudanças constitucionais suscita o estudo de três autores germânicos: Konrad Hesse (1983; 1991; 1998), e seus orientandos Friedrich Müller (1999) e Peter Häberle (2002; 2003; 2017).

Visando abordar de forma sistemática a compreensão global fornecida pelo pensamento concretista desses autores, inverte-se em partes a ordem de apresentação. Haja vista o relevo da teoria normativa-estruturante de Müller para a investigação de seu mentor, que busca definir os limites das mutações, o autor será introduzido anteriormente a Hesse. Por último, caberá pontuar, em Häberle, a concepção democrática de mutação constitucional dentro de uma sociedade aberta de intérpretes.

3.4.1 A realidade constitucional e a metódica estruturante de Friedrich Müller

Friedrich Müller (1999), preocupado com a confusão dos enfoques hermenêuticos e pragmáticos aplicados ao direito constitucional, propõe uma metódica de trabalho coerente com o objeto normativo constitucional, qual seja: a sua concretização.

O estado de caos e a precariedade metodológica existentes perpetuavam o direito constitucional como disciplina “dependente da política em grau relativamente forte e relativamente pouco diferenciada em termos técnicos e formais” (MÜLLER, 1999, p. 40). Em sua análise, o autor rompe com a insistente postura “hermeneuticamente não-mediada”, conferindo um novo enfoque à discussão circunscrito nas condições da concretização prática da Constituição.

Nos enunciados constitucionais são tecidas as condições, as possibilidades e os limites de atuação do aparato estatal tripartite, através de prescrições e competências. Além disso, neles encontram-se os parâmetros de conduta aos “atingidos que participam da vida política e da vida da constituição” (MÜLLER, 1999, p. 43). De tal forma, “a tarefa da práxis do direito constitucional é a concretização da constituição por meio da instituição configuradora de normas jurídicas” (MÜLLER, 1999, p. 44); por meio da observância da norma e da obediência à ela; e por meio da sua atualização no exercício de competência de cada um dos órgãos e instituições que integram os Poderes.

A fim de corroborar essa inferência, constata-se que:

[...] também a **observância da norma**, em virtude da qual deixa de ocorrer um conflito constitucional ou um litígio, é **concretização da norma**. Em cada caso as pertinentes prescrições de direito (constitucional) motivam de modo específico o comportamento de titulares de funções e outros destinatários. (MÜLLER, 1999, p. 43) (Grifo do autor).

Noutros termos, o exercício de competências constitucionais dentro dos espaços normativos concretiza e aperfeiçoa o direito constitucional, quer seja na solução de problemas de casos atuais quer seja na mera observância da norma.

Em virtude desses apontamentos, verifica-se, em Müller (1999, p. 42), que “uma metódica do direito constitucional sistematicamente elaboranda deve pesquisar a estrutura da normatividade”, tendo em vista que a concretização da norma é realizada por um processo estruturado e, portanto, vinculado à estrutura normativa. Por essa razão, a metódica jurídica de Friedrich Müller será denominada normativa-estruturante.

O novo teor dado à hermenêutica jurídica, reconhecendo não apenas a não-identidade entre o texto da norma e a norma como também a superficialidade da compreensão literal da prescrição juspositiva, fornece sustentáculo para a teoria sob análise.

Sendo assim, Müller (1999, p. 45) propõe que o processo de concretização da norma é constituído de dois elementos complementares, responsáveis pela construção do significado da prescrição jurídica: o “programa da norma” (*Normprogramm*) e o “âmbito da norma” (*Normbereich*).

Conforme versa o autor, o teor literal do texto constitucional serve à aferição do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma providencia a determinação do campo de implementação fática da norma. Quer dizer que a norma transcende ao teor

literal do texto que a contém, uma vez que “o texto da norma não ‘contém’ a normatividade e a sua estrutura material concreta” (MÜLLER, 1999, p. 47).

Não obstante, a análise sobre a estrutura da norma e sua respectiva normatividade presume uma relação intrínseca entre o direito posto e a realidade, posto que por serem direcionados para a prática-concretizadora da norma atribuem à sua própria composição um apelo à realidade e seus componentes extralinguísticos – jurídicos e/ou extrajurídicos - que permitem a adequação entre o imperativo normativo e cada caso concreto.

De forma sintética, entende-se que:

O teor literal expressa o **‘programa da norma’, a ‘ordem jurídica’ tradicionalmente assim compreendida**. Pertence adicionalmente à norma, em nível hierárquico igual, o **âmbito da norma**, i. é, o **recorte da realidade social** na sua estrutura básica, **que o programa da norma ‘escolheu para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação** (como amplamente no caso de prescrições referentes à forma e questões similares). O âmbito da norma pode ter sido gerado (prescrições referentes a prazos, datas, prescrições de forma, regras institucionais e processuais etc.) ou não-gerado pelo direito. Na maioria dos casos valem as duas coisas: o âmbito da norma apresenta tanto componentes gerados quanto componentes não-gerados pelo direito. (MÜLLER, 1999, p. 48) (Grifo nosso).

Sucedo, pois, uma conjectura da norma jurídica como “inferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado” (MÜLLER, 1999, p. 49). Afinal, não se trata de juízo hipotético isolado do seu âmbito de regulamentação, nem de fórmula que se sobrepõe à realidade.

A própria normatividade deve-se, como já mencionado, aos “dados extralinguísticos de tipo estatal-social” (MÜLLER, 1999, p. 45) relacionados ao efetivo funcionamento, reconhecimento e renovação do ordenamento constitucional vigente no núcleo da organização social de um determinado Estado. Não obstante, o texto da norma “dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito” (MÜLLER, 1999, p. 47) no quadro descrito pelo enunciado.

Logicamente, infere-se que os conceitos jurídicos englobados em textos normativos não possuem significação ou um sentido unívoco e conclusivo em si mesmo. Tornam-se dados orientadores, porquanto a atenção primordial do ciclo hermenêutico é transferida da literalidade normativa para a tarefa de “concretizador ativo”, referente aos destinatários *lato sensu* da prescrição jurídica, e para a “distribuição funcional dos papéis” incorporados no processo de concretização constitucional (MÜLLER, 1999, p. 47).

Corroborando as observações feitas, o autor reforça que:

No âmbito do processo efetivo da concretização prática do direito, ‘direito’ e ‘realidade’ não são grandezas que subsistem autonomamente por si. A ordem [*Anordnung*] e o que por ela foi ordenado **são momentos da concretização da norma**, em princípio eficazes no mesmo grau hierárquico, podendo ser distinguidos apenas em termos relativos. (MÜLLER, 1999, p. 49) (Grifo nosso).

Definida a norma jurídica como uma estrutura ou modelo de ordem complexa e de integração materialmente orientada, é possível debruçar-se sobre o nexos formulado entre os seus núcleos constitutivos.

O programa da norma destaca da multiplicidade de dados afetados por uma prescrição jurídica, o âmbito material de incidência. Em seguida, o âmbito da norma fornece o nexos fundamental pelo qual serão extraídos os dados da realidade social. A seleção em ambas as fases é efetuada de modo racional com fulcro na possibilidade real de desenvolver a prática normativa. Não ocorre, portanto, uma soma de dados ou a inserção arbitrária de elementos extrajurídicos, pois o âmbito da norma transcenderá à realidade extrajurídica quando for exigido pelo programa da norma.

Nesse contexto, ao contrário do que tratou Georg Jellinek, a força do fático não transcende ao recorte existente no texto jurídico. Submetidos ao esboço vinculante da norma jurídica, tem-se que: “legislação, administração e tribunais que tratam na prática o âmbito da norma como normativo, não sucumbem a nenhuma normatividade apócrifa do fático” (MÜLLER, 1999, p. 50). Além do mais, à medida em que o âmbito da norma é recepcionado pela comunidade jurídica como fator intrínseco à norma – entrando em seu “horizonte visual” -, tanto mais as decisões incidirão efetivamente na concretização substancial da Constituição.

A metódica de Müller aprofunda-se, ainda, na concretização judicial e nas questões hermenêuticas correspondentes. Nas pontuações anteriores, fica clara a relação entre a norma jurídica e a realidade do caso concreto, uma vez que “a força enunciativa [*Aussagekraft*] de uma norma para um caso é por assim provocada por esse mesmo caso” (MÜLLER, 1999, p. 54).

A reciprocidade entre as prescrições jurídicas e o conjunto de fatos deverá ser respeitada em um procedimento de verificação precisa, nos momentos de compreensão da hipótese de trabalho e de fundamentação da decisão. Para tanto, Müller (1999, p. 55) critica o postulado de uma objetividade absoluta, entendendo ser indispensável um

momento de pré-compreensão – aqui considerada somente pré-compreensão jurídica – na práxis constitucional.

Essa ponderação implica dizer que a concretização jurídica não pode se restringir à reelaboração da vontade originária do texto normativo. A norma jurídica volta-se a uma “quintessência indeterminada de casos jurídicos práticos, nem concluída nem suscetível de ser concluída” (MÜLLER, 1999, p. 56).

A pré-compreensão jurídica reforça a dinamicidade do direito constitucional e a unidade do sistema jurídico, permitindo a constatação de diferenças consideráveis na estrutura de um quadro normativo porque “o jurista compara os âmbitos das normas das prescrições em pauta, dos quais ele conhece as linhas mestras ou os pormenores, com os seus textos” (MÜLLER, 1999, p. 63).

À luz do presente introyto sobre as bases da metódica normativa-estruturante, não há como questionar a contribuição de Friedrich Müller no enfrentamento crítico acerca do ponto de partida metodológico do processo de aplicação da norma constitucional.

O autor firma a sua teoria da estrutura normativa em divergência clara com o credo tradicionalista¹⁹⁰ do Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha e com a tendência de acobertar a mera reconstrução da previsão normativa através do recurso à história legislativa (MÜLLER, 1999). Com efeito, em sua metódica, o diálogo entre direito e realidade constitucional é reconhecido na composição da própria norma, racionalizando a atualização constitucional como decorrência lógica das operações de concretização normativa - nas quais a seleção de dados jurídicos e/ou extrajurídicos inéditos estão vinculados à orientação dos conceitos prescritos no texto constitucional.

Os limites da extensão do processo de concretização jurídica da norma constitucional é demarcado, em Müller, pelo teor literal da Constituição¹⁹¹, cuja descrição

¹⁹⁰ Segundo Müller (1999, p. 21), o “Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha professa na jurisprudência constantemente o credo da teoria tradicional da interpretação”, pautado na resolução do caso concreto “de modo que os fatos da vida [*Lebenssachverhalt*] decididos sejam ‘subsumidos’ à normas”. Consequentemente, o intérprete constitucional deverá primeiro “identificar o conteúdo da norma para que o silogismo seja efetuado, para que a norma seja ‘aplicada’” (MÜLLER, 1999, p. 21).

¹⁹¹ Friedrich Müller (1999, p. 64) aponta que a sua tese sobre o teor literal como “limite extremo da concretização admissível no Estado de Direito” não é idêntica à concepção da interpretação de base gramatical, posto que a decisão não se restringe à interpretação de texto. O intuito da função limitadora do texto da norma é instigar que o significado atribuído à norma deva ser “de qualquer modo ainda compatível com o texto da norma não apenas interpretado gramaticalmente, mas integralmente concretizado no precedente processo decisório” (MÜLLER, 1999, p. 64).

determina o espaço de ação funcionalmente defensável e constitucionalmente admissível. Somente mediante a comprovação de vicissitude no teor literal do enunciado normativo estaria excepcionada a sua precedência, como, por exemplo, no caso em que a literalidade é incongruente com a essência do Estado Democrático de Direito.

Muito embora não tenha aludido expressamente ao fenômeno da mutação constitucional, o autor confere o alicerce vital para as considerações de seu mentor Konrad Hesse, cujo estudo enveredou pelo nebuloso, porém crucial, domínio dos limites das alterações informais da Constituição.

3.4.2 Os limites da mutação constitucional em Konrad Hesse

Um dos mais prestigiados expoentes do Direito Constitucional alemão encontra-se na figura de Konrad Hesse (1983; 1991; 1998), discípulo de Rudolf Smend e percussor de uma nova geração de juristas. Além de influente juspublicista no período de desenvoltura da Lei Fundamental de Bonn, o autor compôs o quadro do Tribunal Constitucional Federal alemão (1975-1987), experiência extremamente relevante para a integração de conhecimentos particulares do ofício na evolução da Teoria da Constituição e na formação de uma nova tradição jurisprudencial.

Em Hesse (1983, p. 8), o conceito de Constituição somente poderia ser concebido mediante “a tarefa e o papel desta na realidade da vida histórico-concreta”¹⁹². Ao apontar a unidade política do Estado como objetivo a ser perseguido pela ordem constitucional, entende-se que a Constituição “ordena a organização e o procedimento da formação da unidade e da atividade estatal” – dimensões de compreensão do Estado -, criando as bases e normalizando os esboços fundamentais da “ordem total jurídica” de uma coletividade (HESSE, 1998, p. 37).

Superada a tradição alemã de precedência do Estado e do poder estatal sobre a Constituição, que vigorou até o período de Weimar, tais dados não poderiam mais ser supostos como algo preexistente. Hesse (1983) defende que a composição estatal adquire realidade exclusivamente na medida em que consegue reduzir as aspirações e as formas de conduta existentes em uma unidade de atuação, isto é, ao passo que produz unidade política.

¹⁹² “Lo que sea ‘Constitución’ en el sentido del interrogante aquí suscitado y delimitado es algo que sólo puede ser concebido a partir del cometido y de la función de la Constitución en la realidad de la vida histórico-concreta” (HESSE, 1983, p. 8).

A tarefa de formar e conservar unidade política atribui uma conexão entre a realidade de ação e o efeito uniformizador do direito. Nesses termos, o Estado é compreendido como duas dimensões: a) como uma unidade formada, conservada e atualizada por um processo permanente; e b) como uma unidade de atuação e atividade de seus poderes constituídos (HESSE, 1998).

O plano consciente determinado pela Constituição ordena esse processo permanente de forma que a unidade política não fique “a cargo da causalidade das lutas pelo poder sem regras” (HESSE, 1998, p. 35). Ao ostentar esse objetivo, a ordem jurídica prescreve o campo de atuação dos poderes estatais e demanda a sua concretização e observância, a fim de manter sua “virtualidade unificadora” (HESSE, 1983, p. 8) e a legitimidade do poder estatal (isto é, a aceitação da força cogente de decisões estatais e da coerção utilizada como resultado positivo).

Outrossim, a ordem jurídica infere uma “ordem determinada materialmente, exata e, por isso, legítima” (HESSE, 1998, p. 36). A configuração é materialmente orientada, pois oriunda da “crescente densificação e mutação das relações vitais” que ampliam o escopo de atuação do Estado, exigindo sua “pluralização” e “democratização” (HESSE, 1983, p. 10).

O substrato material incorporado no processo de formação da unidade política são inerentes ao Estado democrático contemporâneo, que já não pode prescindir da inserção de aspectos da realidade em sua ordenação. Anota-se que os antagonismos socioeconômicos, políticos, dentre outros, são pacificados através da “cooperação social” (HESSE, 1983, p. 13), fato que justifica a incompletude das regulações constitucionais.

Existem âmbitos amplos nas normas constitucionais – “determinações de amplitude material e indeterminação” (HESSE, 1998, p. 38) – que indicam como a configuração normativa e o cenário concreto da coletividade são domínios interdependentes e que repercutem um sobre o outro no processo de concretização da Constituição.

Hesse (1998, p. 39) assevera que “as bases da ordem da coletividade”, como os princípios diretivos e os traços fundamentais da identidade do Estado democrático, devem ser extraídas da luta permanente dos grupos e correntes políticas, produzindo um verdadeiro “efeito estabilizador e aliviante”. Enquanto isso, determinadas questões devem permanecer “conscientemente abertas” (HESSE, 1988, p. 40), permitindo a livre discussão, decisão e configuração, conforme as transformações históricas da realidade vivente.

As fixações estabilizadoras são reforçadas em núcleos constitucionais escritos. Já a conciliação com suas prescrições abertas “para dentro do tempo” (HESSE, 1998, p. 40) torna-se possível por intermédio de regras claras para reformas constitucionais.

Faz mister salientar que a força vital e a eficácia da Constituição requer a adaptação inteligente “da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação” (HESSE, 1991, p. 23). No intuito de converter-se em força ativa, impulsionando seu conjunto normativo às gerações futuras, a ordem de competências estabelecidas na Constituição demanda uma vontade ou consciência comunitária voltada para a sua realização.

A intitulada “vontade de Constituição” (*Wille zur Verfassung*) é um pressuposto que permite um ótimo desenvolvimento de sua força normativa, sobretudo por estar sedimentada na necessidade de um conjunto normativo que ordene a vida social de forma coerente ao “estado espiritual” (*geistige Situation*) da coletividade; e na renovação constante do processo de legitimação desta ordem, por intermédio de um compromisso de integrar ativamente a *práxis* constitucional (HESSE, 1991, p. 20 e 21).

Contudo, as reformas constitucionais também podem representar a fragilidade da força normativa em função do seu uso recorrente, em especial “sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política” (HESSE, 1991, p. 22) posto que atribui sempre maior valor à ordem fática do que a ordem normativa que se pretende realizar.

Ao contemplar esse aspecto, o autor adverte que a problemática das reformas constitucionais tem início somente onde se firmam os limites da mutação constitucional – “*La problemática de la revisión constitucional*¹⁹³ *comienza allí donde terminan las posibilidades de la mutación constitucional*” (HESSE, 1983, p. 25). Isto porque tal categoria não afeta o texto, mas a concretização do conteúdo das normas constitucionais, dado que a amplitude e a abertura das normas constitucionais podem conduzir a resultados cambiantes distintos.

Compatibilizando a adaptação e a estabilidade das normas constitucional, Hesse pontua que se atenderá a ideia e a tarefa da Constituição ao permitir espaço à

¹⁹³ Vale frisar que o emprego da expressão “revisão constitucional” é, aqui, equivalente à alteração do texto da Constituição, tal qual efetuado pelas reformas constitucionais, como evidencia o seguinte trecho: “*Por ‘revisión constitucional’ se entiende aquí exclusivamente la revisión del texto de la Constitución.*” (HESSE, 1983, p. 25).

mutação constitucional nos limites traçados no texto, já a reforma constitucional é alvo de obstáculos expressos.

Noutro viés, o Tribunal Constitucional Federal considerava somente ser viável uma mutação pautada nas seguintes hipóteses: a) perante o surgimento de novos fatos, ainda não previstos; ou b) quando fatos conhecidos adquirem um novo significado ou impliquem em uma nova relação, em virtude de um processo evolutivo (HESSE, 1983).

Ao que juspublicista contrapõe na seguinte medida:

La mutación constitucional y sus limites sólo se alcanza a entender con claridade cuando la modificación del contenido de la norma es comprendida como cambio ‘en el interior’ de la norma constitucional misma, no como consecuencia de desarrollos producidos fuera de la normatividad de la Constitución [...]. (HESSE, 1983, p. 106)¹⁹⁴

Nesse ensejo, faz-se imperativo investigar a forma de realização e concretização da Constituição na base teórica de Konrad Hesse, com o intuito de aprofundar o seu entendimento sobre a desenvoltura da mutação constitucional e sua tese de limitação do fenômeno ao enunciado linguístico da norma constitucional.

Por oportuno, considerando a Constituição como um sistema lógico-axiomático incompleto, temos que o seu procedimento de concretização, embora vinculado normativamente, avança na busca e demonstração de pontos de vista dirigentes que fundamentam a decisão tão evidente e convicentemente quanto possível¹⁹⁵ (os denominados “*topoi*”¹⁹⁶) (HESSE, 1998). Esses pontos de vista, caso apropriados e férteis

¹⁹⁴ Em tradução livre: “A mutação constitucional e seus limites somente serão entendidos claramente quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como modificação ‘no interior’ da própria norma constitucional, não como consequência dos desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição [...]” (HESSE, 1983, p. 106).

¹⁹⁵ Nota-se que Konrad Hesse (1998) faz uso de elementos da tópica jurídica em sua construção teórica. Interessa colocar que a tópica moderna é caracterizada como crítica, o que a distingue da tópica clássica, retórica ou aristotélica (VIEHWEG, 2008).

¹⁹⁶ Theodor Viehweg (2008, p. 25) salienta que a expressão “*topoi*” (ou “*loci*”), criada por Aristóteles em sua obra “*Tópica*”, representaria “pontos de vista empregáveis em muitos sentidos, aceitáveis universalmente, que podem ser empregados a favor e contra ao opinável e podem conduzir à verdade”. Os *topoi* orientam a fundamentação de um problema, mas não comportam, em si próprios, definições conceptuais. A tópica aristotélica proporcionou “um catálogo de tópicos estruturado flexível” (VIEHWEG, 2008, p. 30) e apto à prática da argumentação retórica. Com efeito, a evolução da análise tópica permitiu observar a relevância do seu auxílio no pensamento jurídico, principalmente no campo da interpretação. Sucede, portanto, que o repertório flexível dos *topoi* permite compreender as nuances comuns e universais do tema (*topos*) e, concomitantemente, a ampliação do domínio do problema. Logo, contribui, “de tal maneira, sem violar as antigas formas, que venham a ser descobertas novas possibilidades de compreensão” (VIEHWEG, 2008, p. 43).

à resolução do problema, serão estudados pelo intérprete que considerará qual o de maior pertinência (dentre os possíveis) para a concretização constitucional.

O intérprete deve, por um lado, “empregar somente tais pontos de vista para a concretização que estão relacionados com o problema: a determinação pelo problema exclui *topoi* não-apropriados” (HESSE, 1998, p. 64). Por outro lado, os pontos de vistas indicados pelo intérprete auxiliam na compreensão dos elementos de concretização fornecidos pela própria norma constitucional a ser concretizada – tanto pelo programa da norma quanto pelo âmbito da norma. Além do mais, é através deles que identificará as diretivas existentes na Constituição para “a empregabilidade, coordenação e valorização desses elementos na resolução do problema” (HESSE, 1998, p. 64).

Retornando à ideia de programa da norma, cuja essência se encontra no texto normativo a ser concretizado, sabe-se que seu significado será traçado pela interpretação do texto, o que é feito por intermédio dos pontos de vista produzidos pelo uso dos métodos tradicionais de interpretação: gramatical, histórico, teleológico, genético e sistemático (HESSE, 1998).

Apropriado dizer que a mera interpretação do texto não conduz à concretização mais precisa da norma. Portanto, versar sobre o problema dos pontos de vista do âmbito da norma é irrenunciável, nos seguintes termos:

[...] como para as normas da Constituição é importante a realidade a ser ordenada dos fatos da vida concretos, é necessário compreendê-los na colocação da questão, determinada pelo programa da norma, na sua configuração e peculiaridade juridicamente moldada [...]. Esse avanço fornece não só elementos adicionais de concretização mais pormenorizada, assim como de fundamentação racional e controlável [...]. (HESSE, 1998, p. 65).

Essa etapa possibilita uma resolução baseada na “coordenação material das respectivas condições de vida ou âmbitos de vida” (HESSE, 1998, p. 65), alcançando os elementos externos à leitura sistemática do texto, pois estabelece uma conexão atualizada entre a norma e o seu campo real de incidência.

A resolução do problema de concretização da norma constitucional não se encerra com esses dois núcleos normativos. Como norteadores – do significado dirigente e limitador – desse processo, caberá aludir aos princípios da interpretação constitucional, dentre os quais: o princípio da “unidade da Constituição”¹⁹⁷; o princípio da “concordância

¹⁹⁷ O princípio da unidade da Constituição depreende a conexão sistemática entre as normas constitucionais, de tal sorte que sejam interpretadas em consonância com o conjunto harmônico da Constituição, evitando contradições entorno dos elementos individuais de uma norma isolada. A observância do princípio conduz

prática”¹⁹⁸; o princípio ou critério da “exatidão funcional”¹⁹⁹; o “princípio ou efeito integrador”²⁰⁰; e, por fim, o princípio da “força normativa da Constituição”²⁰¹ (HESSE, 1998, p. 65-68).

Konrad Hesse salienta que a pretensão de exatidão absoluta é inviável, porém a tarefa do intérprete é tornar a decisão em uma pretensão razoável, convincente e, até certo grau, previsível, conferindo honradez e certeza jurídica – ainda que limitada – ao resultado do processo. A função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder presente na Constituição determina a vinculação da interpretação constitucional a limites insuperáveis.

Na lição de Hesse (1998, p. 69 e 70), esse pressuposto admite a possibilidade de mutação constitucional por interpretação, enquanto define a exclusão de qualquer tentativa de rompimento constitucional (“desvio do texto em cada caso particular”), visto que “onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição”.

Sistematicamente, no quadro da interpretação constitucional, o ponto de partida é o “primado do problema”, o que significa dizer que o intérprete “não tem livre escolha dos *topoi*” (HESSE, 1998, p. 70). O problema no qual se pretende concretizar a norma constitucional indica um amplo campo de possibilidade tópicas, mas como o texto é limite insuperável, os *topoi* são delineados pontualmente pelo enunciado textual.

a um resultado “que se mantém em consonância com as decisões fundamentais da Constituição e se preserva da restrição unilateral a aspectos parciais. (HESSE, 1998, p. 65).

¹⁹⁸ Devido à composição plural do acervo de bens jurídicos constitucionalmente protegidos, o princípio da concordância prática conduz a resolução do caso concreto a um desdobramento da cooperação que funda a unidade da Constituição. A tarefa de otimização imposta à concretização de normas constitucionais dessa natureza implica em duas observações: a) os bens jurídicos tutelados não são absolutos; b) a resolução do conflito deve conceder a ambos um patamar de eficácia ótima (HESSE, 1998). É importante ressaltar que para produzir a concordância prática deve-se verificar as grandezas em choque segundo as particularidades do caso concreto. A regra da proporcionalidade é um corolário nessa relação de concessões e restrições de bens jurídico-constitucionais.

¹⁹⁹ Derivado da própria essência da Constituição como ordenação funcional do Estado, o princípio ou critério da exatidão funcional determina ao órgão interpretador que se mantenha na esfera das funções que lhe são atribuídas, lhe sendo vedado pela via interpretativa remover a distribuição constitucional de funções. Hesse (1998, p. 67) comenta a incidência primordial do princípio na relação entre legislador e Tribunal Constitucional, de modo que “como ao Tribunal Constitucional cabe, diante do legislador, somente uma função controladora, é negada a ele uma interpretação que iria conduzir a uma limitação da liberdade conformadora do legislador mais além dos limites traçados pela Constituição ou a uma configuração por meio do tribunal mesmo”.

²⁰⁰ Através do princípio do efeito integrador, Hesse (1998, p. 68) acolhe a função integradora, descrita por seu mentor Rudolf Smend, por força da qual o processo de interpretação constitucional deverá “dar a preferência àqueles pontos de vista que produzem efeito criador e conservador da unidade”.

²⁰¹ É pertinente reconhecer no princípio da força normativa da Constituição como a ordem de preferência “àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima” (HESSE, 1998, p. 68).

Nesse diapasão, destaca-se o trecho colacionado abaixo:

Si las modificaciones de realidade social sólo deben considerarse relevantes para el contenido de la norma en cuanto forman parte del ámbito normativo, si el 'programa normativo' resulta a este respecto determinante y si para este último resulta fundamental el texto de la norma, entonces el contenido de la norma constitucional sólo podrá modificarse en el interior del marco trazado por el texto. (HESSE, 1983, p. 109)²⁰²

Por certo, a modificação informal da Constituição sem alteração de seu texto somente avocará a roupagem de mutação constitucional quando não implicar em ruptura com o programa da norma, isto é, o significado permitido pelo seu texto.

Dessas considerações, o autor opera algumas conclusões cabais:

1. A problemática específica da mutação constitucional é um desdobramento natural de momentos de tensão entre funções básicas da Constituição – de um lado, a preservação de um Estado eficaz e operativo, e, de outro, a atuação estabilizadora, racionalizadora e limitadora do poder;

2. A interpretação construtiva é uma condição fundamental à força normativa da Constituição por reforçar a confiança na inquebrantabilidade da ordem constitucional (HESSE, 1991);

3. O texto da Constituição é “um limite absoluto de uma mutação constitucional não apenas desde o ponto de vista da relação entre ‘Direito’ e ‘realidade constitucional’”, como também da estrutura normativa e das funções inerentes à Constituição (HESSE, 1983, p. 110);

4. O primeiro parágrafo do art. 79 da Lei Fundamental de Bonn, referente à sua alteração, confirmaria que “o texto vinculante da norma deve resultar do próprio documento constitucional” (HESSE, 1983, p. 110) através de “lei que expressamente complete ou modifique o seu texto” (ALEMANHA, 2011, p. 69); e

5. É certo que nenhuma teoria dos limites sobre as formas de alteração constitucional poderá impedir todo tipo de ruptura, nem cederá a usurpações e revoluções, porém a melhor defesa frente às mutações constitucionais que se pretendem ilimitadas estaria no âmbito linguístico do texto constitucional (HESSE, 1983).

²⁰² Em tradução livre: “Se as modificações da realidade social devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto formam parte do âmbito normativo, se o ‘programa normativo’ resulta a este respeito determinante e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional somente poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto.” (HESSE, 1983, p. 109).

Deve-se reconhecer a firme constatação de Konrad Hesse sobre as mutações constitucionais no que diz respeito ao seu papel e seu recorte democrático em prol da essência e da força normativa da Constituição. No entanto, até mesmo o autor admite a dificuldade de vislumbrar qualquer resolução definitiva para o conflito entre norma constitucional e realidade, dado que só nos é possível apreender parcialmente os pressupostos da força normativa da Constituição (HESSE, 1983). Isso ocorre em virtude da própria vontade de Constituição, que depende tanto dos participantes do processo de realização constitucional quanto da natureza das questões a serem solucionadas no futuro, sejam questões de poder ou de direito.

3.4.3 As conclusões de Peter Häberle sobre a legitimidade das mutações constitucionais

Na esteira de seu mestre Konrad Hesse, Peter Häberle (2002; 2003; 2017) também refletirá sobre um novo paradigma na concretização democrática da Constituição.

Avançando pelas noções de constituição enquanto “processo aberto” (HÄBERLE, 2017, p. 537), a “constituição vinda da cultura” (HÄBERLE, 2017, p. 536) e “democracia do cidadão” (HÄBERLE, 2002, p. 38), o estudioso propõe uma evolução do sistema hermenêutico constitucional com raízes na existência de um “círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista” (HÄBERLE, 2002, p. 11).

É justamente nesse campo rico em novas propostas e terminologias, pertencentes ao marco da “Teoria da Constituição como ciência cultural”, que o jurista semeia a sua discussão sobre os instrumentos e procedimentos para “o processamento constitucional do fator tempo” (HÄBERLE, 2003, p. 61).

Ao apresentá-los, concebe uma sistematização a partir do grau de formalização dos mecanismos e procedimentos, na ordem subsequente: 1. Cláusulas relativas ao futuro e ao progresso²⁰³; 2. Mutação constitucional através da interpretação ou interpretação sem modificação expressa do texto da Constituição; 3. Votos particulares

²⁰³ As “cláusulas relativas ao futuro e ao progresso” são definidas como fórmula de “reivindicação do futuro pelo texto constitucional”, seu teor pode variar desde a fixação absoluta ou “eterna” de certos princípios (se equiparando à nomenclatura pátria de cláusulas pétreas), a exemplo do art. 79, parágrafo 3º, da Lei Fundamental de Bonn; à direção e promoção de um “futuro benéfico” e de condições favoráveis ao desenvolvimento das gerações futuras (semelhante às normas programáticas); ou até mesmo à negação de situações jurídicas do passado que materializavam conteúdo atualmente rechaçável, a exemplo do regime de servidão (HÄBERLE, 2003, p. 61 e 62).

dos juízes constitucionais²⁰⁴; 4. Mandatos ao legislador²⁰⁵; 5. Efeitos antecipados das leis²⁰⁶; 6. Cláusulas de experimentação e de experiência²⁰⁷; 7. Modificações constitucionais ou reformas constitucionais.

Tendo em vista a delimitação do problema-chave da investigação deste trabalho, a formulação do autor será perquirida com maior precisão no que se refere às categorias (2) e (7). Todavia, para examiná-las, antes é necessário compreender as linhas gerais da teoria häberliana sobre a relação existente entre tempo e cultura constitucional dentro do conjunto de sua obra. Prontamente, segue-se:

Em reposta aos flagelos à democracia constitucional e à ordem internacional de direitos humanos em meados do século XX, houve uma reformulação do Estado constitucional com fulcro na dignidade humana enquanto premissa antropológico-cultural, conferindo ênfase ao regime de direitos fundamentais e à tolerância como integrantes do consenso constitucional básico (HÄBERLE, 2003). Assim, as raízes de uma democracia pluralista ou de uma sociedade aberta vieram a ser incorporadas com urgência no pós-Guerra, conferindo destaque a novos aspectos de elementos já conhecidos na doutrina constitucional, como o exercício do poder político segundo a soberania popular e a divisão dos poderes.

²⁰⁴ Os juízes constitucionais, por vezes, podem sustentar votos particulares com interpretações alternativas ou dissidentes que anunciam e promovem, ou ainda aceleram, a origem de uma mutação constitucional (HÄBERLE, 2003, p. 63). Não é raro que aconteça no contexto norteamericano, justamente pela natureza jurisprudencial de seu sistema jurídico, de modo que votos minoritários podem fomentar futuras guinadas interpretativas. Notadamente é pertinente salientar a existência de uma modalidade de decisão transitiva – que traduz uma relativa transação com a supremacia constitucional – denominada de “sentença de aviso”, cujo pronunciamento alerta para uma mudança na orientação jurisprudencial (*prospective overruling*), “deixando de ser aplicadas ao caso ou ação no curso da qual são proferidas”, conferindo efeitos prospectivos perante a potencialidade de alteração da orientação jurisprudencial vigente (SAMPAIO, 2003, p. 176).

²⁰⁵ Ao cumprimento dos mandatos constitucionais abertos e programáticos da Constituição, como, por exemplo, a cláusula de igualdade de gênero (art. 3º, parágrafo 2) da Lei Fundamental de Bonn, é indispensável o preenchimento de seu conteúdo via processamento regulamentar do legislador infraconstitucional. Peter Häberle (2002, p. 27) inclusive salienta que “o legislador cria uma parte da esfera pública (*Öffentlichkeit*) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais”. Essas fórmulas mandamentais das normas constitucionais fornecem espaço para o reajuste às condições de tempo, abrindo margem à responsabilidade discricionária do legislador.

²⁰⁶ Trata-se do “efeito antecipado” (*Vorwirkung*) das leis e tratados que, apesar de ainda não vigentes formalmente, comportam responsabilidades entre as partes pactuantes e conduzem à aceleração do fator tempo dentro da ordem jurídica (HÄBERLE, 2003, p. 64).

²⁰⁷ Trata-se de cláusulas comuns em períodos de índole reformista, cujo o intuito é o “de antecipar-se ao futuro de maneira temporalmente limitada” (HÄBERLE, 2003, p. 64). A explicitação de Häberle sobre a categoria é singela, mas aponta a tendência em dirigir tais cláusulas à avaliação das leis. Cita, por exemplo, a hipótese na qual a investigação da implementação, em matéria ambiental ou de planejamento urbano, trate uma lei em seu conjunto como se fosse um experimento, a fim de colher dados sobre a sua reforma e aperfeiçoamento.

Perante a pretensão de se tornar ordem superior do Estado e da sociedade, a Constituição deve abarcar “as estruturas fundamentais da sociedade plural” (HÄRBELE, 2003, p. 3), convertendo princípios constitutivos do núcleo essencial em comandos exequíveis pelos diversos atores que vivem a realidade constitucional.

A estruturação aberta e plural da Constituição condensa a noção de que suas normas institucionalizam experiências – incluídas as informações culturais, as opiniões e as práticas não jurídicas em sentido estrito, mas que compõem a identidade da sociedade constitucional e o ambiente político no qual pretendem regular - e “abrem espaço para o desenvolvimento do espírito humano e sua história” (HÄBERLE, 2003, p. 4).

Jürgen Habermas (1997) ao estudar sobre “o cruzamento entre normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder” disporá de anotações que se revelaram de suma relevância para a teoria desenvolvida por Peter Häberle.

Na lição de Habermas (1997, p. 191), tal cruzamento é necessário para articular quais argumentos são relevantes para a formação discursiva de uma vontade política comum, tendo em vista que as comunidades concretas, ao submeter sua vivência à regulação, “não conseguem separar as questões de regulamentação de expectativas de comportamentos das questões referentes à colocação de fins comuns”. Conseqüentemente, ao institucionalizar matérias de interesse geral, as normas jurídicas exprimem tanto uma vontade geral – “pura e simples” - quanto a “vontade particular dos membros de uma determinada comunidade jurídica” (HABERMAS, 1997, p. 191).

Noutras palavras, existem questões equitativamente relevantes “a todos” e questões representativas em favor de “um nós” – correspondente à expressão e identidade de grupos políticos específicos. O que revela diversos graus de integração dentro da composição social.

Outro ponto fundamental reside na correlação entre a concretude do direito e a aceitabilidade das normas como expressão do processo de “autocompreensão de uma vida histórica”, abarcando a “compensação entre interesses de grupos concorrentes” e a escolha entre fins alternativos (HABERMAS, 1997, p. 194).

A tensão entre os grupos sociais na disputa pelo poder é aplacada o suficiente para estipular um ambiente de discussão racional, o qual não permite ultrapassar determinadas fronteiras, mas assume a projeção de futuros (e constantes) conflitos entre a facticidade e a validade – entre a necessidade de compensação de interesses e a manutenção da validade normativa da ordem jurídica.

Para Habermas (1997, p. 214), a estruturação discursiva das arenas públicas demanda o princípio do pluralismo político, pois “o conteúdo do princípio da soberania popular só se esgota através do princípio que garante esferas públicas autônomas e do princípio da concorrência entre os partidos”. Logo, permite a complementação da opinião e vontade oficial através da “formação informal da opinião na esfera pública, aberta a todos os cidadãos” (HABERMAS, 1997, p. 214).

Incorporando esse pensamento, Peter Häberle (2003, p. 5) constata que, em sua etapa evolutiva atual, a Constituição define um Estado constitucional a serviço da identidade cultural de uma sociedade, ao passo que a ordem nela inscrita “vive em última instância da dimensão do cultural”, regendo a proteção dos bens, liberdades e do patrimônio cultural.

Há de mencionar, ainda, a capacidade de convicção extraída da concepção culturalista de Häberle:

[...] la Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas, los que tienen que interpretarla conforme a las antiguas y las nuevas reglas de la profesión, sino que actúa esencialmente también como guía para los no juristas: para el ciudadano la Constitución no es sólo un texto jurídico o un ‘mecanismo normativo’, sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas (HÄBERLE, 2003, p. 5)²⁰⁸.

Os resultados dos complexos processos de socialização e globalização, e a consequente intensificação da constitucionalização de direitos coletivos e de proteção às minorias, reforçaram a problemática de longevidade da identidade cultural através da normatividade constitucional – agora marcada por demandas cada vez mais acentuadas pela observância e tolerância de uma composição multicultural (HÄBERLE, 2003).

Os processos de crescimento cultural e as novas configurações da realidade estimulam o processo de interpretação jurídica, atrelado primariamente à dimensão da resposta oficial dos órgãos e agentes públicos – uma dimensão “jurídico-formal” –, a se atualizar a partir do ambiente cultural. Uma transformação na interpretação jurídica é,

²⁰⁸ Em tradução livre: “[...] a Constituição não é apenas um ordenamento jurídico para os juristas, aqueles que devem a interpretar conforme as antigas e as novas regras da profissão, senão também atua essencialmente como guia para os não-juristas: para o cidadão a Constituição não é somente um texto jurídico ou um ‘mecanismo normativo’, senão também expressão de um estágio de desenvolvimento cultural, meio para a representação cultural do povo ante a si mesmo, espelho de seu patrimônio cultural e fundamento de suas esperanças.” (HÄBERLE, 2003, p. 5).

portanto, resultado das operações de “(re)produção e recepção cultural” (HÄBERLE, 2003, p. 36).

A sociedade é aberta “em si e para si” como elemento fundante do espaço público (HÄBERLE, 2003, p. 36). Portanto, o Estado constitucional, que a organiza e consagra esse espaço, deve ser capaz de equiparar as forças que disputam no âmbito político-cultural ao vincular os valores fundamentais na ordem constitucional.

Além disso, por considerar a ordem material constitucional como um desdobramento cultural, a conjugação das variáveis “tempo” e “esfera pública pluralista” revela nas normas constitucionais apenas dados provisórios para a sua interpretação, os quais estão suscetíveis a um constante processo de conformação da realidade da Constituição. Torna-se inconcebível a ideia de que a práxis constitucional não-estatal seja diminuída, ou até mesmo excluída, do processo de compreensão e de explicitação do sentido da norma, quando a própria norma constitucional dispõe aos seus destinatários a fundamental tarefa de vivê-la.

Em função dessa reflexão, a proposta do autor conflui com a tese de que o processo de interpretação constitucional deve ser orientado como consequência do conceito republicano²⁰⁹ de interpretação aberta, reconhecendo a potencial vinculação de “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 2002, p. 13).

Consequentemente, Häberle (2002, p. 15) afirma que “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”. E adiciona que o monopólio da interpretação constitucional pelos intérpretes jurídicos é insustentável, pois a própria definição do escopo de direitos fundamentais²¹⁰ deve considerar o “modo como os destinatários da norma preenchem o âmbito de proteção daquele direito” (HÄBERLE, 2002, p. 15).

²⁰⁹ O conceito de República, tratado por Häberle, estabelece forte conexão entre a construção de um ambiente político-cultural e a prevalência dos ideais de liberdade, democracia e responsabilidade. Nesses moldes, a sua realização, consciente ou inconscientemente, atua na promoção do cultivo e da reprodução cultural. Caso (re)ativada, conforme a fórmula sob análise, a república seria concretizada e vivida por todos os intérpretes constitucionais da sociedade aberta sob a forma de norma jurídica e de objetivo de educação (HÄBERLE, 2003).

²¹⁰ A propósito, é relevante anotar que a concepção e correspondente atuação do indivíduo, de grupos, e de órgãos estatais “configuram uma excelente forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito”, a ponto de converter-se num “elemento objetivo dos direitos fundamentais” (HÄBERLE, 2002, p. 17).

Sob a mesma lógica, há uma relação de proporcionalidade positiva entre a abertura de critérios interpretativos e o grau de pluralidade da sociedade, cuja fórmula exprime que tais critérios “hão de ser tanto mais abertos quando mais pluralista for a sociedade” (HÄBERLE, 2002, p. 13), sob pena de limitar indevidamente o processo de democratização da interpretação constitucional e de conduzir a sentidos normativos discriminatórios ou injustos.

A atribulada conexão entre a interpretação constitucional e o processo político demonstra quão controvertida é a questão acerca da determinação de um significado jurídico-formal como correto e legítimo. Caso contrário, a unidade constitucional corre o risco de dissolver-se perante incontáveis interpretações e intérpretes.

Embora acertada a diferença entre o poder de conformação disposto entre legislador e juiz constitucional na interpretação, é importante ter em perspectiva que o espaço designado para a jurisdição constitucional “é limitado de maneira diversa, com base em argumentos de índole técnica”; enquanto o processo político, frequentemente, constitui o “motor que impulsiona” o processo de interpretação constitucional, aludindo a conjectura ambígua de “política como interpretação constitucional” (HÄBERLE, 2002, p. 26).

A propósito, Häberle aponta tanto a existência do predomínio da política sob o disfarce de interpretação constitucional, quanto da interpretação constitucional por meio da política, sendo esta:

[...] o movimento, a inovação a mudança, que também contribuem para o fortalecimento e para a formação do material da interpretação constitucional a ser desenvolvida posteriormente. Esses impulsos são, portanto, parte da interpretação constitucional, porque, no seu quadro, são criadas realidades públicas e, muitas vezes, essa própria realidade é alterada sem que a mudança seja perceptível. (HÄBERLE, 2002, p. 26)

O processo político é condicionado pela Constituição e não livre em detrimento dela. Assim, o formula, provoca e impulsiona os pontos de vista possíveis para integrar o conteúdo da Constituição, atuando o legislador como “precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional” (HÄBERLE 2002, p. 27).

As mutações constitucionais são reconhecidas pelo jurista como resultado relativamente discreto e sem formalização decorrente do processo de interpretação constitucional. Conforme aduz Peter Häberle (2003, p. 62), as mutações poderão ser

produzidas mediante a interpretação realizada pelos tribunais, pela prática estatal, pela opinião pública, pela doutrina, ou, ainda, como uma combinação de todas estas.

Por seu turno, a instituição clássica das modificações ou reformas constitucionais incide na formalização nova e direta da Constituição, resultando na incorporação do texto às mudanças no tempo.

Na ótica de Häberle (2003, p. 65), as modificações constitucionais insurgem para “adaptar-se a mudanças que já tenham ocorrido nos fatos, mas também podem tratar de produzi-los”, consagrando uma distinção entre “modificações de adaptação” e “de criação”. Diferente das mutações constitucionais, essas modificações diretas contribuem precisamente para a duração e a estabilidade de uma comunidade quando se demonstram “oportunas”, o que só pode ser determinado perante às particularidades da situação concreta (HÄBERLE, 2003).

O dissenso sobre a coexistência de ambos os instrumentos resgata a objeção à ampliação do círculo de intérpretes. Aqui, compete colacionar três advertências: 1. “os participantes do processo constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material” através de sua práxis (HÄBERLE, 2002, p. 42); 2. “o processo constitucional não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional” (HÄBERLE, 2002, p 42); e, por fim, 3. apesar de ser um processo aberto, a interpretação deve conhecer as possibilidades alternativas, de modo a não se confundir com submissão passiva ou à recepção de uma mera ordem (HÄBERLE, 2002).

Todos os intérpretes estão vinculados à Constituição – ainda que a maioria esteja por intermédio da força cogente do Estado –, de modo que qualquer um deverá ser orientado pela teoria e pela práxis (a força ativa da norma em prática) no ensejo de firmar a “Constituição enquanto processo público” (HÄBERLE, 2003, p. 32). A abertura Constituição remete à conjugação de um “concerto” de diferentes intérpretes no exercício de tarefas distintas, contribuindo cada qual com a formação de uma unidade normativo-cultural fortalecida.

Sob a concepção de Häberle (2002, p. 34), constituiria “um autoengodo ou um empobrecimento” da força normativa da Constituição, assim como da força criativa da interpretação constitucional, permitir que a hermenêutica constitucional se restrinja a um grupo de “intérpretes corporativos”, autorizados estritamente jurídica ou funcionalmente pelo Estado.

Assertivamente, a “democracia do cidadão” (“*Bürgerdemokratie*”) concebe um regime constitucional dimensionado pelos direitos fundamentais aliado ao desenvolvimento interpretativo multifacetado e plural das normas constitucionais.

Fixe-se que os diversos métodos de interpretativos estão em uma interrelação flexível por se tratarem de “uma função do tempo” (HÄBERLE, 2003, p. 63), compartilhando o objetivo de organizá-lo. Presumidamente, a depender do método, a interpretação constitucional será em parte retrospectiva, atrelada a concepções tradicionais extraídas de uma investigação “originalista” que prioriza o método histórico; e em parte prospectiva, quando o método orienta-se para as consequências e o prognóstico futuro da norma.

A doutrina e a interpretação de órgãos oficiais desempenham um papel de controle e disciplina da forma de participação da opinião pública, visto que os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam o núcleo significativo da Constituição, atuando como “‘filtros’ sobre os quais a força normatizadora da publicidade (*normierende Kraft der Öffentlichkeit*) atua e ganha conformação”, canalizando “as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo” (HÄBERLE, 2002, p. 43-44).

Revela-se, portanto, que a dimensão entre a intensidade da ampla participação de intérpretes é inversamente proporcional ao controle efetuado pelo Tribunal ou Corte Constitucional. Nesse diapasão, “um *minus* de efetiva participação deve levar a um *plus* de controle constitucional”, já que “a intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação” (HÄBERLE, 2002, p. 46).

No mesmo sentido, há de se reconhecer que:

Indubitavelmente, a expansão da atividade jurisdicional da Corte Constitucional significa uma restrição do espaço de interpretação do legislador. Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de Democracia. (HÄBERLE, 2002, p. 49).

A contribuição de Peter Häberle sedimenta um método concretista com base ideológica democrática, apreendendo a interpretação da Constituição como um processo aberto “que oferece largo terreno ao debate e à renovação” (CARVALHO, 1997, p. 67). Para ele, os processos de alteração constitucional aqui estudados são desenvolvimentos naturais da interpretação constitucional plural, distintos apenas pelo grau de formalização

de seu resultado, sendo ambos submetidos às limitações encontradas no conjunto de direitos fundamentais e ao controle de constitucionalidade.

Márcia Haydée Porto de Carvalho (1997) ressalta ponto crucial para a análise crítica do método de Häberle, pois muito embora seja fundamental por ampliar os mecanismos de combate às crises constitucionais, temos que:

[...] sua eficácia depende da existência de alguns pressupostos na sociedade em que é aplicado: sólido consenso democrático, base social firme, instituições fortes, cultura política fortalecida, pressupostos não encontrados em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como o Brasil. (CARVALHO, 1997, p. 67-68).

Pode-se dizer que o recorte de Peter Häberle caracteriza um modelo ideológico-constitucional ideal para todo Estado que se pretende denominar uma democracia constitucional. Para tanto, pretende alcançar e ampliar a integração de seus componentes, permitindo e estimulando a pluralidade no discurso público como alicerce de seu processo de reprodução e inovação. No entanto, o acesso a esse modelo é limitado, requerendo níveis prévios de desenvolvimento político-cultural e de equiparação discursiva.

Os fatos destacados pela pesquisa sobre o processo histórico-constitucional alemão revelaram, apesar de sua experiência atribulada, uma forte identidade cultural com a formação do Estado e que, posteriormente, cedeu à precedência da Constituição. Essa característica, juntamente ao potencial econômico e intelectual do país, se mostrou fundamental para a manutenção de seu otimismo político.

Em Estados construídos sobre uma base exploratória, as desigualdades e a desconfiança nos próprios intérpretes oficiais, especialmente no que tange à manipulação das mutações constitucionais, representam óbices consideráveis na implementação extensiva de seu método. Todavia, a compreensão geral de seu estudo propõe um guia fundamental para indagar o parâmetro presente da interpretação constitucional e da sua relação com o tempo. Nessas circunstâncias, espera-se que seja possível adquirir uma postura ativa quanto à realidade político-institucional desses Estados e adequá-los, conforme o grau pertinente, à inserção ou aperfeiçoamento de uma prática constitucional discursiva aberta, plural e tolerante.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DINAMICIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS

A postura investigativa adotada pelo presente trabalho conduziu nos capítulos anteriores à exaustão do arcabouço teórico clássico acerca das mutações constitucionais. A partir dos conceitos introduzidos e pela descrição da jornada histórico-evolutiva pelo qual o instituto sofreu dentro de seu contexto original, reconhecemos a complexidade das tensões subjacentes às mutações. O que demonstra a impossibilidade de se contornar as particularidades de cada ordem constitucional ao tratarmos da sua transformação.

O presente capítulo adentrará no cerne da investigação, contextualizando a problemática da mutação constitucional não apenas em solo pátrio, mas em seu uso por uma das instituições motrizes da ordem constitucional brasileira. Para tanto, o capítulo foi organizado em três partes.

Num primeiro momento, será apresentada a discussão sobre os contornos adquiridos pelo Supremo Tribunal Federal dentro da arquitetura interinstitucional de nossa ordem constitucional, explicando o seu notório protagonismo político-jurisdicional e seus principais desdobramentos.

Nesse esforço, será imprescindível: a) apontar a clara inspiração norte-americana no desenho da Corte e a sua correlação com a evolução do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade de leis; b) questionar a natureza da Suprema Corte brasileira como um Tribunal Constitucional por excelência; e c) criticar a recente tendência da Corte em prol do ativismo judicial, salientando os seus impactos para as frequentes interseções entre a política e o direito constitucional.

Adiante, será reconstituída a linha temporal do estudo da mutação constitucional dentro do direito brasileiro, abordando as lições doutrinárias de maior expressão e como a prática jurisprudencial veio a consolidar o instituto na discussão de questões de extrema relevância política no país.

Enfim, conjugamos a análise empírica das mutações constitucionais promovidas pelo Supremo Tribunal Federal no interstício de 2016 a 2018. Por contemplar um momento histórico de intenso choque entre as instituições democráticas do país, seguindo a instabilidade causada por um processo de *impeachment* presidencial, entende-se que a preocupação maior recai sobre a possibilidade de que um terreno fértil para crises e rupturas constitucionais seja acompanhado por mutações inconstitucionais. Nesse sentido, são estudados acórdãos pontuais da Suprema Corte a fim de definir qual o papel

atribuído à mutação constitucional e como esta se encaixa dentro da trintenária democracia brasileira.

4.1 O PROTAGONISMO POLÍTICO-JURISDICIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Compreender as dimensões adquiridas pelo Supremo Tribunal no atual desenho institucional brasileiro é também compreender a história do constitucionalismo e do controle de constitucionalidade das leis em solo pátrio.

Como bem colocam Bruno Denis Vale Castro e Paulo Roberto Barbosa Ramos (2014), o modelo brasileiro é claramente inspirado no ideal norte-americano e, por consequência, a criação do Supremo Tribunal Federal teve por inspiração a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Desde então, as peculiaridades assumidas por nosso modelo híbrido de controle de constitucionalidade e pelos arranjos internos da Corte brasileira evidenciam ora tentativas de aproximação ora de distanciamento de sua fonte originária de inspiração.

Sob as rédeas do Império, o constitucionalismo brasileiro surge timidamente com a Constituição de 1824, preso aos preceitos dogmáticos da soberania parlamentar e distante de qualquer pretensão de controle normativo através do Poder Judiciário. Seguindo as influências rousseauianas do modelo francês, “o papel institucional solitário de guarda da Constituição e da democracia” cabia exclusivamente à Assembleia Geral (CRUZ, 2004, p. 267).

Embora nas discussões pré-republicanas, mais precisamente nos ensinamentos de Rui Barbosa (1893, p. 63), já se concebesse o esboço de modelo de controle de constitucionalidade das leis realizado por um órgão específico encarregado da missão de “reintegração da ordem constitucional violada”²¹¹, foi somente com a Constituição provisória de 1890 (Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890) que os primeiros experimentos em termos de controle de constitucionalidade seriam realizados. No entanto, ainda não poderíamos tratar do controle *in abstracto*, tendo em vista que a importação inaugural viera do modelo norte-americano de *judicial review* (MENDES, 2012).

²¹¹ O fundamento para esse modelo estaria no próprio sistema de direitos fundamentais, que uma vez enumerados no texto constitucional, “alguma força constitucional deve existir nele” para evitar que sejam transgredidos ou sanar a lesão (BARBOSA, 1893, p. 63).

Carlos Mário Velloso (1993, p. 6) indica que o respectivo decreto de 1890 havia firmado “o primeiro passo para a instituição do Supremo Tribunal Federal nos moldes a Suprema Corte norte-americana” e a consolidação da República marcaria o reconhecimento do Poder Judiciário enquanto poder político.

Nesse sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p. 275) descreve o nascituro Supremo Tribunal Federal como guardião da República, enquanto a Suprema Corte norteamericana já havia se estabelecido como instituição de “guarda da Constituição, da segurança jurídica, da democracia, da repartição dos poderes e da defesa dos direitos fundamentais”. Logo em suas manifestações iniciais, a Suprema Corte brasileira ostentou um histórico alternado entre momentos de inegável violação do ideal democrático (em defesa da consolidação de oligarquias regionais) e momentos de intensa defesa dos direitos fundamentais.

Um expediente nesse último sentido ficou conhecido como “doutrina do *habeas corpus*”. Trata-se de um notável exemplo de “construção jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal” que culminou na ampliação do alcance do remédio heróico à proteção de todo e qualquer direito fundamental, ameaçado ou violado, tendo em vista à precariedade de garantias e instrumentos processuais contidas no Texto Magno de 1891 (BULOS, 2014, p. 493). Incorporando mais uma prática do direito norteamericano, a Corte brasileira supriu uma deficiência do ordenamento jurídico através do ato de “construção constitucional” (“*construction*”) que, por sua vez, ao “recompôr o direito a ser aplicado no caso concreto” pode vir a originar uma mutação constitucional (BULOS, 2014, p. 437).

A reforma constitucional de 1926 resgatou os contornos iniciais da ação de *habeas corpus* e a subsequente previsão do mandado de segurança na Carta Constitucional de 1934 pôs termo à construção da Corte e inaugurou uma tendência de instrumentalização de garantias fundamentais nas ordens constitucionais brasileiras.

Durante a ditadura varguista, o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro assume novos contornos com a previsão da competência do Senado Federal para sustar os efeitos, no todo ou em parte, de quaisquer atos, leis, deliberações ou regulamentos, declarados inconstitucionais pelo Judiciário, atribuindo efeitos *erga omnes* à decisão da Suprema Corte.

Outra inovação residia na representação interventiva, através da qual o Procurador-Geral da República poderia submeter lei interventiva à apreciação de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em defesa dos princípios

constitucionais sensíveis. Notadamente, essa foi a origem do “primeiro mecanismo em ação direta de inconstitucionalidade, limitada, no caso, apenas aos casos de processo de intervenção federal” (CASTRO; RAMOS, 2014, p. 10). Abria-se paulatinamente o leque de atribuições da Corte e o alcance de suas decisões.

Contudo, com a outorga da Constituição de 1937, o controle judicial de constitucionalidade sofre uma abrupta ruptura vez que o novo texto constitucional permitia ao Chefe do Executivo submeter a lei declarada inconstitucional a novo exame de validade pelo Parlamento, que ao confirmá-la no quórum de dois terços em cada casa legislativa lhe daria força de emenda constitucional. Portanto, tornava-se “insubsistente a decisão do Tribunal” (MENDES, 2012, p. 29).

A dura restrição da jurisdição constitucional no período ditatorial varguista resultou em certa docilidade do Supremo Tribunal quanto à defesa dos direitos fundamentais, perfil que resistiu até o período da redemocratização de 1946. Ademais, com a limitação da nova ordem constitucional à mera reprodução dos ideais de 1891 e 1934, o controle judicial de constitucionalidade estagnou no mesmo *status* de sua tímida origem.

Somente com a aprovação da Emenda Constitucional nº 16, em 1965, foram incorporados os mecanismos de controle abstrato, ainda que sob o monopólio de representação pelo Procurador-Geral da República e a limitação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade.

Todavia, sob a insurgência de um novo regime autoritário e de uma nova Carta Constitucional (1967), os esforços em desenvolvimento da jurisdição constitucional foram interrompidos e o “Supremo permaneceu como mero fantoche do regime militar, praticamente até sua exaustão” (CRUZ, 2004, p. 298).

Com a Constituição de 1988, o constitucionalismo pátrio alcança o seu ápice democrático, promovendo “uma alteração quantitativa e qualitativa do espaço que o Supremo Tribunal Federal tem ocupado no cenário sociopolítico brasileiro” (CAMPOS, 2013, p. 349). A robusta instrumentalização da jurisdição constitucional, a reformulação do modelo híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro e a correspondente dilatação dos compromissos da Suprema Corte em virtude do teor programático da Constituição de 1988 desencadearam um novo desenho para as nossas instituições de justiça.

Para Oscar Vilhena Vieira (2008), o acúmulo intenso de atribuições no Supremo Tribunal Federal inaugurava um arranjo institucional supremocrático, com

prevalência da Corte tanto horizontalmente, em face dos demais Poderes políticos, quanto verticalmente, através da vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário às suas decisões. Assim, salienta o autor que:

A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. Supremocracia é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. (VIEIRA, 2008. p. 444).

Ademais, as novas dimensões assumidas pelo Supremo e a ênfase conferida à sua tarefa de guardião e intérprete maior da Constituição despertaram novas discussões acerca da sua configuração enquanto Corte ou Tribunal Constitucional.

Segundo Carlos Mário Velloso (1993, p. 8), é inegável que “o constituinte consagrou, então, o Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, estabelecendo competir-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição”. O autor justifica seu entendimento a partir da escolha constituinte de criar um tribunal próprio para lidar com o contencioso de direito federal comum - o Superior Tribunal de Justiça -, sedimentando, assim, a autoridade do Supremo Tribunal como “Corte Constitucional do Brasil” (VELLOSO, 1993, p. 8).

No entanto, vale lembrar que a Constituição de 1988 estabelece um rol igualmente robusto de atribuições ao STF que não correspondem diretamente à função de intérprete maior da Constituição e que, por isso, distanciam a Suprema Corte brasileira do modelo puro dos Tribunais Constitucionais europeus.

Portanto, apesar das inovações pós-88, por via das Emendas Constitucionais nº 3/1993 e 45/2004 e das Leis nº 9.868 e 9.882, ambas de 1999, representarem um aparente “movimento de concentração do controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal” (CASTRO; RAMOS, 2014, p. 11). Essa concentração diverge do modelo europeu de tribunais constitucionais, pois as demais características da Corte apontam para a inspiração americana.

Precisamente, Fernando Rocha (1997, p. 188-189) observa que a ideia de instaurar uma verdadeira Corte Constitucional no Brasil, alheia à estrutura do Poder Judiciário, só seria possível com a redução das competências do Tribunal, “retirando-lhe todas aquelas atribuições que não digam respeito à jurisdição constitucional, transferindo-as para o elenco das competências do Superior Tribunal de Justiça”.

O Ministro Luís Roberto Barroso (2002) adverte ainda que:

Enquanto as cortes constitucionais espalhadas pelo mundo, inclusive a Suprema Corte, inspiradora do modelo brasileiro, apreciam algumas centenas de processos por ano, o Supremo Tribunal Federal debate-se em dezenas de milhares de feitos, que desviam a atenção dos Ministros das questões verdadeiramente constitucionais e relevantes. (BARROSO, 2002, p. 297).

De qualquer modo, pode-se afirmar que após uma longa e oscilante trajetória o constitucionalismo brasileiro encontra no novo arranjo institucional de 1988 um forte desejo pela construção de uma democracia fundamentalista, caracterizada pela distribuição de responsabilidades a diversos órgãos estatais no processo de concretização de direitos e pela abertura à participação da sociedade civil (RAMOS, P. 1999).

Em contraposição ao protagonismo do Poder Executivo Federal e à desconfiança no Parlamento brasileiro, firmou-se na figura do Supremo o encargo de promover a concretização do abrangente repertório de direitos e garantias fundamentais previsto no Texto Maior de 1988. Assim, “o Supremo Tribunal Federal, antes uma instituição distante dos grandes temas políticos e sociais”, alcança “um patamar de relevância e autoridade político-normativa absolutamente inédito em sua história” (CAMPOS, 2013, p. 350).

Frente à significativa mudança no escopo de atuação do Supremo, a cultura constitucional brasileira deparou-se com outro fenômeno: o do ativismo judicial. De uma instituição coadjuvante para uma posição central na nova ordem constitucional, as decisões emanadas no exercício da jurisdição constitucional vieram a adquirir maior peso nas discussões sociopolíticas. Em resposta ao ativismo do Supremo, no ano de 2013 foi apresentada proposta de emenda constitucional que pretendia restaurar o regime parlamentar de cassação das decisões declaratórias de inconstitucionalidade. Carlos Blanco de Moraes (2013, p. 88) salienta que mesmo rejeitada, “a proposta consistiu num poderoso sinal ao referido Tribunal recordando-lhe os seus limites”.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2013, p. 353) fornece uma explicação multifacetada para a ascensão do ativismo judicial no Brasil, mais precisamente para a “era do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal”.

Assertivamente, o autor observa que a tendência paternalista de ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal responde: 1) à “virada institucional do Supremo Tribunal Federal” na ordem constitucional de pós-88 e o conseqüente desejo de fortalecimento da Corte frente ao poder político dos demais Poderes (CAMPOS, 2013, p. 371); 2) à confluência entre sua função contramajoritária e um ambiente de participação desigual na arena política, cuja conseqüência principal é a “forte pressão e mobilização política da sociedade, que demanda o Supremo diante do déficit de confiança e acesso no Parlamento” (CAMPOS, 2013, p. 378); 3) à conjectura política e sociológica do Estado constitucional brasileiro, marcado pela ineficiência administrativa e pela omissão legislativa na proteção de direitos; e 4) à transformação jurídico-cultural da prática discursiva da Corte, o que “tornou menos nítidas as fronteiras entre Direito e Política na jurisprudência do Supremo e avançou seu papel sobre a realidade social” (CAMPOS, 2013, p. 406).

Em face desse último aspecto, é possível identificar a recorrente importação²¹² de institutos teórico-filosóficos e técnicas hermenêuticas estrangeiras pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Prosseguindo, nota-se que a expansão decisória da Corte, apesar de gradual, tomou força no início do século XXI com as decisões proferidas em dois âmbitos específicos: o do processo político-eleitoral; e o das questões de cunho moral e social (“as questões de direitos divisoras de águas”) (CAMPOS, 2013, p. 354).

Sobre a sua performance em questões de teor político-eleitoral, o Supremo assumiu o papel de “ator decisivo para a formação das bancadas legislativas nos diferentes níveis de governo” e, por diversas vezes, tem (re)construído as regras do jogo democrático no Brasil (CAMPOS, 2013, p. 353).

²¹² Aliado ao tema, Virgílio Afonso da Silva (2002; 2005) atenta para o fato de que a doutrina e a jurisprudência constitucional brasileira tendem a aceitar como pacificados e sedimentados, ou até mesmo pressupostos, muitos conceitos que, em verdade, são extremamente problemáticos quando inseridos em nosso sistema jurídico. A própria Suprema Corte brasileira lança mão desses institutos de forma indiscriminada, reduzindo-os a meros recursos retóricos, cuja simples menção teria o condão de justificar um posicionamento isolado e unilateral que, muita das vezes, não reflete a feição e conteúdo originais dos institutos. É o caso do apelo retórico da regra da proporcionalidade, lido pela Suprema Corte brasileira sob a fórmula equivocada de “princípio da proporcionalidade o razoabilidade” (SILVA, V. 2002, p. 31); e da confusa aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição utilizada como dever de “salvar toda e qualquer lei que, embora minimamente, possua alguma faísca de constitucionalidade” (SILVA, V. 2005, p. 25).

Talvez o exemplo mais claro seja o caso da “Lei da Ficha Limpa” (Lei Complementar nº 135/2010), sobre a qual prevaleceu decisão do STF em favor da sua constitucionalidade, em sede da apreciação em conjunto das ADC’s nº 29 e 30 e da ADI nº 4.578. Quanto ao caso, calha sublinhar a crítica de Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto (2016) que condena tanto o excesso paternalista ou perfeccionista do legislador quanto à falta de coerência do Supremo Tribunal Federal em seu papel de guardião da Constituição, ambos voltados à satisfação dos anseios públicos. Nesse tom, argumentam os autores que:

[...] no caso da ‘Ficha Limpa’, não foi a tensão em torno do princípio democrático que pautou a decisão. Ela foi pautada, antes pela necessidade da moralização da política no país. Provavelmente o fato de cuidar de uma lei de iniciativa popular pesou na definição do entendimento dos Ministros. (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 31-32).

Em relação às matérias de alto teor valorativo, nas quais se inscrevem as questões constitucionais difíceis, o desempenho da matriz antimajoritária do Supremo coincide com maior intensidade aos casos de construção judicial. Como exemplo, cita-se o resultado da ADI nº 4277/DF e da ADPF nº 54/DF, respectivamente os casos da união homoafetiva e do aborto de fetos anencéfalos.

Contrário à hipótese de “criação política de uma norma constitucional pelo juiz a partir de princípios”, Carlos Blanco de Moraes (2013, p. 84) critica a técnica da decisão à parte de seu conteúdo, questionando a prevalência de princípios jurídicos plásticos sobre “uma regra constitucional inequivocamente portadora de um mandado de definição”.

Essa linha de entendimento do autor português representa de forma contundente uma vertente doutrinária aversa às “mutações integrativas” da Constituição por seu vínculo com as fórmulas normativas mais abertas – os princípios –, o que reflete a resistente herança positivista sobre o papel do juiz-intérprete. Contudo, concordamos com a sua observação de que uma mutação “impura” designa “toda a criação normativa jurisprudencial que contrarie o ‘*aquis* constitucional’ sobre uma dada matéria e substitua o programa normativo da norma interpretada” (MORAIS, 2013, p. 84).

Como veremos a seguir, a problemática maior está na “dificuldade de identificação de uma racionalidade nos usos e atribuições de sentidos à mutação constitucional” (SANTOS, 2015, p. 87).

4.2 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

4.2.1 Percepções e estudos iniciais da mutação constitucional no Brasil

Não existe consenso preciso sobre a trajetória histórica da mutação constitucional no Brasil. Contudo, é possível identificar na tese de doutoramento de Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015), intitulada “Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais”, um marco como o primeiro grande estudo sistematizador da temática em solo pátrio, equiparando-se aos esforços de Hsü Dau-Lin no período entreguerras.

Em 1986, a investigação de Ferraz (2015, p. 9) contribuiu para delinear a experiência em torno dos mecanismos informais de alteração da Lei Maior, distinguindo duas espécies de mutações: as que contrariam a Constituição; e “as que não violentam a Constituição, isto é, aquelas que, se confrontadas por qualquer meio de controle, particularmente pelo jurisdicional, não sofrerão a pencha de inconstitucionalidade”.

A primeira espécie designa as mutações inconstitucionais. Nesse grupo estão inseridos os processos que extrapolam os limites constitucionalmente impostos, bem como “qualquer obstáculo que se anteponha à sua efetiva aplicação”²¹³ (FERRAZ, 2015, p. 13). Isto porque, enquanto no primeiro caso há uma contradição direta em face da Constituição; no último o resultado será a criação ou a intensificação das condições de gênese de uma inconstitucionalidade, tendo em vista os obstáculos impostos à força normativa da Constituição. Assim, são mutações inconstitucionais por excelência: a “lei integrativa inconstitucional”²¹⁴ e o “costume *contra constitutionem*”²¹⁵ (FERRAZ, 2015,

²¹³ Na obra de Ferraz (2015), são considerados “processos anômalos” de mudança constitucional, cuja contrariedade ao espírito da Lei Maior não é sempre certa, mas que constituem práticas paralisantes ou obstáculos para plena aplicação das normas constitucionais.

²¹⁴ A lei integrativa tem por objetivo viabilizar a concretização constitucional preenchendo lacunas ou vazios normativos no sistema constitucional, isto é, deriva do poder-dever de aplicação atribuído pela Constituição ao legislador e por isso pretende ser sempre um “meio de integração constitucional” (FERRAZ, 2015, p. 90). Nos casos em que a lei integrativa extravasa os contornos legítimos de seu exercício, sobrepondo-se às demais normas constitucionais; ou viole previsão expressa e/ou o espírito da Constituição, mutações inconstitucionais podem emergir. Convém ressaltar que até mesmo um decreto regulamentador emitido pelo Executivo poderá dar ensejo a tais mutações caso exceda os limites impostos pelo seu caráter secundário, ou seja, quando “o decreto de execução de lei de integração” ultrapassa ou viola as diretrizes firmadas pelo legislador infraconstitucional que iniciou o processo de aplicação do preceito constitucional de eficácia limitada (FERRAZ, 2015, p. 151).

²¹⁵ A controvérsia doutrinária acerca da existência do costume *contra constitutionem* vê no modelo de Constituições rígidas – com expressa disciplina do seu processo de reforma – um fundamento para negar-lhe eficácia. Todavia, Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015) admite a existência do costume constitucional desde que reconhecida a sua distinção do costume em geral, pois enquanto este se equipara à lei, aquele não vincula os Poderes a observarem seu conteúdo. Outrossim, as práticas ou costumes *contra*

p. 9). Ao passo que outros exemplos são vislumbrados via “inércia dos poderes constitucionais”, “desuso de preceitos constitucionais” e “mutação tácita da Constituição” (FERRAZ, 2015, p. 213)

Noutra banda, a segunda espécie consagra as denominadas mutações constitucionais, isto é: “todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la” (FERRAZ, 2015, p. 10). Segundo a autora, por não apresentarem qualquer incompatibilidade - seja em letra ou em espírito - com a Lei Maior, tais mutações são indireta ou implicitamente acolhidas por ela, pois contemplam a missão e a manifestação de uma modalidade inorganizada e difusa do Poder Constituinte.

Desta forma, decorrem logicamente da Constituição ao darem continuidade à obra constituinte, que “nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial, por vezes é incompleto, exigindo atuação ulterior, capaz de defini-lo, precisá-lo, resolver-lhe as obscuridades” (FERRAZ, 2015, p. 10).

Sem embargos, importa fixar que:

Não se confundem, porém, as funções desempenhadas pelos poderes constituídos, no exercício normal de suas atribuições, com o exercício desses mesmos poderes com vistas à aplicação constitucional. Não se confunde, por exemplo, a função constituinte difusa, exercida pelo legislativo para integrar a Constituição, com a função meramente legislativa que cria o arcabouço jurídico infraconstitucional de um Estado. (FERRAZ, 2015, p. 11, nota de rodapé 19.)

Outra característica inerente às mutações dessa natureza diz respeito ao seu caráter espontâneo e contínuo. Até mesmo as Constituições rígidas estão submetidas a transformações que:

[...] se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas. (FERRAZ, 2015, p. 9).

Por serem de difícil percepção, os processos informais só devem ser qualificados de “mutação constitucional” quando possível atestar os elementos

constitutionem são exemplos de “mutações manifestamente inconstitucionais” (FERRAZ, 2015, p. 245). A violação constitucional perpetrada por essa modalidade de costume tende a aproveitar dos espaços de controvérsias constitucionais, assumindo frequentemente a dimensão de abuso das responsabilidades de integração e aplicação das normas constitucionais pelos órgãos oficiais dos respectivos Poderes.

apontados, sob pena de que sejam incorporadas ou produzidas subversões as cláusulas constitucionais e, por conseguinte, um cenário de maior instabilidade para a nossa realidade. De todo modo, Ferraz (2015, p. 13) arrola como os processos de mutação constitucional mais frequentes aqueles produzidos por “interpretação constitucional” e por via dos “usos e costumes constitucionais”.

No que tange às mutações constitucional por via interpretativa, registra Ferraz (2015, p. 53) que todos os métodos interpretativos examinados em sua análise – do método tradicional gramatical aos métodos modernos concretistas -, “cada qual dentro dos seus contornos e considerados os limites em que atuam, podem ensejar mudanças constitucionais, em maior ou menor amplitude”. E continua:

Assim, por exemplo, o método gramatical permite mutação constitucional porque o sentido de determinado vocábulo se modifica; igualmente, o método evolutivo, porque acompanha a alteração de valores e fins inspiradores das disposições constitucionais; e os métodos modernos, visto conferirem ao intérprete liberdade maior na aplicação da norma. (FERRAZ, 2015, p. 53).

Com ênfase na lição de Anna Cândida da Cunha Ferraz, a interpretação constitucional configurará processo de mutação constitucional sempre que atribuir à Constituição sentido novo, não existindo uma vinculação direta com algum órgão ou intérprete²¹⁶, ou ainda com alguma modalidade ou com algum método de interpretação específico²¹⁷. Convém, porém, esclarecer a existência de indícios relevantes para identificar tal mudança de sentido, como, por exemplo, quando a norma constitucional se torna mais abrangente em sua aplicação, atingindo situações que anteriormente não eram contempladas pelo seu conteúdo.

Em contrapartida, a elasticidade do processo interpretativo é diretamente proporcional aos riscos de “frustração ou desvirtuamento do texto constitucional” e de “distorções dos princípios fundamentais” (FERRAZ, 2015, p. 62). Os riscos sempre existirão, mas podem ser acentuados a níveis incontornáveis quando a interpretação, acima de qualquer função ou finalidade, pretende alterar a Constituição em prol de um

²¹⁶ Sob a égide da interpretação constitucional popular, costuma-se compreender a interpretação constitucional desenvolvida diretamente pelo povo através dos instrumentos e mecanismos formais de alteração da Constituição. No entanto, a interpretação constitucional popular poderá, além de contemplar a interpretação impulsionada pelas “forças vivas da comunidade” (os grupos de pressão, os partidos políticos e a opinião pública, dentre outros), incidir em processo informal de mutação, a exemplo da figura norte-americana do *recall* para revisão de sentenças (FERRAZ, 2015, p. 169).

²¹⁷ Não corresponde a uma permissão para utilizar qualquer método de interpretação, mas constante que os diferentes métodos se relacionam com a função da norma constitucional e, eventualmente, ao adaptar a Constituição à realidade podem desencadear o processo de mutação constitucional.

contexto fático. Para Ferraz (2015, p. 63), tais perigos não configuram razão suficiente para afastar qualquer mudança por via interpretativa, cabendo ao controle de constitucionalidade assegurar a certeza e a supremacia constitucional.

Pode ocorrer também de um uso ou costume constitucional²¹⁸ produzir uma mutação constitucional. Porque deriva do poder difuso, o costume constitucional é relevante para a integridade da ordem constitucional ao preencher lacunas e guiar a interpretação das disposições obscuras da obra originária²¹⁹. Como representação espontânea e voluntária da prática constitucional sem forma prevista pelo texto, mas consentida ou desejada pela arquitetura institucional dos Poderes, o costume goza de valor argumentativo decisivo, muito embora não seja capaz de substituir uma norma constitucional escrita²²⁰.

À guisa de conclusão, a autora desvelará a questão das mutações inconstitucionais e suas consequências para a experiência constitucional. Como se sabe, o mau uso e o abuso das modalidades típicas de mutação constitucional darão ensejo à sua antítese: a mutação inconstitucional. No entanto, a prática comprova que esses desvios ou manipulações proliferam diante da ineficiência ou incapacidade das estruturas de controle em contê-las e sanar seus impactos, ou pela inexistência de mecanismos desse tipo, subtraída qualquer possibilidade de sanção aos atos e práticas que subvertem o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais. Intuitivamente, nota-se que tanto as mutações inconstitucionais podem promover as crises que tumultuam a vida constitucional democrática, quanto podem extrair sua origem delas, de modo que:

Finalmente, cabe observar que as situações excepcionais e as crises institucionais conduzem ou induzem, com frequência, os detentores do, Poder Executivo a praticarem atos inconstitucionais, que percorrem um variado caminho, desde o exercício, puro e simples, de poderes de exceção não previstos na Constituição, até o uso de poderes dessa ordem; previstos na Constituição, para subvertê-la, mediante golpes de Estado. (FERRAZ, 2015, p. 249).

²¹⁸ Um exemplo clássico do costume constitucional brasileiro encontra-se na prerrogativa de “não cumprimento de lei federal ou estadual, tida como inconstitucional”, pelo Chefe do Poder Executivo (FERRAZ, 2015, p. 206). Sem qualquer disposição em contrário pela jurisprudência ou pela legislação, o fundamento permaneceu em curso e recentemente foi considerado na argumentação da Suprema Corte, no julgamento da Petição nº 4.656/PB de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, para atribuir ao Conselho Nacional de Justiça e demais órgãos administrativos autônomos a mesma prerrogativa (STF, 2017, on-line)

²¹⁹ “Na função interpretativa o costume constitucional fixa, amplia e restringe o sentido da Constituição. Em regra, atua à base de uma norma constitucional imperfeita, imprecisa, genérica, contendo conceitos que admitem mais de um sentido. O significado da norma será, então, concretizado, determinado, fixado mediante a vida do costume.” (FERRAZ, 2015, p. 201).

²²⁰ O costume constitucional é visto como norma não escrita materialmente constitucional, porque trata de conteúdo de alta importância para a comunidade político-jurídica, porém carente de eficácia ou valor jurídico (FERRAZ, 2015, p. 186).

Nessas condições, Ferraz pontua que “o único tipo de controle que poderá incidir sobre tais mutações é o controle constitucional não organizado, isto é, o acionado por grupos de pressão, pela opinião pública, pelos partidos políticos, etc.” (FERRAZ, 2015, p. 214). Dito de outra forma, o controle dessas expressões ilegítimas do processo difuso de mudança constitucional é, em última instância, exercido pelas forças difusas e vitais da sociedade²²¹. Consequentemente, o seu fracasso representa o ponto final do regime republicano democrático, pois implica em ruptura total com a ideia de direito inscrita na Constituição; e o êxito da subversão de regime via mutação inconstitucional.

Por essa razão, é imprescindível à dinâmica constitucional versar sobre o fortalecimento dos mecanismos de coibição das mutações constitucionais, sobremaneira no que tange ao controle de constitucionalidade – por via jurisdicional, político-parlamentar, administrativo e popular – e ao aperfeiçoamento dos sistemas eleitorais e partidários, promovendo maior engajamento dos movimentos e agentes vitais da sociedade civil.

Dando seguimento aos estudos da temática, Raul Machado Horta (1992, p. 21) publica o artigo intitulado “Permanência e mudança na Constituição”, no qual definirá o gênero “mudança na Constituição” como uma proposta “a introduzir aperfeiçoamentos e correções no texto constitucional”, operando “no rumo da evolução”.

Segundo Horta (1992, p. 21), a mudança na Constituição não se confunde com “desestima da Constituição”, mas reflete, em maior ou menor grau, uma “insatisfação com o texto constitucional”. Do gênero supramencionado, o autor extrai duas formas de manifestação: a reforma constitucional, empregada em sentido amplo para abranger os processos técnicos de mudança - a revisão e a emenda constitucional; e a mutação constitucional.

Abalizado nas doutrinas de Karl Loewenstein, de Hsü Dau-Lin, de García-Pelayo e de Pablo Lucas Verdú, o catedrático brasileiro conceberá a mutação constitucional nas clássicas hipóteses de hiato entre o preceito constitucional e a realidade. Para além, Horta (1992, p. 22) destacará a mutação constitucional como

²²¹ Nota-se o mérito da autora para além de destacar a influência dos grupos de pressão como condutores do processo de mutações constitucionais, a sua apresentação como agentes de controle aptos a conter e desmascarar as manipulações que simulam a condição de mutações legítimas. Haja vista representarem um retrato da estrutura real da vida social e dos núcleos políticos de uma determinada sociedade, devemos considerar tanto os grupos e movimentos organizados politicamente (empresas americanas de lobby, os próprios partidos políticos e organizações de representação como associações, dentre outros) quanto aqueles desorganizados e orgânicos (movimentos sociais, grupos civis e militantes, etc.).

“processo que nem sempre se ajusta ao sistema da Constituição rígida”, pois se “compatibiliza melhor com a plasticidade da Constituição”.

Consoante a perspectiva do autor, a mutação por via do uso ou do costume constitucional²²² acabaria por se sobrepor à norma escrita da Constituição, uma vez que sua ação modificadora torna irreconhecível a leitura do texto até mesmo para os próprios constituintes.

Como exemplos da experiência constitucional nesse sentido, Horta (1992, p. 23) refere-se às normas consuetudinárias e as convenções constitucionais de origem britânica (“normas carentes de juridicidade, embora impregnadas de substancial relevo jurídico e dotadas de sanção política”); assim como às normas de correção do Direito italiano (“normas do cerimonial, da boa educação política, do *far play* constitucional”).

Adiante, Uadi Lamêgo Bulos (1996a) escreve o artigo “Da reforma à mutação constitucional”, no qual descreve as mudanças informais como componentes necessários ao elemento dinâmico das ordenações constitucionais.

Bulos (1996a, p. 25) atribui ao “caráter dinâmico e prospectivo da ordem jurídica” a capacidade de “redimensionamento da realidade normativa”, conduzindo as Constituições para novos significados que transmitem uma “temporalidade própria”. Tal elemento dinâmico alia-se a uma “inalterabilidade relativa” das leis constitucionais, o que significa dizer que a Constituição está sujeita a alterações, “independentemente das formalidades especiais oriundas do princípio da rigidez”²²³ (BULOS, 1996a, 26).

Sob a premissa de que as constituições configuram verdadeiros organismos vivos, as mutações constitucionais representam a modificação da substância, do alcance e do sentido dos dispositivos da Lei Magna, sem que seu texto “na letra e na forma” seja afetado (BULOS, 1996a, p. 27). Noutros termos, através das mutações serão atribuídos à norma constitucional “conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais” (BULOS, 1996a, p. 27). Em acréscimo, também são consideradas vias propícias ao fenômeno: as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias, e até a influência de grupos de pressão na vida constitucional (BULOS, 1996a, p. 27 e 32).

²²² “O regime parlamentar do século XIX, que surgiu e se consolidou sob o impulso de normas consuetudinárias, tornou-se o território predileto da mutação constitucional.” (HORTA, 1992, p. 22).

²²³ Nos termos empregados pelo autor, as mutações: “diferentemente do processo formal de alteração, não se revestem em moldes, limites expressos ou requisitos específicos, arrolados pelo legislador constituinte” (BULOS, 1996a, p. 26).

Em função desses mecanismos e instrumentos com aptidão para originar mutações constitucionais, Uadi Bulos (1996a, p. 34) propõe uma classificação própria, agrupando-as nas seguintes categorias: a) as mutações operadas em virtude da interpretação constitucional; b) as mutações decorrentes das práticas constitucionais; c) as mutações através da construção constitucional; e d) as mutações que contrariam a Constituição, isto é, as inconstitucionais.

No que diz respeito à via interpretativa, no corpo de seu artigo “Teoria da Interpretação Constitucional”, Bulos (1996b, p. 55) revela que a “interpretação constitucional evolutiva está vinculada ao fenômeno das mutações informais operadas no texto da Constituição, isto é, às mutações constitucionais”.

Certamente, é possível vislumbrar com maior facilidade a adaptação da norma às circunstâncias e necessidades atuais na seara da interpretação evolutiva e no uso correlato do método evolutivo. Isto se deve, porém à compatibilidade do método evolutivo aos casos concretos, cujas particularidades exigem o sentido mais atualizado de conceitos constitucionais ambíguos, vagos ou elásticos para a sua resolução. Por esta razão, discordamos quanto à leitura de que necessariamente a interpretação evolutiva contemple uma mutação constitucional, porque o sentido evolutivo pode ser constatado, por exemplo, a partir dos princípios que já se encontram subjacentes ao conceito constitucional, tendo as mudanças históricas, políticas e sociais apenas intensificado a adequação daquele sentido.

Como já evidenciado na análise de Ferraz (2015), a mutação constitucional pode surgir de qualquer método ou tipo de interpretação. Portanto, para identificar uma interpretação evolutiva enquanto mutação constitucional seria necessário recorrer a outros critérios atinentes ao processo de interpretação da norma constitucional, principalmente as particularidades do caso que demanda sua aplicação.

4.2.2 A mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88: análise da problematização da Reclamação 4.355-5/AC

Prosseguindo, a partir de 2007, surgirá uma nova onda de estudos e decisões versando sobre mutações constitucionais. Isto porque, em debate promovido pelo Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes²²⁴ nos autos da Reclamação 4.335-5/AC, foi

²²⁴ Convém destacar que o Ministro Gilmar Mendes detém um histórico singular de intercâmbio com a doutrina jurídica alemã. Além de concluir seu segundo mestrado e o doutorado pela Universidade de

provocada “a primeira discussão no plenário da Corte acerca da mutação constitucional” (SANTOS, 2015, p. 57-58).

Aqui, merece enfatizar um breve recorte sobre a condução do tema na jurisprudência brasileira. Com base no estudo de Carlos Victor Nascimento dos Santos (2015, p. 54), observa-se que “o primeiro caso em que houve menção à mutação constitucional foi na ADI 1.484/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, em decisão monocrática por ele proferida e posteriormente publicada em 28.08.2001”. Desde então, houve nova menção ao instituto somente em 2005 pelo próprio Ministro Gilmar Mendes e, “a partir daí, é possível identificar uma progressividade e recorrência do tema nos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal” (SANTOS, 2015, p. 55).

Dos casos analisados pela pesquisa de Santos (2015, p. 54), referentes ao interstício de 2001 a 2011, constatou-se que o “Min. Gilmar Mendes foi quem mais fez referências à mutação constitucional em diferentes temas”; seguido do Ministro Celso de Mello, cujo uso da expressão era exclusivo em processos julgados pela Segunda Turma e de sua relatoria; e da Ministra Cármen Lúcia, que, por sua vez, apresentava a tendência de mencionar a expressão somente em decisões monocráticas.

Interessante constatar que o marco da Reclamação 4.335-5/AC na Suprema Corte se revela também como objeto de artigo científico publicado pelo Ministro Relator, em 2008, defendendo a orientação seguida em seu voto pelo reconhecimento de mutação constitucional em face da suspensão pelo Senado Federal da execução de lei ou de ato declarado inconstitucional em controle difuso efetuado pela Corte.

Em defesa de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes alega o surgimento de uma nova compreensão do texto do art. 52, inciso X, da Constituição, compatível com uma hipótese de “autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto” (MENDES, 2008, p. 274). Segundo Mendes (2008), a evolução da prática constitucional revelou alterações profundas que desfiguraram o propósito inicial dos constituintes para o ato de suspensão da Alta Casa do Congresso. O Ministro argumenta que, embora na concepção originária o ato detivesse caráter ampliativo – por implicar na “extensão dos efeitos do aresto declaratório da inconstitucionalidade” -, na conjectura real o instituto seria inadequado e obsoleto (MENDES, 2008, p. 260).

Münster, na Alemanha, o Ministro promoveu a tradução brasileira de obras pontuais: “A força normativa da Constituição”, de Konrad Hesse, em 1991; e “Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, de Peter Häberle, em 1997 (SANTOS, 2015).

Dentre as principais razões levantadas, o Ministro argumenta a ênfase conferida pela Constituição ao perfil concentrado²²⁵ em detrimento do sistema difuso de controle de constitucionalidade, diante das alterações promovidas pelo constituinte de 1988 ao modelo pátrio de controle misto – a significativa ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações diretas, a presteza e a celeridade próprias desse modelo processual.

Essa peculiaridade da nova ordem constitucional comprovaria, para o Ministro Gilmar Mendes (2008), que a restrição do instituto aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo sem acompanhar as demais decisões possíveis em sede de controle de constitucionalidade o tornaria incompatível com a pretensão de assegurar eficácia geral e efeito vinculante às decisões da Corte, principalmente das que fixam uma orientação ou interpretação constitucional. O que seria demonstrado pela inaplicabilidade do dispositivo do art. 52, X, da CRFB/88 nos casos de decisões produzidas em função das técnicas de interpretação conforme à Constituição e de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, bem como nos casos de declaração de não-recepção da lei pré-constitucional.

Portanto, as novas fórmulas de atuação do Supremo Tribunal Federal - quais sejam as hipóteses de extensão do efeito vinculante aos fundamentos determinantes de decisões de inconstitucionalidade, de modulação de efeitos para conferir eficácia *erga omnes* em ações coletivas, de declarar a inconstitucionalidade com limitação de efeitos e de adoção de súmulas vinculantes - evidenciarão a dispensabilidade da manifestação do Senado Federal. E, desta feita, seria possível atestar que a prática já sinalizava a convicção do Tribunal de “estar desvinculado de qualquer ato do Senado Federal, cabendo tão-somente a ele – Tribunal – definir os efeitos da decisão” (MENDES, 2008, p. 272).

Nos termos do Ministro, estaríamos diante de “outro contexto normativo”, que contempla as alterações substanciais no papel de guarda da Constituição desenvolvido pela Corte no exercício da jurisdição constitucional e “indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988” (MENDES, 2008, p. 274). Em complemento, vale dizer que:

Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão,

²²⁵ “É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a se generalizar.” (MENDES, 2008, p. 275)

o que indica que a própria Corte vem fazendo uma **releitura** do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII). (MENDES, 2008, p. 274) (Grifo nosso).

Outrossim, o Ministro Gilmar Mendes (2008, p. 275) reconhece na fórmula de suspensão da lei pelo Senado Federal a existência de um simples efeito ou dever de publicidade²²⁶ – satisfeito com o ato de publicar a decisão no Diário do Congresso Nacional -, ao que concluirá não ser o ato do Senado responsável por conferir eficácia vinculante à decisão porque “a própria decisão da Corte contém essa força normativa”.

Nesse teor, o artigo encerra em defesa da solução apresentada como aquela que “resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional” e “as incongruências cada vez mais marcantes” entre dois núcleos: a jurisprudência da Corte e a orientação legislativa dominante, favoráveis à releitura; e a doutrina jurídica, vista pelo Ministro como “ortodoxa” e “ultrapassada” ao defender a manutenção dos efeitos tradicionais do art. 52, X, da Constituição de 1988 (MENDES, 2008, p. 276).

Em lição mais recente, o Ministro Gilmar Mendes (2016, p. 255) veio a confrontar o fato de que a mutação constitucional “tem se concretizado de forma ampla e constante entre nós”, afirmando que conquanto a interpretação constitucional do Poder Judiciário seja o parâmetro geral para o fenômeno, não detém o seu exercício exclusivo. Noutras palavras, o Ministro reafirma sua tese de que as mutações possuem natureza interinstitucional e resultam “da ação conjunta dos poderes, e da influência da própria sociedade no complexo processo de mudanças informais da Constituição” (MENDES, 2016, p. 255). Assim, anota que:

[...] a mutação constitucional **não é processo que possa ser atribuído de forma singular ao exercício de um determinado poder, ou mesmo justificado por uma única causa.** Trata-se, de outra forma, de processo plural e complexo, que envolve a movimentação gradual e contínua de forças sociais e jurídicas que, com o passar do tempo, começam a exigir uma nova leitura dos dispositivos constitucionais. (MENDES, 2016, p. 255) (Grifo nosso).

²²⁶ “Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, **uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação** [...]. A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.” (MENDES, 2008, p. 275-276) (Grifo do autor).

Por isso, no emprego de um sentido mais amplo, o Ministro descreverá a mutação como processo natural “inerente à sobrevivência do texto constitucional, ao permitir que seu conteúdo permaneça aplicável a contextos da atualidade” (MENDES, 2016, p. 178). E, em sentido estrito, partirá da premissa de que a mutação constitucional comporta “o processo decorrente da nítida alteração da interpretação constitucional” promovida por qualquer um dos Poderes públicos perante “alterações das circunstâncias fáticas ou das circunstâncias jurídicas, ou ainda em razão de lacunas ou incompletude de disciplina normativa” (MENDES, 2016, p. 188).

Nesse enquadramento, explica que as alterações de teor fático²²⁷ refletem as transformações nas esferas política, econômica ou social, “ou ainda na evolução de institutos da própria esfera jurídica, impulsionada pela evolução de outras esferas”, como, por exemplo, “o crescimento e consolidação do direito internacional e sua influência no direito interno” (MENDES, 2016, p. 188 e 255).

Sob a perspectiva de circunstâncias jurídicas cambiantes, alega a possibilidade de mutação perante “uma evolução da leitura do próprio princípio constitucional ou de mudança de paradigma no sistema de controle” (MENDES, 2016, p. 189).

O posicionamento da Suprema Corte no HC 82.959/SP representaria um exemplo típico da primeira hipótese ao decidir pela inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime em face do princípio da individualização da pena. Da mesma forma, o reconhecimento da união estável homoafetiva por decisão na ADPF 132/RJ, com ênfase nos princípios da dignidade humana, da igualdade e da vedação à discriminação, da liberdade e da segurança jurídica. Já na segunda hipótese, decorrente das necessidades práticas da jurisdição constitucional, estaria justificada a postura adotada pelo Ministro na Relatoria da Reclamação 4.335-5/AC.

E, por último, as mutações provenientes de lacunas²²⁸ do ordenamento normativo que importam uma “releitura do sentido originalmente conferido à norma constitucional” (MENDES, 2016, p. 189).

²²⁷ São alocados nessa categoria, por exemplo, as decisões: 1) do STF no julgamento dos MS 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, e do TSE na Consulta 1.398/2007, sobre o tema da fidelidade partidária; 2) do STF no julgamento dos REs 567.985/MT e 580.963/PR, em 2012, sobre o processo de inconstitucionalização superveniente de dispositivo da LOAS; e 3) do STF no julgamento do MS 31.816 MC-AgR/DF, de 2013, sobre a análise dos votos presidenciais segundo critérios não prefixados pela Constituição, através do uso do costume constitucional (MENDES, 2016).

²²⁸ Nessa categoria, o Ministro Gilmar Mendes aloca as decisões proferidas: 1) pela Suprema Corte, por ocasião da ADI 1.289/DF, sobre o preenchimento das vagas reservadas ao Ministério Público pela cláusula do quinto constitucional na composição dos Tribunais Regionais do Trabalho; 2) pelo TSE, em ordem de

Ao final de sua exposição, observa as contribuições de outros poderes no processo de mutações, dentre eles o caso da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que ganha relevância pelos impactos no sistema de controle de constitucionalidade e na prática da própria Suprema Corte.

Segundo Gilmar Mendes (2016, p. 239), a questão da modulação positivada no art. 27 da Lei nº 9.868/99 não encontrava referência direta no texto constitucional, mas veio acrescentar “novo parâmetro à previsão constitucional de declaração de inconstitucionalidade”, seguindo a tendência já estabelecida no direito comparado²²⁹ – a mitigação dos efeitos da decisão de controle difuso de constitucionalidade exclusivamente *pro future*. Como resultado, o Supremo Tribunal - antes “muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade” - também passou a usá-la (MENDES, 2016, p. 239).

Da série de trabalhos que se propuseram a debater o julgamento da Reclamação 4.335-5/AC, a crítica de Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (2007) incidiu pontualmente sobre o uso da mutação constitucional pela Corte. Para eles, não houve atribuição de uma nova norma ao texto do dispositivo constitucional, “mas, sim a substituição de um texto por outro (construído pelo Supremo Tribunal Federal)” (STRECK *et al*, 2007, p. 73).

De forma contundente, os professores questionaram a nova postura da Suprema Corte que se distanciava do papel inerente à jurisdição constitucional – de agir perante uma “situação contextualizada” (STRECK *et al*, 2007, p. 76), enquadrada nos ditames definidos pelo poder constituinte -; do equilíbrio entre os Poderes da República; e da responsabilidade democrática das decisões de controle de constitucionalidade perante a sociedade civil.

No tópico “O problema da mutação constitucional e os limites da jurisdição: da alteração da norma de um texto para a alteração do próprio texto”, os autores evidenciaram a má compreensão do giro linguístico da hermenêutica no direito brasileiro,

consulta e posteriormente convertida na Resolução 21.920/2004, sobre o alistamento eleitoral e voto facultativo para cidadãos portadores de deficiências; e 3) pelo STF, em sede dos MI 670/ES, 708/DF e 712/PA, com proposta de solução integradora para o exercício do direito de greve no setor privado. (MENDES, 2016).

²²⁹ “Não só a Suprema Corte americana (caso *Linkletter v. Walker*), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adotam a técnica de limitação de efeitos [...]” (MENDES, 2016, p. 239)

vislumbrando uma relação intrínseca entre essa recepção tortuosa e a tese da mutação constitucional. Conforme explicitado no ensaio:

Na verdade, o *linguistic turn* não foi devidamente recepcionado no campo do direito brasileiro; melhor dizendo, **a reviravolta linguística foi mal compreendida pela tese da mutação constitucional**. O direito – compreendido no interior dessa ruptura paradigmática – não pode ser entendido como espaço de **livre atribuição de sentido**; essa questão assume especial relevância quando se trata do texto constitucional. Ou seja, em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, a **substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário**. E, com isso, soçobra a democracia. E este nos parece ser o ponto principal da discussão acerca dos votos proferidos na aludida Reclamação 4.335-5. (STRECK *et al.*, 2007, p. 90-91) (Grifos do autor).

A tese da mutação constitucional é vista pelos autores sob a ótica de duas problemáticas: a questão hermenêutica e a questão da legitimidade da jurisdição constitucional. Na primeira questão, apesar de muitas vezes compreendida como “solução para um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade social”, a tese da mutação constitucional demonstraria apenas a incapacidade do positivismo em confrontar a sua própria crise paradigmática (STRECK *et al.*, 2007, p. 91). Na segunda, advertem que a “tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes”, algo incompatível com a legítima atribuição que se espera da jurisdição constitucional numa democracia (STRECK *et al.*, 2007, p. 93).

Afinal, ao interpretar a Constituição, o Supremo Tribunal Federal deveria reforçar a sua normatividade dentro de um projeto de sociedade democrática e não subvertê-la “sob o argumento de a estar garantindo ou guardando” (STRECK *et al.*, 2007, p. 93).

Notadamente, firmes ao compromisso com o Estado Democrático de Direito, Streck, Cattoni de Oliveira e Barreto Lima (2007, p. 79) entenderam que a releitura do art. 52, inciso X, da CRFB/88 significava, em última análise, “retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo”.

Como bem ressaltam os professores, o controle difuso não se confunde com o controle concentrado e até mesmo este se encontra sujeito a mecanismos próprios para possibilitar a abertura democrática na composição da discussão. Nesse sentido,

[...] parece óbvio que, se se entendesse que uma decisão em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, cairia por terra a própria diferença. É regra que o controle concentrado tenha efeitos *ex tunc* (a exceção está prevista na Lei nº 9.868/99). O controle difuso tem na sua *ratio* o efeito *ex tunc* **entre as partes**. (STRECK *et al.*, 2007, p. 80) (Grifo do autor).

Streck, Cattoni de Oliveira e Barreto Lima (2007, p. 94) vislumbraram no raciocínio apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes não só a possibilidade de um precedente de descumprimento de norma constitucional, mas de consequências que ignoram a integridade da própria Constituição²³⁰ “e reduz a discussão jurídica a questões de justificação da validade das normas”²³¹.

Nesse ponto, tanto o voto do Ministro Gilmar Mendes quanto a reafirmação da tese no voto do Ministro Eros Grau são criticados pela ênfase na discussão sobre os limites da suposta função corretiva da jurisdição – que os aproxima de teses realistas –; e pelo paradoxo produzido por sua insistência na possibilidade de que através da mutação constitucional, não apenas será dada uma nova norma ao texto normativo, mas que este será substituído por outro texto, desde que se demonstre adequado à “tradição”.

Deste modo, concluem que interpretar o art. 52, X, da CRFB/88 no sentido de que qualquer decisão produzida em sede de controle de constitucionalidade, até mesmo as de controle difuso, tenham os mesmos efeitos seria, “além de tudo, tomar uma decisão que contraria a própria Constituição” (STRECK *et al.*, 2007, p. 82).

Flávio Quinaud Pedron (2012, p. 209) aprofunda as questões levantadas por Streck *et al.*, identificando a tendência da Suprema Corte brasileira de confundir o que é uma mutação constitucional, “transformando-a em uma figura meramente retórica”, cujo uso principal seria o “recurso de justificação de atos violadores da Constituição”.

Deste modo, adepto da corrente doutrinária que nega a tese da mutação constitucional, Pedron (2012, p. 210) salienta que o conceito de mutação surgiu historicamente atrelado à “dificuldade de compreensão do direito para além de um conjunto de regras e de sua relação com a política” – uma herança do positivismo jurídico

²³⁰Reduzindo a competência do Senado Federal a um mero dever de publicidade, a Suprema Corte promoveria um grave impacto no sistema de direitos e de garantias fundamentais, posto que ao atribuir a eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões de controle difuso são atingidos aqueles que não tiveram seus direitos de participação nos processos de tomada de decisão observados. Logo, há lesão aos princípios constitucionais e aos respectivos direitos subjetivos ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório (STRECK *et al.*, 2007).

²³¹ Relembrando a lição de Klaus Günther (1993), os discursos de aplicação normativa devem evitar a reabertura dos discursos de justificação ou de validade das normas, sob pena de transpor o âmbito de novas decisões normativas de interesse universal para uma arena de menor rol de participantes, frustrando o propósito argumentativo do discurso.

clássico e da fragilidade dos estados constitucionais deficientes de qualquer mecanismo de controle de constitucionalidade. A mutação constitucional foi vista ora como problema ora como solução na tentativa de adequação do texto constitucional à realidade, disfarçando esse insistente apego paradigmático com o positivismo e com a supervalorização do texto.

Como assinala Pedron (2012, p. 210): “por meio da afirmação de que um tribunal irá proceder a uma mutação constitucional, tenta-se encobrir sua dificuldade em lidar com outro standard normativo, qual seja, a figura dos princípios jurídicos”.

Diante de tais considerações, Pedron (2012, p. 210) esclarece que ao empregarmos o processo de mutação produzimos, em verdade, apenas um “resultado da própria leitura semântica da Constituição”. Assim, o conceito de mutação constitucional perde seu sentido dentro dos parâmetros atuais, porque demonstra uma concepção defasada do Direito – compreendendo de forma limitada a normatividade inerente ao sistema jurídico – e traz consigo uma abertura para resultados eivados de déficit de legitimidade democrática

Na ótica do autor, a tese da mutação constitucional como registrada na Reclamação 4.335-5/AC funda-se numa afirmação falsa que subverte a própria história institucional brasileira. Observada a evolução do controle de constitucionalidade brasileiro, é possível depreender que o controle difuso se desenvolveu como a primeira e principal modalidade e que somente, paulatinamente, houve a inserção do controle abstrato “exatamente em momentos de déficit democrático” (PEDRON, 2012, p. 208).

A decisão da Corte que altera a leitura do art. 52, inciso X, da CRFB/88, além de negar e obscurecer a relevância política da competência do Senado Federal, como um dos canais de pluralização do debate jurídico e de comunicação com a sociedade civil; subverte a real evolução da tradição jurídico-constitucional pátria, reduzindo a qualidade democrática das deliberações em controle difuso do Supremo Tribunal Federal.

Ainda, Carlos Victor Nascimento dos Santos (2014) conduz a aportes significativos ao provar a ausência do substrato fático alegado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal para firmar o entendimento de 2007. Ora, a argumentação do Ministro Relator insistiu na hipótese de uma “autêntica mutação constitucional” em virtude da alteração na prática do Senado e da Suprema Corte. No entanto, frise-se que para justificar uma mutação por desuso do dispositivo “o Senado teria de fazer um uso nulo ou insignificante da competência concedida a ele pela Constituição Federal”, o que não foi o caso (SANTOS, 2014, p. 605).

Santos (2014, p. 604) demonstra através de dados empíricos²³² que o uso da competência constitucional pelo Senado seguia “algum tipo de ação estratégica” e, embora o número de resoluções no uso do art. 52, inciso X, da CRFB/88 viesse a ser considerado baixo, não seria possível inferir inércia absoluta da instituição.

Para o pesquisador, o reconhecimento de uma mutação constitucional impescinde de uma análise empírica que corrobore o novo sentido conferido à norma. Em outros termos, dada a natureza da modificação que opera na mutação constitucional – em face de alterações na realidade em que atuam as instituições constitucionais –, a tarefa de identifica-las “precisa da análise das ocorrências de fatos corriqueiros de sentido diverso ao exposto pelo texto constitucional” (SANTOS, 2014, p. 605). Sem o suporte desses dados, não haveria como falar em mutação, mas sim em “uma mudança de interpretação constitucional em razão de elementos subjetivos do intérprete” (SANTOS, 2014, p. 605).

No caso sob análise, os estudos de Streck *et al.* (2007), Pedron (2012) e de Santos (2014) defendem que a decisão proferida pelo Tribunal não revela um novo sentido normativo que verdadeiramente acompanhe os desígnios vitais da Constituição. A principal crítica compartilhada é a de que a tese da mutação constitucional sustentada na Reclamação 4.335-5/AC assume uma interpretação particular do intérprete – de que a competência do Senado prevista no art. 52, inciso X, da CRFB/88 seja desnecessária ou obsoleta –, que “convenientemente” expande o alcance e a força das decisões do Supremo, normalizando o fenômeno da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Santos (2014, p. 610) é incisivo ao apontar os perigos do uso ilegítimo da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que sua principal consequência seria a abertura para que os Ministros reformem silenciosamente a Constituição “por meio de interpretação e argumentação”.

Para evitar esse risco, Pedron (2012) vislumbra na interpretação construtiva de Ronald Dworkin uma solução mais robusta, além de compatível com as exigências democráticas e da complexidade normativa do Direito Constitucional, pois compreende a evolução das normas jurídicas por derivação de princípios já contemplados no Direito

²³² “Assim, das 136 comunicações feitas ao Senado pelo STF, conforme demonstrado anteriormente, em 95 delas o Senado expediu resolução suspendendo a eficácia da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Plenário do STF, o que equivale a aproximadamente 70% das comunicações feitas.” (SANTOS, 2014, p. 605).

e cujo uso nas decisões judiciais demanda sempre uma argumentação pautada na coerência com a nossa história institucional.

4.2.3 As origens da “mutação constitucional em sentido técnico”²³³

O Ministro Luís Roberto Barroso (2015) é outro expoente da Suprema Corte brasileira cujo tratamento das mutações constitucionais na academia e em suas decisões desperta cada vez mais nossa atenção.

A par da literatura clássica, o Ministro Barroso concorda com possibilidade de modificações informais da Constituição, em virtude da plasticidade de certas fórmulas constitucionais, desde que observados os limites semânticos fornecidos pelo enunciado do dispositivo e o espírito da Constituição – informado através dos princípios fundamentais que lhe dão uma identidade própria.

Ainda assim, o Ministro sustenta três pontos significativos que particularizam sua concepção sobre as mutações constitucionais.

O primeiro ponto diz respeito aos fundamentos das mutações constitucionais, que poderão decorrer de uma mudança fática, posto que os impactos de transformações da realidade podem incidir sobre o sentido e o alcance da norma constitucional; ou de uma nova percepção do Direito²³⁴, haja vista que conceitos morais e políticos inscritos na Constituição sofrem com a ação do tempo e exigem uma releitura jurídica sempre que os valores de uma sociedade se alterarem.

O segundo ponto encontra-se no seu conceito de mutação constitucional por via interpretativa e para reconhecê-lo propriamente devemos partir de suas considerações sobre duas modalidades de interpretação constitucional: a construtiva e a evolutiva.

Segundo o Ministro Barroso (2015), a textura aberta dos enunciados das normas constitucionais – que veiculam conceitos jurídicos indeterminados e princípios – chama o intérprete a participar do processo de criação do Direito através da interpretação constitucional. Sendo assim, quando a função integrativa demanda que o intérprete crie

²³³ Importante mencionar que, recentemente, o Ministro tem usado da expressão “mutação constitucional em sentido técnico” em seus votos, dos quais dois são objeto de estudo deste trabalho (em sede da ADI 5540/MG e da AP 937 QO/RJ). A fim de compreendê-la melhor, imprescindível recorrer à concepção do jurista sobre o tema das mutações constitucionais.

²³⁴ A história dispõe de um rico repertório de exemplos em que a superação de preconceitos discriminatórios incide na consequente afirmação de direitos ou garantias jurídicas a determinado grupo social. Na concepção do jurista, esse seria um cenário legítimo para a condução de uma mutação constitucional.

uma nova figura ou hipótese de incidência para a norma constitucional, que poderia ser prevista pelo constituinte, mas não foi, fala-se em interpretação construtiva.

De outra feita, a interpretação evolutiva consiste na aplicação da norma constitucional a situações não contempladas originariamente, seja porque não existiam no momento de sua elaboração ou porque não poderiam ter sido antecipadas, mas que se enquadram no espírito e nas possibilidades semânticas do texto normativo.

Diferentemente dos dois institutos, a mutação constitucional por interpretação conduz “a mudança de sentido da norma, em contraste com o entendimento preexistente” (BARROSO, 2015, p. 165). Continua o Ministro Barroso, então:

Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito (BARROSO, 2015, p. 165)

Por fim, o Ministro anota que as mutações necessitam de lastro democrático e, para tanto, devem comprovar sua correspondência a uma demanda social efetiva. A ausência de qualquer dos critérios apontados ou de sua devida justificação dá azo à configuração de uma mutação inconstitucional – uma situação anômala em que o fato se sobrepõe ao Direito – e cuja persistência fragiliza a normatividade da Constituição, permitindo a instauração de quadros autoritários ou revolucionários.

É pertinente registrar que o modelo conceptual de mutações constitucionais defendido pelo Ministro Barroso não é isento de críticas. A questão mais séria aduz à aproximação da mutação constitucional aos momentos de guinada ou virada jurisprudencial e se acentua com a exigência de que a mutação corresponda a uma demanda social como parâmetro de legitimidade democrática.

No primeiro aspecto, a mera mudança na composição da Suprema Corte brasileira desempenharia um papel ímpar na alteração do entendimento sobre o sentido e o alcance da norma. No segundo, observa-se que se as tendências do ativismo judicial e a judicialização da política já são questões problemáticas ao discutir a atuação da Suprema Corte brasileira, muito mais graves quando entram em contato com os processos informais de alteração constitucional.

4.3 ANÁLISE DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS PROMOVIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE 2016 A 2018

4.3.1 Considerações Metodológicas

A pesquisa científica é o percurso pelo qual o conhecimento é extraído, indagado e (re)construído a partir de problemas da vida real (MINAYO, 2009). Conseqüentemente, as questões alvo de investigação abordam interesses e circunstâncias sociais específicas, vinculando a teoria ao domínio fenomenológico, a referência acadêmica à prática, o pensamento à ação – questionadora, avaliativa, crítica, remodeladora.

A pretensão de estudar cientificamente um problema de natureza social incorre nas dificuldades de apreender respostas dotadas de clareza, objetividade e certeza, em um campo rico e complexo, marcado pelo dinamismo da realidade social e pela pluralidade de significados. O dilema metodológico das ciências sociais está na escolha de métodos, abordagens e técnicas que garantam o caráter científico da pesquisa e a possibilidade de sua validação pela comunidade acadêmica – isto é, que possibilitem a sua verificabilidade -, sem, porém, encerrar as expressões subjetivas inerentes às estruturas, processos e significados estudados.

Diferentemente das ciências naturais e exatas, é impossível ao pesquisador eximir-se absolutamente de suas preferências, suas inclinações, seus valores e interesses particulares frente aos fatos sociais, pois, no tratamento deles, reconhece uma parte da realidade que não lhe é inteiramente neutra (GIL, 2008). Pedro Demo (1995) salienta que o fenômeno ideológico é intrínseco nas ciências sociais, pois a própria realidade social enquanto produto histórico, em cuja produção atuam atores políticos, é ideológica. O autor advoga que, embora não seja possível superar tais marcos subjetivos, é possível controlá-los²³⁵.

Portanto, as circunstâncias da pesquisa em ciências sociais exigem uma investigação que reconheça a relevância da relação sujeito-objeto, elegendo quadros de referência próprios para a análise e interpretação dos dados coletados. Nos termos de

²³⁵ Pedro Demo (1995, p. 29) afirma que o controle da ideologia é feito em função da necessária discutibilidade da relação entre sujeito e objeto. Em virtude disso, deve ser realizado, primeiro, pelo “reconhecimento crítico e autocrítico de que somos inevitavelmente ideológicos” e, segundo, “pela submissão de toda postura ideológica ao critério da discutibilidade”, a enfrentando com base em critérios formais do discurso lógico e critérios políticos da própria comunidade dialogal.

Antonio Carlos Gil (2008, p. 5): “os resultados obtidos nas pesquisas não são indiferentes nem à forma de sua obtenção nem à maneira como o pesquisador vê o objeto”.

A metodologia torna-se o ponto central na operacionalização do processo de construção do conhecimento, direcionando a trajetória a ser perseguida durante a investigação. Por esta razão, a par das marcas epistemológicas das ciências sociais, a metodologia, embora não se restrinja ao aspecto instrumental, é fundamental para a utilidade da produção científica, transmitindo racionalidade, ordenação e otimização à atividade do pesquisador; garantindo a postura crítica contra generalizações ou especulações, dado que exige a demonstração da solidez dos argumentos sustentados; e, por fim, conferindo espaço para a criatividade do pesquisador, essencial para cultivar e renovar o diálogo com a realidade social sob análise (DEMO, 1995; MINAYO, 2009).

Outro fato imprescindível à cientificidade da pesquisa refere-se à coerência e consistência entre o método escolhido e o objeto de estudo, assim como a adequação entre os procedimentos e técnicas de pesquisa e os fins almejados. Trata-se de atender aos requisitos mínimos do “cuidado metodológico” (DEMO, 2002) a fim de evitar incertezas, dicotomias banais, evidências empíricas e pressupostos teóricos equivocados ou parcialmente compreendidos, dentre outras falhas na produção científica.

Gil (2008) aponta que a adoção de um ou outro método requer a avaliação de determinados fatores, tais como a natureza do objeto, os recursos materiais disponíveis, a abrangência da pesquisa e, sobretudo, a inspiração filosófica do pesquisador, visto que os métodos que conferem as bases lógicas da investigação - na nomenclatura de Lakatos e Marconi (2003), “métodos de abordagem” – se relacionam de forma estratégica a certas correntes filosóficas.

Cada método detém uma proposta específica, o que pode implicar em limitações no que tange à sua adequação com as peculiaridades do objeto de estudo. Demo (2002, p. 354) salienta que “nenhum método e nenhuma teoria podem ser considerados mais que instrumentos, sempre incompletos de captação”.

A pluralidade metodológica contribui para a superação de propostas unitárias e para a composição de uma base metodológica integrativa e cooperativa, como são os casos da formalização de uma revisão ou reconstrução de um método conforme novos paradigmas epistemológicos.

Para Jürgen Habermas (1983, p. 11), ao propor a reconstrução do método do materialismo histórico-dialético, recorre a um processo em que a formulação clássica é “desmontada e recomposta de modo novo, a fim de atingir a meta que ela própria fixou”,

pois, perante os novos paradigmas que regem a pesquisa social, carece de atualização, ainda que seu “potencial de estímulo” não tenha se esgotado.

A conjugação de métodos e procedimentos metodológicos visa a unidade de compreensão do objeto de pesquisa, abrangendo diversas facetas de sua constituição. Nesse quesito, Minayo (2009) anota a importância de compatibilizar a complexidade, a especificidade e as diferenciações internas do objeto de pesquisa, de modo que seja tanto contextualizado quanto tratado em sua singularidade.

De acordo com as observações alavancadas, este capítulo fixará os parâmetros norteadores de nossa investigação sobre os processos de alteração constitucional, com enfoque em compreender a pertinência das mutações constitucionais via interpretação do Supremo Tribunal Federal, considerando o aparente choque entre o cânone de rigidez constitucional e o histórico brasileiro de emendas constitucionais no curso da vigência da Constituição de 1988.

4.3.1.1 Caracterizando a pesquisa: notas sobre os níveis, a abordagem e o método de investigação

Diante dessa complexidade da pesquisa social e do interesse na aplicação dos conhecimentos desenvolvidos – seja para enriquecimento do repertório teórico sobre a matéria, seja pelos desdobramentos práticos -, Gil (2008) aponta que a sua classificação poderá abranger três níveis de estudo, cada qual inerente a um objetivo específico.

A **pesquisa exploratória** tem o condão de desenvolver, esclarecer e modificar marcos conceituais e ideias já integradas à literatura científica ou à realidade, em especial por discorrer sobre problemas de maior profundidade ou especificidade no âmbito da temática elegida. Segundo Gil (2008), esta modalidade ou nível de pesquisa constitui, muitas das vezes, na primeira etapa de uma investigação mais ampla e contribui à expansão de conhecimento pouco explorado ou de difícil operacionalização. Por esta razão, a investigação envolve extensivo levantamento bibliográfico e documental, aliado da revisão dos dados coletados e das principais discussões orientadas pelo tema.

A **pesquisa descritiva** dirige a identificação e o registro dos pontos determinantes do espectro da realidade que se pretende estudar. Através da descrição pormenorizada do conjuntos de características elementares de um fenômeno ou prática social, a pesquisa pode avançar para uma nova visão do problema, identificando ou não novas variáveis.

Por fim, a **pesquisa explicativa** cujo enfoque central é a compreensão do complexo de conhecimentos que constituem o fenômeno, explicará a conjectura na qual se constrói e se perpetua, bem como os fatores que o compõem.

Gil (2008) infere como etapa prévia indispensável da pesquisa explicativa, a descrição detalhada e exaustiva das evidências e teorias pertinentes, isto é, os valores suscitados pelas pesquisas exploratórias e descritivas.

A natureza da pesquisa aqui apresentada conduz à **conjugação dos níveis de pesquisa exploratória, descritiva e explicativa**, posto que se utilizou do recurso à densa exploração e descrição teórica do instituto sob análise, confrontando seus resultados com as evidências empíricas coletadas, a fim de explicar a produção de mutações constitucionais via interpretação do Supremo Tribunal Federal e seus impactos sobre a normatividade da Constituição brasileira.

Consequentemente, com fulcro na lição de Minayo (2009), embora a abordagem seja eminentemente **qualitativa** compreende-se a relação complementar desta com a dimensão quantitativa da pesquisa. À guisa de Demo (2002, p. 364), entende-se que toda realidade social é concomitantemente quantitativa e qualitativa, dispensando extremos dicotômicos, o que permite investiga-la sem reducionismos.

Os **recursos quantitativos** serão incorporados pelo uso dos procedimentos metodológicos da **análise de conteúdo**, para verificar o alcance do fenômeno de mutações constitucionais no âmbito da jurisdição da Suprema Corte brasileira no lapso de 2016 a 2018, avaliando quais os mecanismos judiciais desencadearam tal assertiva e com que frequência é reconhecida a configuração do fenômeno nos julgados.

O perfil qualitativo da abordagem, por sua vez, utilizará dos dados levantados, a fim de articular o contexto que os compreende, classificando-os e indagando-os segundo os pressupostos teóricos e gerando novas indagações. Aqui, a **análise do discurso** é inserida para esclarecer a relação entre os enunciados formalizados na argumentação estudada e a contextualização que permite a construção deles – o correlato do enunciado -, demonstrando as características da ordem discursiva nas instituições pesquisadas que, através de regras e princípios, atravessam os interlocutores e a sua fala para constituir um sentido próprio. Conforme explicam Andréa Paulon, Jarbas Vargas do Nascimento e Mauro Maia Laruccia (2014, p. 30), a análise do discurso pretende “reconstruir as falas que criam uma vontade de verdade científico em certo momento histórico”, verificando as condições que cederam espaço a determinado discurso e evidenciando porque tomou esse sentido e não outro.

A correlação entre o domínio do enunciado e as condições que possibilitam a sua manifestação será feita através do conjunto de informações que o sustenta, seja pelo acesso a dados jornalísticos ou biográficos, a fim de determinar o sentido atribuído pelos interlocutores e qual a relação entre a tríade linguagem-história-ideológico. Isto quer dizer que, na análise das possíveis mudanças constitucionais em decisões do Supremo Tribunal Federal, é imprescindível tratar o discurso sem o reduzir à literalidade das palavras proferidas.

No que tange à escolha do método, Eva Maria Lakatos e Marina de Andrade Marconi (2003) apresentam classificação conforme o grau e o momento de sua contribuição à investigação. Por “**método de abordagem**”, entende-se uma conjectura mais ampla, em grau maior de abstração, definindo porquanto a inspiração filosófica que penetra a análise do objeto. Já por “**método de procedimento**”, será indicada a proposta de ação nas etapas mais ou menos concretas, cuja finalidade – mais restrita – pressupõe um domínio particular do fenômeno.

Como método de abordagem, foi elegido o método convencionalmente reputado à Karl Marx (2008) como **materialismo histórico-dialético** ou “**dialética histórico-estrutural**” (DEMO, 1995, p. 88). Vale frisar que tal método pressupõe duas facetas: a de uma teoria científica, o materialismo histórico; e a de uma filosofia, o materialismo dialético (ARANHA; MARTINS, 1986). Além do mais, considerando a transição de paradigmas no pensamento científico e a necessidade, em prol do objeto de estudo de uma compreensão atualizada do método, aglutina-se as considerações (e reconstruções) propostas por Jürgen Habermas (1983).

Em sua premissa fundamental, o materialismo indica a precedência do domínio material às abstrações do espírito de tal forma que as ideias e a consciência são derivações da matéria. A explicação da vertente reside na dinamicidade do mundo material, ao que se conclui que o movimento é a propriedade fundamental da matéria, existente independentemente da consciência. Nesta perspectiva, a matéria é dado primário e fonte desta consciência, que, por sua vez, é dado secundário e reflexo da matéria (ARANHA; MARTINS, 1986).

Contudo, é interessante distanciar o materialismo marxista da filosofia materialista pura ou o “materialismo mecanicista”, que se pauta na causalidade linear como explicação da ação da matéria sobre o espírito, enquanto aquele se qualifica por ser dialético, negando que o espírito seja mera consequência passiva da ação material.

No contexto dialético, os fenômenos materiais são processos (ARANHA; MARTINS, 1986). A abordagem dialética admite uma dependência recíproca, expressa na medida em que a consciência do homem reage ao movimento das estruturas do mundo material, apesar de estar historicamente situada e determinada por esta. É o choque entre a consciência do determinismo e a força da ação da realidade que inspira reações dentro desse processo.

Maria Lúcia de Arruda Aranha e Maria Helena Pires Martins (1986, p. 273) revelam que a relação natural entre a infraestrutura e a superestrutura – na qual a primeira determina a segunda – permite que as contradições sociais emerjam, trazendo à luz o movimento dialético entre o caráter determinado da ação do homem e como este pode agir ativamente sobre aquilo que o determina. Isto porque a infraestrutura é a base material que sustenta as relações cotidianas da sociedade – correspondente à base econômica, para Marx, aliada à forma dominante de integração social, na reconstrução de Habermas - e a superestrutura engloba a estrutura jurídico-política e a estrutura ideológica.

Os pressupostos teóricos da visão materialista em Marx (2008, p. 47) observam que: “o modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual”; como resultado, os indivíduos tem a identidade derivada das condições materiais de sua produção, uma vez que a lógica do modo de produção capitalista integra o capital como valor; e, por conseguinte, a atividade do ser humano – o trabalho – é fruto da interação entre forças produtivas e as relações de produção.

As transformações da sociedade revelam inadequações ou contradições dentre os fatores estruturais da sociedade, possibilitando novas circunstâncias objetivas ao modo de produção. Para Marx, a luta de classes é o motor da história, pois ao atingir seu estágio mais avançado, a base socioeconômica enfrenta contradições com os resquícios do estágio antecedente de evolução, produzindo antagonismos. Assim, a ação revolucionária é o instrumento das transformações na realidade, sobretudo se alterar o modo de produção vigente.

Neste ponto, também se desenvolvem as condições de existência social dos indivíduos, posto que o problema somente se apresentaria frente a existência das condições materiais para resolvê-lo, ou quando estas estão em vias desenvolvimento (MARX, 2008, p. 48).

Convém salientar que:

Do mesmo modo que não se julga o indivíduo pela ideia que de si mesmo faz, tampouco se pode julgar uma tal época de transformações pela consciência que ela tem de si mesma. É preciso, ao contrário, **explicar essa consciência pelas contradições da vida material**, pelo conflito que existe entre as forças produtivas sociais e as relações de produção (MARX, 2008, p. 48) (Grifo nosso).

Categoricamente, Gil (2008, p. 22-23) relata que a adoção do quadro de referência do materialismo histórico pelo pesquisador, implica na ênfase à dimensão histórica dos processos sociais: “a partir da identificação do modo de produção em determinada sociedade e de sua relação com as superestruturas (políticas, jurídicas, etc.) é que ele procede à interpretação dos fenômenos observados”.

Por se vincular à filosofia burguesa da história, o materialismo histórico tal qual idealizado no século XVIII projeta uma identidade incompatível com os atuais recursos produtivos e processos de formações de normas e de valores. A era contemporânea (1789 à atualidade) abrange não só o ápice do sistema capitalista, como também suas crises e renovações, indicando uma nova etapa de desenvolvimento social vinculada a uma dimensão de valores democráticos que não mais se reduzem à perspectiva da burguesia liberal. Logo, o conceito de modo de produção enquanto infraestrutura não é mais capaz de, isoladamente, absorver e condicionar a superestrutura.

Conforme Habermas (1983), as formas cada vez mais maduras de integração social em novas relações de produção e perante novas forças produtivas requer a reconstrução do sistema de desenvolvimento das estruturas normativas.

O autor justifica a sua leitura no convencimento de que essas estruturas “não seguem simplesmente a linha de desenvolvimento do processo de produção, nem obedecem simplesmente ao modelo dos problemas sistêmicos, mas têm – ao contrário – uma história interna” (HABERMAS, 1983, p. 31). A evolução das estruturas normativas (morais e jurídicas) dependeriam tanto dos “desafios evolutivos” originados por problemas por resolver e economicamente condicionantes, quanto dos “processos de aprendizagem”²³⁶ que pleiteiam solucionar tais desafios (HABERMAS, 1983, p. 14).

²³⁶ Referem-se aos processos cognitivos de desenvolvimento que implicam na incorporação, pela sociedade, de patrimônios de saber acessíveis sobre o mundo. Habermas (1983, p. 35-36) aponta que “as capacidades de aprendizagem adquiridas individualmente” estão latentes no mundo e somente quando usadas de modo “socialmente eficaz” serão traduzidas como processos de aprendizagem da sociedade. Portanto, há um ciclo social em torno dos processos de aprendizagem individuais e coletivos: por um lado, um sistema só pode ser alterado pela evolução do aprendizado dos indivíduos socializados; por outro, uma sociedade normativa fixa e reproduz uma identidade coletiva, que incidirá sobre os indivíduos e seus processos de aprendizagem individual.

Seguindo essa lógica, por exemplo, embora a cultura permaneça um fenômeno superestrutural, o seu papel tem maior determinação para o desenvolvimento da sociedade. Isto porque o sistema deve ser estabelecido através de uma contribuição de cunho comunicativo. Em outras palavras, a evolução social é fundada na aprendizagem sociocultural, ambas dependentes da interação intersubjetiva, que somente pode ser linguisticamente produzida (HABERMAS, 1983, p. 15).

A estabilidade de um estágio de desenvolvimento social está na propriedade de assegurar a validade temporal das expectativas de comportamento, próprias da identidade de papel dos indivíduos. No caso de um desenvolvimento da consciência moral que ultrapasse o estágio convencional, a identidade se rompe e, por conseguinte, também se romperá o elo entre as normas preexistentes e os princípios interiorizados ancorados nesta identidade. Sendo assim, “a identidade coletiva de um grupo ou sociedade assegura continuidade e reconhecibilidade”, enquanto as crises de identidade modificam uma realidade social (HABERMAS, 1983, p. 25)

A teoria do agir comunicativo eleva a interação social a um condição reflexiva²³⁷, pois é da capacidade de entender e coordenar o sujeição de ação sob o aspecto prático-moral que a racionalização do agir produz efeitos sobre as forças produtivas e normativas (HABERMAS, 1983, p. 30 e ss.).

O agir comunicativo pressupõe “o respeito das normas intersubjetivamente válidas”, pois se sustenta na “validade do discurso”, que possibilite o consenso como a base do agir comum (HABERMAS, 1983, p. 32 e 33). De outro lado, o agir estratégico orienta-se tão-somente para o próprio sucesso, independente de preferências ou máximas decisórias (condições motivacionais) e, portanto, deve ser institucionalizado (exigindo a concordância em determinadas preferências) (HABERMAS, 1983, p. 33). Não obstante, os modelos normativos, racionalmente construídos para determinar possíveis soluções de problemas ofertam somente demarcações formais através de normas de ação; e necessitam de mecanismos de aprendizagem para que a sociedade evolua socialmente para novos níveis de integração.

Sobremaneira, destaca-se que:

Assim como os processos de aprendizagem não se explicitam apenas na dimensão do pensamento objetivante, mas também na da convicção prático-moral, do mesmo modo a racionalização do agir não se traduz apenas em forças

²³⁷ “Ou seja: torna-se agora algo consciente o fato de que são os indivíduos e a sociedade que, de certo modo, produzem por si mesmos sua própria identidade” (HABERMAS, 1983, p. 30).

produtivas, mas – através da mediação da dinâmica dos movimentos sociais – em forma de integração social (HABERMAS, 1983, p. 34)

Enquanto, para Marx, uma mudança se opera pela revolução nas relações de produção; para Habermas, perturbações à capacidade de direção e de controle de uma sociedade anunciam um desafio evolutivo, colocam à prova a capacidade de reprodução das estruturas de racionalização do agir. Aceito o desafio, dá-se o acesso a um novo nível de aprendizagem e altera-se a forma existente de integração social (HABERMAS, 1983, p. 36).

Por oportuno, a contribuição habermasiana exprime a tese de que o desenvolvimento das estruturas normativas confere espaço para a evolução social, posto que “novos princípios de organização social significam novas formas de integração” e, a partir dessas, torna-se possível “a implementação das forças produtivas existentes ou a produção de novas, bem como o aumento da complexidade social” (HABERMAS, 1983, p. 34). Partindo deste entendimento, deve-se anotar que:

Só depois que encontraram realização histórica processos de racionalização que exigem explicação ao mesmo tempo histórica e materialista é que podem ser indicados modelos de desenvolvimento para as estruturas normativas da sociedade. Essas lógicas de desenvolvimento documentam a sobrevivência e, nessa medida, também a história interna do espírito. (HABERMAS, 1983, p. 37).

O método foi considerado o mais adequado à pesquisa, em virtude de sua abrangência de captação da dinamicidade da realidade social, considerando que toda formação histórica está em constante transição – cujas transformações são estruturadas e condicionadas – e se encontra intrinsecamente atrelada à percepção de aspectos macrossociais ou macrofenômenos, extraíndo as contradições e antagonismos atinentes às relações entre os sujeitos, as estruturas e as condições de forma estrutural.

A própria dialética é embebida do horizonte histórico e, portanto, da concretude. É o oposto da mera sistematização abstrata da matéria, pois “quer conhecer adequadamente a realidade” através do “pensamento crítico que se propõe a compreender a ‘coisa em si’” (KOZIK, 1976, p. 20). Pode ser percebida como o método da “interpretação da realidade”, fundando as bases de uma “interpretação dinâmica e totalizante da realidade, já que os fatos sociais não podem ser entendidos quando considerados isoladamente”, abstraídos do contexto no qual se inserem (GIL, 2008, p. 13).

Três são os seus princípios essenciais: a) a unidade dos opostos, organicamente unidos para constituir um todo - “todos os objetos e fenômenos apresentam aspectos contraditórios” (GIL, 2008, p. 12); b) a quantidade e a qualidade são características inter-relacionadas – “no processo de desenvolvimento, as mudanças quantitativas graduais geram mudanças qualitativas e essa transformação opera-se por saltos” (GIL, 2008, p. 12); e c) a negação da negação é a fórmula que exprime como “o fenômeno indica algo que não é ele mesmo e vive apenas graças ao seu contrário” (KOZIK, 1976, p. 15), isto é, o mundo da mudança tende a negar o que é mudado, para proporcionar estabilidade de suas estruturas, porém o resultado da mudança conduz gradualmente ao desenvolvimento, pois a essência do fenômeno é mediata, revertendo, por sua vez, a negação inicial.

Esses princípios são incorporados no esquema básico da dialética, através do qual, a tese apresenta “a realidade social historicamente contextualizada”; a antítese conduz à dinâmica contrária, o horizonte das mudanças – uma proposta de aperfeiçoamento, se a antítese for benigna, ou de superação, caso seja radical; e, por fim, a construção da síntese, retratando a totalidade do real por meio de um esquema explicativo (DEMO, 1995).

Portanto, ao analisar os fenômenos de alterações – formais e informais - da Constituição e a sua construção marcada por transformações e inovações nas conjecturas sociopolíticas, econômicas, dentre outras, pretende-se compreender as contradições expressas na realidade de concretização destes institutos e explica-las nos ciclos estruturais da sociedade constitucional brasileira. A própria dinâmica entre as mutações e as emendas constitucionais é explorada em um processo dialético, histórico e racionalmente estrutural. Pelo exposto, julga-se o método adequado ao objeto de análise.

De forma complementar, foi escolhido o **método comparativo** como método de procedimento, por via de estudo das semelhanças e diferenças entre diversos tipos de institutos, instituições, grupos, sistemas, sociedades ou povos, com a finalidade de verificar os pontos de convergência e explicar as divergências. Através do método comparativo, é possível investigar e comparar diferentes estágios de desenvolvimento do objeto de estudo, auxiliando em todas as fases e níveis de investigação:

[...] num estudo descritivo pode averiguar a analogia entre ou analisar os elementos de uma estrutura [...]; nas classificações, permite a construção de tipologias [...]; finalmente, a nível de explicação pode, até certo ponto, apontar vínculos causais, entre os fatores presentes e ausentes (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 107-108).

A estrutura lógica do método comparativo denota dois componentes essenciais: a) no mínimo dois elementos em comparação (“*comparatum*” e “*comparandum*”); e b) a eleição de um aspecto ou instituto a comparar (“*tertium comparationis*” ou “termo a comparar” (SGARBOSA; JENSEN, 2008, p. 20-21). O método de comparação pode ser realizado em função da sucessão cronológica do objeto de estudo (“comparação vertical ou diacrônica”) ou ocupa-se do cotejo de sistemas simultaneamente vigentes (“comparação sincrônica”) (SGARBOSA; JENSEN, 2008, p. 31).

Além do mais, a abrangência da comparação é determinada conforme o termo a comparar, definindo uma microcomparação, caso se trate de uma parcela ou fragmento de um sistema; ou uma macrocomparação, caso volte-se para a compreensão entre sistemas em sua integralidade.

Nota-se que a microcomparação, por ser “o estudo de um ou mais institutos ou instituições jurídicas, princípios ou regras, em dois ou mais sistemas jurídicos” (SGARBOSA; JENSEN, 2008, p. 143), caracteriza-se pela fragmentariedade, porém sem abandonar o aspecto particular do instituto estudado em seu ordenamento original.

A circulação de teorias jurídicas e a recepção de direito são fenômenos usuais e cujo impacto permite a evolução e aprimoramento da ciência jurídica, bem como a maior integração entre o modelo exportador e o sistema que recebe regras, princípios, teorias, construções dogmáticas ou entendimentos jurisprudenciais, dentre outros elementos. Contudo, duas ressalvas são imperativas. A primeira diz respeito à distinção entre recepção e imitação de direito, pois, embora aquelas possam ser inconscientes, marcam profundamente o sistema que as acolhe, já que há uma distinção de nível cultural entre os sistemas (SGARBOSA; JENSEN, 2008, p. 163). E, a segunda, atine à necessidade de verificação da compatibilidade constitucional desse deslocamento de ideias de um sistema a outro.

O método comparativo embasou, sobretudo, a compreensão da trajetória histórico-teórica do fenômeno das mutações constitucionais, explorando os componentes intrínsecos à formação dogmática do direito público alemão e às repercussões da própria evolução constitucional do Estado germânico (com suas correspondentes crises) na remodelagem das teorias apresentadas. Tais observações revelaram um rico conjunto de dados pertinentes à apreciação crítica da desenvoltura do conceito e da teoria das mutações constitucionais na própria prática constitucional brasileira.

4.3.1.2 O recorte temático e a delimitação da investigação

Pode-se afirmar que uma das tarefas de maior importância na pesquisa está na delimitação do objeto de pesquisa, indicando seus limites e fronteiras temáticas. Vinculado à cientificidade e continuidade prática da pesquisa, o pesquisador deve estabelecer um foco de abordagem, definindo elementos e critérios claros e precisos ao tratamento da matéria; além de suprir, no que for cabível, as inconstâncias e incertezas inerentes às possibilidades de resultado.

Lakatos e Marconi (2005, p. 158) elucidam a composição prática da escolha do tema, que consiste em duas operações preliminares à pesquisa: a. Selecionar assunto conforme “as inclinações, as possibilidades, as aptidões e as tendências” de que se pretende utilizar no decurso da pesquisa; e b. Encontrar um objeto que, além de suscetível de investigação científica, merece os esforços para perquiri-lo. O objeto é sempre formulado e delimitado no plano do problema, teórico ou prático, sobre o qual o pesquisador refletirá.

Ante a caracterização teórica desenvolvida sobre os fenômenos de mudanças constitucionais, formais e informais, e o contexto no qual se situam, inúmeras são as questões a serem levantadas e analisadas. A gravidade dos temas afetos à dinâmica constitucional e ao equilíbrio do sistema político-operacional de suas instituições encontra-se na própria identificação do Estado de Direito com o regime democrático. O poder constituinte é permanente e contínuo, porém na figura das mudanças constitucionais assume *status* diverso, pois será limitado pelas disposições do poder que lhe antecede – o poder constituinte originário. O agir comedido sem transpor tais limites é um objetivo nem sempre satisfeito e, como visto, certos conflitos e tensões entre os Poderes são naturais da composição de uma democracia constitucional.

O cenário brasileiro comprova ser uma exceção à prática comum das Constituições rígidas de reservar-se dos procedimentos de reforma constitucional e atualizar-se segundo a evolução da interpretação constitucional. Como evidenciado no curso do trabalho, existe uma forte conexão entre um sentimento constitucional (LOEWENSTEIN, 1975), a identificação nacional com a Constituição; e a prática da estabilidade constitucional não só pelo rigor, quanto pela desnecessidade de reformas frontais.

Portanto, para a análise empírica, propõe-se três índices de demarcação temática: 1. O núcleo central de estudo; 2. O lapso temporal a ser estudado; e 3. A composição da reflexão a ser desenvolvida. Na visão global: o estudo pressupõe a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal percebidas pela própria Corte como “mutações constitucionais” no interstício de 2016 a 2018, com os objetivos de conferir: o uso de mecanismos de controle jurisdicional nos processos de mudança constitucional; a inserção da questão da legitimidade democrática; e, por fim, quais as condições aptas a justificar a prática de mutações constitucionais no panorama brasileiro.

O lapso temporal foi definido de forma a constatar as consequências do momento de auge da atual crise política brasileira, com a incidência de medida excepcional de garantia da ordem constitucional, qual seja, o processo de *impeachment* da presidente da República Dilma Rousseff e a transição para o governo de Michel Temer²³⁸. Nota-se que a crise política estressa os contornos institucionais do país, aumentando a tensão e a instabilidade, gerando disputas entre os diferentes poderes que passam dos atritos toleráveis pelo jogo democrático para uma “batalha de narrativas” (VIERA, 2018, p. 21). E, apesar de o *impeachment* ser um instituto a ser exercido para “promover a Constituição” e permitir a recuperação da “confiança na legitimidade e integridade do nosso projeto democrático” (BAHIA; SILVA; OLIVEIRA, 2017, p. 40), não foi o suficiente para pacificar o cenário político e econômico do país.

Na condição de “instituto de justiça política” (LOSURDO, 2016, p. 220), o processo de *impeachment* está atrelado ao equilíbrio dos Poderes, tecendo forma de controle extraordinária do Poder Executivo. Indiscutivelmente, seu manejo deverá combater os “crimes de responsabilidade”, isto é, manobras que, apesar de suscitarem debates acerca de sua contemplação taxativa pelo rol composto pelo Art. 85 do Texto Magno e pela Lei 1.079/50, refletem atentados ao funcionamento regular do Estado Democrático de Direito. Cabe, portanto, reconhecer que o *impeachment* não se confunde com o “voto de desconfiança” ou de censura, característico dos sistemas parlamentaristas, ou o “*recall*” político, instituto norteamericano de reavaliação dos mandatários políticos por força da vontade do eleitorado (BAHIA; SILVA; OLIVEIRA, 2017, p. 38). A questão

²³⁸ O presidente interino assume desde 12 de maio de 2016 e tem consolidada a sua posição como Chefe do Executivo em 31 de agosto de 2016. Não obstante, em esforço para conciliar as datas do início da sessão legislativa correspondente ao ano de 2016, no dia 02 de fevereiro, e o afastamento da Presidente Rousseff, no dia 12 de maio, decidiu-se por não excluir da apreciação do trabalho os meses nesse interím, computando mais precisamente os dados atinentes ao intervalo entre 02/02/2016 a 31/12/2018.

é esclarecida pela noção que comporta a cada mecanismo, pois enquanto o *impeachment* visa reforçar o presidencialismo no contexto democrático, os demais institutos avaliam a adequação das condutas político-econômicas dos representantes e os interesses dos eleitores.

Como salienta Federico Losurdo (2016, p. 221): “convém reconhecer que nenhum dos Poderes constituídos parece ter, nesse momento histórico, uma ampla legitimidade”. Seja o Executivo, com a débil justificação de sua legitimidade no governo pós-*impeachment*, intitulado por muitos como resultado de um “golpe de Estado”; seja o Legislativo, em virtude da hiperfragmentação partidária e da dificuldade de promover a coordenação política (VIEIRA, 2018); seja o próprio Supremo Tribunal Federal, que, enquanto Corte soberana e “guardião da Constituição” centraliza a interpretação constitucional, “substituindo-se ao legislador (e talvez mesmo ao constituinte)”, ao partir “das próprias concepções políticas e morais, mais que do direito positivo” (LOSURDO, 2016, p. 222).

A este respeito, a identificação do percurso temporal de investigação fundamenta-se tanto nos impactos da crescente tensão e polarização política na estabilidade constitucional e na estrutura institucional dos Poderes constituídos, com especial enfoque na legitimidade democrática das instituições políticas e jurisdicionais brasileiras; quanto na intenção de compreender o significado de nossa própria ordem constitucional perante a consolidação, em 05 de outubro de 2018, do marco de 30 (trinta) anos da Constituição Cidadã, apreendendo os níveis de sentimento constitucional da comunidade pátria diante das inúmeras mudanças sofridas.

E, mais, é importante mensurar se as partes constituintes do Estado constitucional brasileiro prezam assegurar de forma eficiente a sobrevivência da democracia ou favorecerão a adaptação da política e das oligarquias econômicas, em detrimento dos parâmetros valorativos impostos pela Constituição.

4.3.1.3 Procedimentos metodológicos

A realização e aprofundamento das etapas da investigação demandam duas técnicas pontuais: a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental.

A coleta dos dados bibliográficos concebe a robustez do trabalho científico, apresentando o conhecimento acadêmico disponível contido em livros, revistas e publicações, para a construção dos marcos teóricos-conceituais utilizados, difundindo as

discussões atuais sobre o tema e promovendo novos elementos para a argumentação e explicação deste.

A fase inicial consiste no levantamento bibliográfico, através da catalogação e da indexação das obras clássicas sobre os assuntos tratados, desde os títulos mais abrangentes, correspondentes à História do Direito Constitucional, Teoria da Constituição, à Hermenêutica Jurídica e Constitucional, à Filosofia do Direito e à Teoria do Estado; aos mais específicos, que versam sobre os fenômenos das mudanças constitucionais e suas espécies; poder constituinte e a atuação dos poderes constituídos; legitimidade e legitimação; jurisdição constitucional; interpretação constitucional; ativismo judicial; crise, erosão e fraude constitucional. A interpretação dos dados bibliográficos norteia a redação dos capítulos iniciais do presente trabalho e corroboram para a exposição da complexidade dos institutos estudados, fornecendo os elementos primordiais para a sua identificação nas consultas documentais.

Através do arcabouço teórico, viabiliza-se a revisão da literatura nacional e estrangeira, contribuindo para a formação do conhecimento especializado, reflexivo e crítico do pesquisador, munindo-o para o desenvolvimento das demais etapas do processo de pesquisa. Lakatos e Marconi (2003, p. 48) indicam a análise e interpretação do material bibliográfico como “um juízo de valor” composto pela “crítica externa e interna”. A crítica externa consiste na averiguação do significado e valor dos documentos e trabalhos estudados para o ramo investigado, atentando para o texto das publicações e à fidelidade das traduções realizadas, em relação ao original, quando necessário. Já a crítica interna aprecia o sentido e valor do conteúdo assinalado pelos autores, decompondo as circunstâncias históricas e influências inerentes à obra.

Em seguida, o trabalho científico requer a pesquisa documental, conferindo dados em quantidade e qualidade para a corroboração das sustentações teóricas preliminares e para a extração das informações necessárias para solucionar ou desenvolver extensões acadêmicas sobre a problemática proposta. Para fins desta pesquisa, foram utilizados “registros cursivos”, tradicionalmente percebidos como “documentos elaborados por agências governamentais” (GIL, 2008, p. 147).

As fontes de documentação encontram-se disponíveis nos acervos e registros estatísticos disponibilizados pelos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal; do Conselho Nacional de Justiça, através de seu projeto de transparência denominado “Supremo em Ação”; e pela plataforma do “*Comparative Constitutions Project*”, cuja

base de coleta e análises de dados foi imperativa para a sistematização do estudo comparativo sobre elementos e técnicas de desenho constitucional.

4.3.1.4 A estratégia de coleta de dados

Recorrendo à análise de conteúdo (BARDIN, 2016), a missão inicial do pesquisador durante a pesquisa documental, será a de conduzir a organização dos documentos e a elaboração de indicadores para sistematizar as operações da análise. Trata-se da fase de pré-análise ou de preparação.

Efetivamente, o pesquisador iniciará pela “leitura flutuante”, cujo objetivo principal é estabelecer contato com todos os documentos referentes ao tema, projetando as teorias colhidas na pesquisa bibliográfica para precisar gradativamente o processo de seleção e coleta dos documentos. Reunido o material desta análise, é possível determinar o *corpus* da pesquisa que, em outras palavras, perfaz o universo de materiais encontrados sob os critérios da delimitação temática.

Anota-se que por motivos de sistematização foram agrupadas duas categorias de dados preliminares: informações sobre atuação em geral dos órgãos estudados no lapso temporal estabelecido; os documentos correspondentes ao *corpus*.

4.3.1.4.1 Panorama geral de atuação do Supremo Tribunal Federal nos anos de 2016 a 2018

Nos termos da atuação do Supremo Tribunal Federal, observou-se, em primeiro plano, o diagnóstico elaborado pelo Congresso Nacional de Justiça (2017; 2018), na forma dos relatórios da iniciativa **Supremo em Ação** – cujas publicações contemplam informações até o ano-base de 2017. Destes documentos foram selecionados quatro índices para montar o quadro de atuação da Corte: Índice de Produtividade por Ministros; Índices de Origem das Decisões (monocráticas ou colegiadas); Índice de Processos Novos (e suas classes processuais); e Índice de Atendimento a Demanda.

No ano de 2016, foram proferidas 117.426 decisões, das quais, “cada ministro baixou, em média, 7.816 processos” (CNJ, 2017, p. 37). Do total de decisões, 88% foram monocráticas, restando 12% para as decisões colegiadas e destas apenas 3.373 decisões foram proferidas pelo plenário (CNJ, 2017, p. 39).

Quanto ao histórico de novas demandas, averigua-se o ingresso total de 89.959 processos, cujas classes processuais de maior incidência são predominantemente espécies recursais, a exemplo do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE), com 71,1% do total processos novos no ano de 2016. Seguem em maior numeração o Recurso Extraordinário (RE), com 10.962 novos processos; o Habeas Corpus (HC), com 6.491 processos; a Reclamação Constitucional (Rcl), com 3.281; e o Agravo de Instrumento (AI), com 2.266 processos. Já em sede de controle concentrado de constitucionalidade, os números são de: 6 ADC's; 194 ADI's; 1 ADO; e 59 ADPFs (CNJ, 2017, p. 43).

No que tange ao congestionamento processual e o índice de atendimento à demanda por competência, nota-se que os recursos extraordinários apresentam a menor taxa de congestionamento, enquanto os processos de controle concentrado apresentam as maiores taxas, ao que vale frisar inferência do próprio relatório do CNJ:

Os números indicam altas taxas de congestionamento em ações de controle concentrado em relação às espécies recursais, **revelando uma concentração de esforços nas tarefas próprias de um tribunal de instrução ou revisão, em detrimento da atuação como Corte Constitucional.**

Além disso, há de se mencionarem características próprias às ações de controle concentrado de constitucionalidade que podem ter influência no tempo de julgamento. Nelas são discutidas as grandes questões nacionais, de imensurável importância político-jurídica, ensejando, não raro, providências para abertura dos debates constitucionais à comunidade, com a realização de audiências públicas, intervenção de *amici curiae* etc. (CNJ, 2017, p. 56) (Grifo nosso).

Esse cenário implica em consequências para o tempo de duração do processo, visto que os recursos extraordinários correspondem à taxa mais célere, podendo ser solucionados no período de um ano. Em comparação, dentre as competências constitucionais do Tribunal, os processos mais demorados são, de fato, os de controle concentrado, cuja média de duração de sete anos. Ademais, dentre as baixas processuais do ano de 2016, a estimativa é de 33,6% dos casos esteve em tramitação por mais de uma década (CNJ, 2017, p. 63)

O segundo relatório Supremo em Ação, atualizado para cobrir os dados de 2017, informa o total de 126.484 decisões prolatadas no referido ano, das quais 88,9% foram proferidas monocraticamente (CNJ, 2018, p. 32).

Ainda, o registro verifica sua maior marca até então no Índice de Produtividade dos Ministros, equivalente ao total de 10.486 processos baixados por ministro. No que tange às decisões colegiadas, no total de 12.883 decisões proferidas em 2017, apenas 16% foram realizadas em plenário.

A demanda de 2017 revelou o ingresso de 102.227 processos, um aumento de 13,6% em relação ao ano anterior. A classe de Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) mantém-se com maior incidência de casos novos, representando 65,2% deste total. As classes processuais que o seguem são o Recurso Extraordinário (RE), com 15.169 processos; o Habeas Corpus (HC), com 11.327 processos; a Reclamação (Rcl), com 3.326 processos; o Agravo de Instrumento (AI), com 1.726 processos; o Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC), com 952 processos; e o Mandado de Segurança (MS), com 729 processos. Já em sede de controle concentrado de constitucionalidade, os números são de: 6 ADC's; 237 ADI's; 9 ADO; e 68 ADPFs (CNJ, 2018, p. 36).

Quanto à taxa de resposta ou atendimento à demanda por competência, os recursos extraordinários apresentam a resolução mais célere, enquanto o controle concentrado, descrito como “a competência com a menor demanda processual e também a de maior acervo” (CNJ, 2018, p. 48), os recursos ordinários e a competência penal do Tribunal sofreram déficits em sua capacidade de resposta. No ano de 2017, a taxa de congestionamento na competência de controle concentrado atinge 91%; em matéria penal, a variação atinge 70,5%; e nos recursos ordinários, revela-se em 60% (CNJ, 2018, p. 50). Por fim, entre os processos baixados, 86,7% estiveram em tramitação por menos de um ano; 7% estiveram em tramitação no intervalo de um a dois anos; e apenas 0,5% dos casos representaram processo com trâmite superior a uma década.

O setor de estatísticas do STF fornece os dados relativos ao ano de 2018, somando o ingresso de 98.295 processos, dentre os quais 63.695 processos (64,79%) referem-se a Agravo em Recurso Extraordinário; 13.815 das novas demandas (14,05%) correspondem à impetração de Habeas Corpus; e 13.619 (13,85%), à classe de Recursos Extraordinários (STF, 2020, *on-line*).

Por fim, através da “pesquisa por classes” e pelo demais relatórios do Tribunal relativos ao controle concentrado de constitucionalidade, é possível corroborar que, no triênio analisado, foram autuadas 925 ações próprias de controle concentrado (Tabela 01) e baixados 671 processos desta natureza (Tabela 02).

Tabela 01 – Processos autuados entre 2016 e 2018 segundo a classe de ação em controle concentrado

Ano/Classe	ADC	ADI	ADO	ADPF
2016	6	194	1	59
2017	6	237	9	68
2018	8	178	5	54

Fonte: Secretária de Gestão Estratégica, Supremo Tribunal Federal (2020)

Tabela 02 – Processos baixados entre 2016 e 2018 segundo a classe de ação em controle concentrado

Ano/Classe	ADC	ADI	ADO	ADPF
2016	2	100	3	21
2017	-	185	2	42
2018	7	267	5	37

Fonte: Secretária de Gestão Estratégica, Supremo Tribunal Federal (2020)

Das informações coletadas, salienta-se a incidência em maior grau de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's), que expressam um volume de ingresso em média três vezes maior do que a segunda classe, referente às Ações Declaratórias de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF's); o mesmo ocorre quanto às baixas processuais, porém com a média aproximada de cinco processos de ADI resolvidos para cada baixa em ADPF.

4.3.1.4.2 *Composição do corpus*

Para a determinação do *corpus* acerca do estudo das mutações constitucionais via Supremo Tribunal Federal, o cruzamento de dados foi efetuado com o uso das palavras-chaves: mutação constitucional; interpretação evolutiva; transição constitucional; vicissitude constitucional; revisão indireta; mudança material; modificação constitucional; construção constitucional; construção jurisdicional; e inovação interpretativa, com base em nomenclaturas utilizadas pela doutrina, pois, consoante a lição de Uadi Bulos (1996, p. 28), “o uso de uma ou outra expressão alcança o mesmo resultado, pois revela a existência de alterações operadas no texto da Constituição, diversas da atividade, adrede demarcada, do poder reformador”.

Atentando para as particularidades no campo da pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do Tribunal, as expressões de busca foram utilizadas com o uso do operador “adj”, caracterizado pela busca de palavras aproximadas, cuja ordem de colocação no texto são determinantes. O uso do operador restringiu consideravelmente os resultados encontrados, de modo que apenas as expressões “mutação constitucional”, “interpretação evolutiva” e “construção jurisprudencial” foram satisfatórias quando comparadas aos critérios de delimitação temática. O número total de documentos encontrados com o uso das expressões de busca foi em torno de 101 acórdãos, reduzidos à composição do lapso temporal: apenas 17 acórdãos versando “mutação constitucional”;

8 acórdãos correlacionado à “interpretação evolutiva”; e 7 acórdãos relacionados ao termo “construção jurisprudencial”.

Em função da necessidade de visualizar o debate argumentativo entre os Ministros e evidenciar o discurso institucional da Corte sobre as interpretações percebidas como mutações, ainda que se utilize de outra nomenclatura, foi considerado outro critério delimitador: o julgamento em Plenário (Art. 143, *caput* e parágrafo único, RISTF²³⁹), reduzindo os resultados relativos à expressão “interpretação evolutiva” para 6 acórdãos; e à “construção jurisprudencial” para 4 acórdãos suscetíveis de análise. Como existem determinadas ações listadas em duas expressões de busca, contabilizam-se apenas 3 acórdãos para cada uma das categorias.

Sendo assim, o *corpus* de investigação no Supremo Tribunal Federal é composto por 23 (vinte e três) acórdãos.

4.3.2 O processo de análise de dados

A pretensão inicial era a de compreender as etapas de registro, tratamento, codificação e categorização de dados conforme explicita a metodologia da análise de conteúdo (BARDIN, 2016). Contudo, a complexidade ao enquadrar a técnica às características particulares das interações políticas do cenário constitucional brasileiro e a densidade do conteúdo argumentativo das decisões sob exame, exigiram adequação no decurso da pesquisa.

Do mesmo modo, os elos afirmados entre as matérias submetidas aos processos de reforma constitucional e a própria estrutura da organização política à época, conduziram a ambiguidades quando requeridos critérios precisos para definir as unidades de registro e de contexto que disciplinam o vínculo entre os textos em exame e a teoria por intermédio do pesquisador.

Destarte, superando a abordagem quantitativa por mera constatação de frequência de certos elementos da mensagem, Bardin (2016) ressalta a importância da análise de cunho quantitativo aproximar-se da flexibilidade qualitativa. A análise é, portanto, fundada em diferentes níveis de análises sucessivas e as técnicas da análise de

²³⁹ “Art. 143. O Plenário, que se reúne com a presença mínima de seis Ministros, é dirigido pelo Presidente do Tribunal. Parágrafo único. O quórum para votação de matéria constitucional e para a eleição do Presidente e do Vice-Presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral é de oito Ministros.” (BRASIL, 2019, p. 82).

conteúdo propõem os princípios para a sistematização das questões levantadas pelos dados.

Através dos princípios de exclusão mútua e da homogeneidade, um único princípio de classificação deve orientar a organização referente à categorização, fase na qual indicam-se as correspondências entre o material e a realidade que o subjaz, sem introduzir desvios.

Já o princípio da objetividade e fidelidade desempenham contribuição imprescindível à pesquisa, pois a todo o material deve ser aplicado as mesmas análises e, para tanto, as variáveis devem ser definidas o mais claramente possível. E o princípio da produtividade ao evocar a pragmaticidade dos resultados requer a exposição dos dados deve ser fértil à geração de novas inferências e, por conseguinte, um novo conjunto e tipo de dados.

A análise jurisprudencial detém estilo mais pormenorizado, ao investigar os votos mais pertinentes à matéria investigada e o debate entre os Ministros, evidenciando divergências, quando houver.

Portanto, além da exposição crítica dos julgamentos conforme a matéria versada no corpo do julgado, a fim de melhor visualizar a evolução da jurisprudência nas hipóteses em que duas ou mais decisões tratem do mesmo tema, serão indicadas as informações características dos acórdãos e dos elementos proeminentes da análise, quais sejam: os dispositivos da Constituição cuja interpretação foi discutida; os votos vencidos; se houve alusão à expressão “mutação constitucional” ou outro termo equivalente; e se, com o arcabouço teórico do trabalho, é possível determinar a ocorrência de mutação constitucional autêntica. Esses elementos foram esquematizados em tabelas, facilitando a verificação sobre os resultados.

4.3.2.1 Análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal

Sob o olhar crítico de José Rodrigo Rodriguez (2013), em sua obra “Como decidem as cortes?”, uma tendência cultural das cortes brasileiras está na invocação da autoridade para sedimentar um modelo opinativo, ao invés de reconstruir a linha de argumentação racional tecida pelas fontes de direito.

O quadro torna-se ainda mais complexo com a estrutura de decisões por votação majoritária, que, por vezes, estão distantes da “formação de uma verdadeira decisão coletiva” (RODRIGUEZ, 2013, p. 81). Para o autor, o manancial de argumentos,

mesmo nos casos de unanimidade, colocam em verdade opiniões individuais dos juízes, cada qual com seu repertório de citações doutrinárias e jurisprudenciais que os favoreça.

Por ser imperativa na comprovação da legitimidade do modelo de raciocínio jurídico implementado na decisão e, a rigor, ainda que não se possa evitar a incidência opinativa das invocações de autoridade, é necessário compreender os julgamentos da Suprema Corte como um esforço de argumentação unificado e que a divergência seja o caminho para a construção argumentativa, não o vetor de “mera agregação de opiniões” (RODRIGUEZ, 2013, p. 82).

No decurso da investigação, restou mais do que comprovada a dificuldade em sistematizar os acórdãos, que intercalam votos escritos e as transcrições dos debates em plenário em um documento final “quase sempre longo, desorganizado e difícil de manusear” (RODRIGUEZ, 2013, p. 83).

É comum que os documentos sejam repetitivos em determinados termos, especialmente nos casos em que há concordância com o relator. No entanto, o principal problema encontrado está no esclarecimento da tese principal, ressalvados os casos de Recursos Extraordinários, pois, em virtude do instituto da Repercussão Geral, existe a obrigatoriedade de firmar o tema e a tese correspondente à sua resolução.

Com base nessas observações, é interessante informar a composição do Supremo Tribunal Federal no lapso temporal estudado (Tabela 03), demonstrando o perfil dos mandatários no cargo de Ministro ao pontuar a origem de sua indicação, o início de sua carreira na Corte, e seu antecessor. Nota-se que em alguns dos casos examinados, a transição entre a composição anterior e a vigente é imprescindível para compreender os processos de trâmite mais longo.

Tabela 03 - Composição do Supremo Tribunal Federal (2016-2018)

Ministro	UF	Indicado por	Ant.	Início do Mandato	2016	2016	2017	2017	2018	2018
Celso de Mello	SP	José Sarney	Luís Rafael Mayer	17/08/1989						
Marco Aurélio	RJ	Fernando Henrique Cardoso	Carlos A. Madeira	13/06/1990						
Gilmar Mendes	MT		José Néri da Silveira	20/06/2002						

Ricardo Lewandowski	RJ	Luiz Inácio Lula da Silva	Carlos Velloso	16/03/2006																
Cármem Lúcia	MG		Nelson Jobim	21/06/2006																
Dias Toffoli	SP		Menezes Direito	23/10/2009																
Luiz Fux	RJ	Dilma Rousseff	Eros Grau	03/03/2011																
Rosa Weber	RS		Ellen Gracie	19/12/2011																
Teori Zavascki	SC		Cezar Peluso	29/11/2012																
Luís Roberto Barroso	RJ		Carlos Ayres Britto	26/06/2013																
Edson Fachin	RS		Joaquim Barbosa	16/06/2015																
Alexandre de Moraes	SP	Michel Temer	Teori Zavascki	22/03/2017																

Fonte: Seção de Biblioteca Digital, Supremo Tribunal Federal (2020)

■ Mandato regular ■ Presidência do Tribunal

Dos fatos a frisar, cabe reconhecer a atuação de três presidências: a) sob a égide do Ministro Ricardo Lewandowski, o 57º Presidente do Tribunal em sucessão ao Ministro Joaquim Barbosa, até 10 de setembro de 2016; b) sob a liderança da Ministra Cármem Lúcia, a 58ª Presidente do Tribunal, no intervalo entre 12 de setembro de 2016 a 13 de setembro de 2018; e c) sob o comando do Ministro Dias Toffoli, o 59º Presidente do Tribunal, desde 13 de setembro de 2018.

4.3.2.1.1 Execução provisória da pena e prisão após condenação em segunda instância

HC 126.292 / SP	
Relator:	Mín. Teori Zavascki
Julgado em:	17/02/2016
Acórdão publicado no DJe em:	17/05/2016
Transitado em julgado em:	14/02/2017

Dispositivo da Constituição de 1988:	Art. 5º, LVII
Decisão:	Denegada a ordem por maioria, nos termos do voto do Relator, com a consequente revogação da liminar.
Votos vencidos:	Min. Rosa Weber; Min. Marco Aurélio; Min. Celso de Mello; e Min. Ricardo Lewandowski (Presidente).
Alusão à Mutação Constitucional:	Sim, no voto do Min. Luís Roberto Barroso
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Possibilidade. Entende-se que a execução provisória de sentença penal condenatória confirmada em segunda instância não compromete a garantia constitucional da presunção de inocência.

Em sede de *habeas corpus* impetrado em face de ato denegatório de pedido de liminar no HC nº 313.021/SP, com trâmite no Superior Tribunal de Justiça, a discussão em torno do alcance do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) retorna a Plenário do Supremo, ocasião na qual o entendimento proferido em 2009, no HC 84.078, de relatoria do Ministro Eros Grau, é revertido.

Dos votos analisados, destaca-se o voto do Ministro Luís Roberto Barroso por conferir tópico próprio na primeira parte de sua fundamentação sobre “a ocorrência de mutação constitucional” (STF, 2016a, p. 32 e ss.). Para o ministro, a matéria sofreu primeira mutação constitucional no julgado em 2009, ao entender como ilegítima a execução provisória da pena, e encaminhou-se para segunda inovação, “sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação” (STF, 2016a, p. 32).

Tal alegação estaria sustentada por uma tríade de consequências negativas para o sistema de justiça criminal: 1. Constituindo incentivo à “infundável interposição de recursos protelatórios”; 2. Reforçando a “seletividade do sistema penal” brasileiro, favorecendo tão somente os réus mais abastados para defende-los em sucessivos graus de jurisdição; e 3. Agravando o “descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”, desmoralizando o instituto da punição estatal, assim como os órgãos e todo o quadro efetivo do sistema de justiça (STF, 2016a, p. 32-34).

Em sequência, o Ministro enuncia tratar de típico caso de mutação constitucional, conforme indica o trecho transcrito abaixo:

Trata-se, assim, de **típico caso de mutação constitucional**, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. **Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto** da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído **inequivocamente** se alterou. (STF, 2016a, p. 35) (Grifo nosso).

Os fundamentos jurídicos sustentados pelo Ministro também são compartilhado por seus colegas favoráveis à legitimidade da execução provisória da pena, dentre eles a necessidade de ponderação diante da natureza de norma-princípio sustentada pela presunção da inocência, que, nos termos do Ministro Edson Fachin, não pode ser “descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro superprincípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição” (STF, 2016a, p. 22).

A leitura é feita não apenas em virtude da tensão entre o princípio em comento e o sistema principiológico constitucional, evidente quando contrastada com a soberania dos veredictos no Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVII, ‘c’, da CF) e o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF), por exemplo; mas com o próprio “arcabouço recursal desenhado pela Constituição Federal e ao *locus* nele ocupado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça”, cortes superiores que reexaminam tão somente matéria de direito, sem o retorno à matéria fática sobre a qual incide a comprovação da culpabilidade (STF, 2016a, p. 22-23).

Outro voto favorável à prisão antes do trânsito em julgado que desperta a atenção é o do Ministro Gilmar Mendes, que ao rever seu posicionamento no julgamento de 2009, reconhece a possibilidade de conformação do princípio às circunstâncias de aplicação ao caso concreto, elencando a pertinente observação de que conforme o avanço do processo, será demonstrada ou não a culpa, e mesmo que o réu não possa ser considerado como culpado até o marco do trânsito em julgado, ainda assim a lei poderá dispor de tratamento diferenciado, como contemplado na declaração de constitucionalidade da Corte aos dispositivos da Lei da Ficha Limpa (ADC’s 29 e 30, de relatoria do Ministro Luiz Fux).

Contudo, há de vislumbrar o cenário político no qual se encaminhava a nova alteração de entendimento da Corte. Nos primeiros meses de 2016, eclodiram as repercussões do Caso Lava-Jato na opinião pública. A Operação investigava esquemas bilionários de desvios de recursos da Petrobras, envolvendo parlamentares, diretores de grandes empreiteiras, ex-funcionários da estatal, dentre outros investigados. À época do acórdão, a investigação cumpria sua 22ª fase, já contando com 80 condenados em primeira instância, agregada à crítica em carta aberta de mais de cem advogados sobre o caráter inquisitório da investigação. Neste contexto, diversos *habeas corpus* de réus da Operação estavam sob exame e em respectivo julgamento, inclusive em sede do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (MPF, 2020, *on-line*).

Sobre o quadro, o Ministro Marco Aurélio assinala tratar-se de “crise maior”, acrescentando que: “justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade” (STF, 2016a, p. 77). No entanto, parte da máxima *in claris non fit interpretatio*, já superada pela hermenêutica contemporânea, segundo a qual “onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional”, para pugnar o princípio da autocontenção (STF, 2016a, p. 78). O retorno à interpretação original adotada pela Corte (de 1988 a 2009), configurava para o Ministro em “verdadeira promulgação de emenda constitucional”, sugerindo que até mesmo a modificação por via formal estaria submetida à dúvida de sua constitucionalidade perante a previsão das cláusulas pétreas (STF, 2016a, p. 78).

O Ministro Celso de Mello manifesta-se também em divergência, cujo voto sublinha ser:

Importante insistir na asserção, Senhores Ministros, de que o Supremo Tribunal Federal há de possuir a **exata percepção de quão fundamentais são a proteção e a defesa da supremacia da Constituição para a vida do País, a de seu povo e a de suas instituições.**

A nossa Constituição estabelece, **de maneira muito nítida**, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal. (STF, 2016a, p. 87-88) (Grifo nosso).

Já o Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente do Tribunal, destaca as severas condições fáticas do sistema penitenciário brasileiro, ressaltando a incoerência entre a assentada nos termos da ADPF 347 e do RE 592.581, sobre a constatação de um estado de coisas inconstitucional, e a flexibilização da garantia de presunção da inocência.

Diante do exposto, nossa reflexão partirá da observação de que, apesar da maioria vencedora de 7 votos a 4 e da menção e fundamentação do Ministro Luís Barroso no sentido de que ocorrera o fenômeno de mutação constitucional, o Tribunal pouco transmitiu em seu novo posicionamento sobre a natureza da modificação, uma vez que os votos em pouco dialogam para a promoção de uma construção harmoniosa. Todavia, esta é justamente a complexidade de visualizar a ocorrência do fenômeno.

Tecendo uma leitura crítica sobre o documento, entende-se que a mudança silenciosa estaria presente ao compreender a que a disposição “ninguém será considerado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” é maleável como os demais princípios constitucionais e que a sua literalidade não comporta o núcleo essencial da

norma, porém tal produto é também uma consequência de toda atividade interpretativa ao firmar o caminho normativa que melhor se adequa à realidade.

Em que pese as sustentações fáticas do sistema prisional brasileiro, as condições favorecem a manutenção do entendimento de 2009, tendo em vista o próprio pronunciamento da Corte quanto à situação de falência do sistema penitenciário. De outro lado, não se pode negar o impacto da consciência da opinião pública e de todas as instâncias sociais na questão da impunidade penal, em especial no que tange aos crimes de “colarinho branco”, e suas reflexões sobre a polarização política no país. Assumindo o pressuposto da prevalência da faceta política da realidade sobre àquela, operar-se-ia a mutação constitucional.

Contudo, o tratamento da matéria não se esgota nesse precedente e retornará mais uma vez ao Plenário da Suprema Corte em 05 de outubro de 2016. Nesta data, discutiu-se medida cautelar em sede da ADC nº 43/DF proposta pelo Partido Ecológico Nacional (PEN). Sob presidência da Ministra Cármen Lúcia, o Plenário decidiu pelo indeferimento, a fim de resguardar a interpretação conferida no início do ano de 2016.

ADC-MC 43 / DF	
Relator:	Min. Marco Aurélio
Redator do Acórdão:	Min. Edson Fachin
Julgado em:	05/10/2016
Acórdão publicado no DJe em:	07/03/2018
Transitado em julgado em:	-----
Dispositivos da Constituição de 1988:	Art. 5º, LVII
Decisão:	O Tribunal, por maioria, indeferiu a cautelar.
Votos vencidos:	Min. Marco Aurélio (Relator); Min. Rosa Weber; Min. Ricardo Lewandowski; Min. Celso de Mello; e, em parte, Min. Dias Toffoli.
Alusão à Mutação Constitucional:	Sim, nos votos do Min. Luís Roberto Barroso e Min. Ricardo Lewandowski.
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Não. A decisão em sede de cautelar mantém a interpretação conferida no HC 126292 / SP (julgado em fevereiro de 2016). Obs.: A decisão de mérito da ADC nº 43/DF (Apensadas as ADC's nº 44 e 54) julgou procedente a ação, revertendo o entendimento de 2016, por maioria do Tribunal Pleno, em 07/11/2019.

A ação declaratória pretendia avaliar a constitucionalidade do art. 283²⁴⁰ do Código de Processo Penal, com base na “existência de controvérsia constitucional relevante sobre a validade do preceito” (STF, 2018g, p. 6), operada após o julgamento do HC nº 126.292/SP, que, embora sem efeito vinculante, repercutiu profundamente no sistema judicial brasileiro.

Seguindo o regramento específico da Lei n. 9.868/1999 sobre o trâmite da ação, o Ministro Relator Marco Aurélio submeteu a apreciação da cautelar ao Pleno e à consequente exigência da maioria absoluta de seis votos para o seu deferimento.

Em seu voto, o Relator argumenta que a revisão da jurisprudência da Corte realizada no HC nº 126.292/SP importou em “fissura” no sistema jurídico brasileiro, ainda que relativa a processo subjetivo, cujo grau de repercussão não poderia ser ignorado (STF, 2018g, p. 14). Além de reconhecer a apreciação da matéria em processo objetivo como a via mais adequada ao tema, o Ministro sustenta as mesmas diretrizes de seu voto vencido na oportunidade anterior e, conseqüentemente, entende pela completa harmonia do dispositivo do CPP com a Constituição.

Das argumentações tecidas pelo Ministro, há de salientar o seguinte trecho de seu voto:

Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, mediante a Lei nº 12.403/2011, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da Lei Maior, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio Supremo.

Evidencia-se a repercussão negativa do entendimento assentado na apreciação do habeas corpus nº 126.292: reverteu-se a compreensão da garantia que embasou a própria reforma do Código de Processo Penal. Revela-se quadro lamentável, no qual o legislador alinhou-se ao Diploma Básico, enquanto este Tribunal dele afastou-se.

Descabe, em face da univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, enquanto última trincheira da cidadania. [...]. (STF, 2018g, p. 15).

Nestas colocações, a crítica fomenta dois pontos interessantes: o primeiro, no qual o Supremo Tribunal teria se sobreposto tanto ao legislador infraconstitucional quanto à Constituição ao “afastar-se” da univocidade do preceito normativo; e o segundo, à utilização de argumentos metajurídicos com o fim de subverter garantias constitucionais.

²⁴⁰ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” (BRASIL, 2017, p. 71).

Em continuação, o Ministro aponta que o próprio perfil institucional das Cortes Superiores brasileiras revela “caber ao Superior Tribunal a palavra final sobre a vasta quantidade de controvérsias alusivas à disciplina criminal” (STF, 2018g, p. 22), haja vista a sua função uniformizadora; enquanto ao Supremo cumpre a guarda da Constituição, em virtude de sua “faceta típica de Tribunal Constitucional” (STF, 2018g, p. 20).

Noutra esteira, o Ministro Edson Fachin concebe que o “agigantamento dos afazeres” do Supremo decorre “da própria forma como esta Corte interpreta determinadas regras constitucionais” (STF, 2018g, p. 35). Em sua análise, o Ministro indica que o próprio arcabouço da Constituição alça o Supremo à serviço da ordem constitucional com a outorga de uma margem de conformação interpretativa e nem mesmo o apego à literalidade dos dispositivos constitucionais seria capaz de firmar o contrário.

Assim, posiciona-se pela solução averbada pelo Tribunal no precedente mais recente e avoca, em defesa da decisão, que “as preocupações legítimas da sociedade com a baixa eficácia do sistema punitivo quanto à denominada criminalidade do ‘colarinho branco’” não representaram a essência do entendimento, cujo núcleo na disciplina penal se fez “dentro das balizas constitucionais” (STF, 2018g, p. 32). Conforme elenca em seu voto, entende o Ministro Fachin que: “a decisão de reverter a compreensão adotada em 2009 já vinha se prenunciando antes mesmo de qualquer situação decorrente dos acontecimentos mais recentes ligados à corrupção e lavagem de dinheiro” (STF, 2018g, p. 32).

Por consequência, vota em favor da declaração da constitucionalidade do dispositivo com uso da técnica de interpretação conforme a Constituição, no sentido de afastar a possibilidade de interpretação “segundo à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias” (STF, 2018g, p. 46).

Em seguida, o Ministro Luís Roberto Barroso reafirma a ocorrência de dois momentos de mutação constitucional na matéria. A primeira, em 2009, adotando interpretação mais literal do texto constitucional. A segunda, em fevereiro de 2016, considerando a necessidade de repelir o impacto da primeira mudança de orientação.

Nota sua argumentação que seria necessário atribuir ao art. 5º, LVII, da Carta Magna, interpretação mais coerente às exigências constitucionais de garantia da efetividade da lei penal. Por tais motivos, anuiu à técnica de interpretação conforme a Constituição, caracterizando a decisão como “interpretativa” para excluir “uma das

possibilidades de sentido da norma, afirmando-se uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição” (STF, 2018g, p. 74).

O Ministro Barroso faz, então, observações aos votos anteriores de seus colegas, ressaltando que a própria hierarquia da estrutura judiciária conduz à existência de graus correspondentes de reforma²⁴¹; e, mesmo que, nem sempre seja possível julgar se uma decisão foi adotada erroneamente ou acertadamente, o poder de revisitar e repensar suas decisões torna possível que a mudança da jurisprudência da Corte neste contexto surja em virtude das consequências negativas advindas da decisão anterior (STF, 2018g, p. 90-93). Isto porque, segundo o Ministro: “a percepção social dos fatos e a realidade, às vezes, se apresentam de modo diferente ao longo do tempo” (STF, 2018g, p. 91).

As ressalvas sobre o fenômeno da mutação constitucional são apresentadas pelo Ministro Ricardo Lewandowski ao alegar que: “seja qual for a maneira como se dá a mutação do texto constitucional, este jamais poderá vulnerar os valores fundamentais que lhe dão sustentação” (STF, 2018g, p. 184). Conforme assevera o Ministro dissidente, a presunção de inocência integraria a composição da cláusula pétrea referente aos direitos e garantias individuais e, embora inadmissíveis os problemas sistematicamente graves que decorrem da “corrupção endêmica que assola o país” (STF, 2018g, p. 185), nem aos legisladores infraconstitucionais ou aos juízes por via interpretativa seria possível extinguir ou minimizar sua garantia. Evocando a força normativa da Constituição, o Ministro segue a apontar que:

Como se sabe, a nossa Constituição **não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento.** Ao revés, a Constituição da República **possui força normativa suficiente**, de modo que os seus preceitos, notadamente aqueles que garantem aos cidadãos direitos individuais e coletivos, previstos no seu art. 5º, sejam obrigatoriamente observados, **ainda que os anseios momentâneos, mesmo aqueles mais nobres, a exemplo do combate à corrupção, requeiram solução diversa, uma vez que, a única saída legítima para qualquer crise consiste, justamente, no incondicional respeito às normas constitucionais.** (STF, 2018g, p. 186-187) (Grifo nosso)

Diante deste posicionamento, anota-se a crítica do Ministro quanto ao cabimento de qualquer mutação constitucional promovida pelo precedente mais recente,

²⁴¹ “[...] sempre que houver um tribunal acima de outro, haverá algum grau de reforma. As pessoas simplesmente veem a vida de pontos de observação diferentes, de modo que aqui não é uma questão de justiça, é uma questão de competência: quem é que vai dar a última palavra ou a palavra que pode ser executada.” (STF, 2018g, p. 90)

visto que não seria possível transpor a taxatividade do dispositivo do art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna, nem à proteção correspondente ao status de cláusula pétreia (Art. 60, §4º, IV, da Constituição). Ademais, afirma que o arcabouço fático para adotar a interpretação mais elástica não estaria pautado em uma evolução das circunstâncias sociojurídicas, mas sim de anseios políticos momentâneos, o que descaracterizaria o instituto da mutação constitucional.

Do exame realizado, conclui-se que a decisão em sede de cautelar não importa em nova hipótese de mutação constitucional, mantida a interpretação conferida no HC 126.292 / SP, anteriormente estudado, mas salienta que, embora exista uma resolução majoritária, a matéria ainda apresenta teor controverso entre os próprios ministros da Suprema Corte.

Outro ponto a destacar está na influência dos grupos de pressão (BULOS, 1996), a exemplo dos partidos políticos, associações e organizações da sociedade civil, na maturação do debate, posto que a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 além de ter sido proposta pelo Partido Ecológico Nacional – PEN, contou com expressiva manifestação do instituto do *amicus curiae*, demonstrando a maior aptidão do controle concentrado de constitucionalidade na abertura democrática do processo interpretativo.

A nova jurisprudência também será reafirmada na resolução de Repercussão Geral de Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246/SP²⁴² (Tema 925 da Repercussão Geral), de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado no dia 10 de novembro de 2016.

O Relator assinala que o entendimento do Plenário no HC 126.292/SP importou resultado de interpretação sistemática da ordem constitucional vigente, sintetizando a compatibilidade entre o princípio constitucional da presunção da inocência e a execução provisória da pena. A vertente minoritária sobre o tema acaba por se manter no Tribunal, composta pelos votos vencidos dos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, agora com adesão do Ministro Dias Toffoli e ressalvada a defesa da Ministra Rosa Weber, que não se manifestou neste Recurso Extraordinário.

Ao tratar das vias instrumentais utilizadas para suscitar questões processuais no Supremo Tribunal Federal, o Relator atenta para a “largueza com que o STF admite o ajuizamento de habeas corpus” (STF, 2016d, p. 26), cuja matéria suscetível de apreciação

²⁴² Durante a composição do *corpus*, a busca pela indexação “mutação constitucional” no sítio do Tribunal não revelou o caso, ainda que no corpo do acórdão haja menção da expressão no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que reitera sua manifestação proferida no julgamento da ADC-MC 43/DF.

é muito mais ampla do que em sede de recurso extraordinário, cujo escopo encontra óbices no juízo de apreciação da repercussão geral. Nesse sentido:

Registre-se, ademais, que grandes temas de direito não são estranhos ao habeas corpus. Mesmo sendo via processual sumária no trato dos direitos do acusado e de acentuada celeridade, nele veiculam-se questões de grande relevo, inclusive o próprio controle de constitucionalidade de preceitos normativos, com nítida repercussão no ordenamento jurídico penal. [...]

Realidade diversa é a observada nos recursos de natureza extraordinária de alçada dos Tribunais Superiores, em geral inadmitidos com arrimo em súmulas e em entendimentos pretorianos consolidados, barreiras recursais que bem sinalizam a menor eficácia de tais vias de impugnação se comparadas com a do habeas corpus. (STF, 2016d, p. 27 e 28).

Representando evidência à constatação do Ministro Zavascki, a matéria será rediscutida no HC nº 152.752/PR, de relatoria do Ministro Edson Fachin, ao versar sobre a possibilidade de execução provisória de sentença condenatória, após confirmação condenatória pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em face do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. O remédio constitucional por excelência é impetrado, inicialmente, contra decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu pleito cautelar no HC 434.766/PR, posteriormente confirmada pelo colegiado, no julgamento do mérito deste último²⁴³.

HC 152.752 / PR	
Relator:	Min. Edson Fachin
Julgado em:	04/04/2018
Acórdão publicado no DJe em:	27/06/2018
Transitado em julgado em:	-----
Dispositivo da Constituição de 1988:	Art. 5º, LVII
Decisão:	O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem.
Votos vencidos:	Em menor extensão, os Min. Gilmar Mendes e Min. Dias Toffoli. E, em maior extensão, os Min. Ricardo Lewandowski, Min. Marco Aurélio e Min. Celso de Mello.
Alusão à Mutação Constitucional:	Sim, nos votos do Min. Luís Roberto Barroso; do Min. Luiz Fux; e do Min. Ricardo Lewandowski
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Não. A decisão mantém a interpretação conferida no HC 126292/SP (julgado em fevereiro de 2016).

²⁴³ Esta informação é relevante no debate acerca da cognoscibilidade da ação, posto que o Enunciado nº 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal revela não lhe competir conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, perante *habeas corpus* em tribunal superior, indefere a liminar. Contudo, preliminarmente, a Corte afastou, por maioria, a aplicação da Súmula em virtude da confirmação da decisão monocrática pelo colegiado do Superior Tribunal de Justiça e, assim, conheceu da ação, admitindo impetração originária substitutiva de Recurso Ordinário Constitucional, vencidos o Ministros Relator Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Das teses apresentadas pelo impetrante, destaca-se o entendimento de que, embora a nova interpretação assentada pela Corte seja a de possibilidade de execução provisória da pena, esta não se torna automaticamente obrigatória.

Nesse diapasão, o Ministro Gilmar Mendes acolhe o argumento, dispondo, em seu voto, que “em momento algum daquele julgamento foi dito que, confirmada a condenação em segunda instância, o início do cumprimento da pena privativa seria impositivo”, tratando somente de uma possibilidade (STF, 2018f, p. 107). O Ministro procede, inclusive, à crítica da postura das instâncias inferiores que, teriam assumido a aplicação dessa possibilidade automaticamente, “para todos os casos e em qualquer situação, independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do *quantum* da pena a ser cumprida” (STF, 2018f, p. 109).

Consigna, ainda, em seu voto, conforme sua tese de formação progressiva da culpa, que o “marco de maior segurança jurídica” para a execução da pena, “quando então a reprimenda estaria estabilizada, com nenhuma ou reduzida possibilidade de mutação decorrente de análises fáticas ou de aspectos alusivos à quantidade e qualidade da pena”, seria o resultado de julgamento pelo Superior Tribunal Federal de Recurso Especial ou Recurso Especial com Agravo (com limite nos primeiros Embargos Declaratórios) (STF, 2018f, p. 125).

Além deste marco, compreende-se três hipóteses de antecipação da execução da pena: 1. Com o trânsito em julgado progressivo da sentença condenatória, na qual parte ou parcela da pena se torna líquida por falta de argumentação recursal; 2. Com o trânsito em julgado progressivo decorrente da “precipitação em *habeas corpus* (denegado) do exame pelo STJ ou pelo STF de questões iguais ou mais abrangentes que aquelas perfiladas nos recursos extraordinários (especial e extraordinário)” (STF, 2018f p. 125); e 3. Confirmada a condenação em segunda instância, nos casos de crimes graves, sob orientação de regime inicial fechado, a antecipação da execução se justificaria para garantia da ordem pública ou da aplicação da lei penal, em situações excepcionais²⁴⁴ e condicionada à devida fundamentação.

Nesse sentido, o Ministro concede em parte a ordem para que o cumprimento de pena se inicie a partir do pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. Em

²⁴⁴ “Caberá a esta Corte e aos tribunais superiores delinear com precisão, reescrevendo-se conceitos e significados, as hipóteses excepcionais em que a ordem pública autoriza a antecipação da execução da pena, diante da regra da prevalência do princípio da presunção de inocência.” (STF, 2018f, p. 124).

manifestação complementar, justifica a mudança de seu entendimento “por reflexão”²⁴⁵, compartilhando de sua experiência no mutirão carcerário promovido pelo CNJ²⁴⁶ e contemplando o tema, em suas palavras: “na acepção dos direitos humanos, do compromisso que se deve ter e não com o populismo, com demagogia, com vontade de satisfazer essa onda de punitivismo que está por aí” (STF, 2018f, p. 129).

Discordando, o Ministro Luiz Roberto Barroso afirma que a decisão não representou impactos tão profundos no sistema carcerário brasileiro, que já sofria de inúmeras disfunções, inclusive das derivadas da posição adotada em 2009. Assim, registra que:

Pois bem, de 2016 para cá, não aconteceu nenhuma mudança relevante na realidade fática nem na compreensão do Direito. E, [...], a decisão não produziu impacto mínimo sobre o sistema carcerário. Não houve aumento do índice de encarceramento por causa da nossa decisão, absolutamente nenhum. E, portanto, por que razão nós mudaríamos isso agora, se não houve mudança na realidade fática, se não houve mudança na compreensão do direito, se não houve impacto negativo na vida real? Mudar para quê? Pior: mudar para quem? (STF, 2018f, p. 166) (Grifo nosso).

Em sua colocação, o Ministro Barroso salienta que ao alterar a jurisprudência, sustentou a tese, “que é a que parece doutrinamente correta, de que ocorreu uma mutação constitucional, que é a tese que [...], em boa teoria constitucional, justifica uma mudança de interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal” (STF, 2018f, p. 164).

Sobre a mudança na realidade fática, descreve que sob este novo regime: “só na Operação Lava Jato foram setenta e sete decisões já confirmadas em Segundo Grau – ou confirmadas ou revistas sem absolvição, porque muitas vezes elevam as penas -, setenta e sete condenações por corrupção e por lavagem em uma única vara [...]” (STF, 2018f, p. 172). Reverter a transformação operada seria, em suas palavras, “dar incentivo à corrupção”, vislumbrando, na ausência do risco da prisão em segunda instância, a perda

²⁴⁵ “E por que estou mudando de posição? Exatamente por isso. Nessa análise, isso resulta em uma grande e brutal injustiça, num sistema que já é por si injusto. Se nós temos uma justiça com várias falhas, a Justiça Criminal, por si só, é extremamente falha, é muito falha.” (STF, 2018, p. 130).

²⁴⁶ Relevante mencionar que o Ministro Gilmar Mendes ao enfatizar a questão das prisões automáticas recorre à experiência com a “realidade daqueles que não tem advogados”, afirmando não conhecer o “lado da advocacia criminal dos ricos” (STF, 2018, p. 129). Seu discurso critica o consequente empoderamento, proveniente destas prisões, para os estamentos dos delegados, dos promotores e dos juízes (STF, 2018, p. 130). Nesse diapasão, destaca-se o seguinte trecho: “É notório que, aqui, era preciso fazer uma revisão, porque estamos, de fato, cometendo injustiças aos borbotões e estamos fortalecendo um estamento que não terá mais contraste, para não dizer, quando analisamos os casos da ‘Lava Jato’, que a prisão em segunda instância é uma balela.[...] Quem não souber ler nas estrelas, Presidente, sabe que está empoderando um estamento que já não tem mais limites no seu poder e debilitando, de maneira drástica, a Corte Suprema, esvaziando-a! [...]” (STF, 2018, p. 132)

da efetividade da colaboração premiada e a “renovação do pacto oligárquico de saque ao Estado brasileiro” (STF, 2018f, p. 172)²⁴⁷.

Nesse seguimento, manifesta-se pela manutenção do entendimento firmado no HC 126.292/SP, a partir das seguintes teses jurídicas:

[...] a primeira - portanto, eu no meu capítulo estava justificando a mutação constitucional, por que era imperativo mudar, e agora os fundamentos jurídicos dessa mudança -, a ordem constitucional brasileira não exige o trânsito em julgado para a decretação de prisão, não exige e nunca exigiu. (STF, 2018f, p. 173)

[...] Em segundo lugar, a presunção de inocência sempre foi tratada - e é - um princípio, e não uma regra absoluta. (STF, 2018f, p. 176).

Por fim, o terceiro argumento jurídico, que me parece insuperável. Mesmo para quem ache que o princípio da presunção de inocência impede, do ponto de vista constitucional, a execução depois do segundo grau, penso que a prisão se impõe porque - e esse é o terceiro fundamento -, depois da condenação em segundo grau, já não há mais dúvida acerca da autoria e da materialidade, e a execução da pena se torna uma exigência de ordem pública, para a preservação da credibilidade do Poder Judiciário. [...] (STF, 2018f, p. 178).

Reforça em sede do último argumento que o sistema penal brasileiro tem frustrado a função básica do Direito Penal, qual seja o de prevenção geral, posto que as pessoas que delinquem nos ditos crimes de “colarinho branco” – não violentos e que não justificariam a prisão privativa - deixam de temer a punição diante da morosidade e ineficiência do sistema:

[...] E, portanto, apesar das mudanças, apesar da sociedade brasileira mobilizada, essas pessoas ainda não se deram conta de que a gente precisa de um outro país, e que a gente está vivendo um momento de refundação, e que nós vamos frustrar a sociedade brasileira se nós dissermos que o modelo antigo é que bom.

Ninguém interpreta a Constituição e muito menos o Direito Penal para atender clamor público. Nisso estamos todos de acordo. Mas uma interpretação que produz consequências absurdas e frustra sentimentos mínimos de justiça da sociedade não pode ser a interpretação adequada do texto constitucional (STF, 2018f, p. 179).

Estes são os termos nos quais o Ministro Barroso assenta sua defesa da “virada jurisprudencial de 2016”, revelando não ter por “defensável, nem juridicamente,

²⁴⁷ “Presidente, se nós voltarmos atrás, essas transformações que nós finalmente estamos conseguindo no Brasil - com atraso, mas não tarde demais - vão regredir e o crime vai voltar a compensar. Porque, sem o risco da prisão em Segundo Grau, acabaram-se os incentivos para a colaboração premiada, que foi decisiva para o desbaratamento desta corrupção sistêmica que existe no Brasil, porque a corrupção, sobretudo quando envolve a lavagem de dinheiro, ou ela tem ajuda de alguém que conhece o esquema de dentro, ou você não consegue desvendar.” (STF, 2018f, p. 172)

nem empírica e pragmaticamente”, nova mudança de jurisprudência, mesmo que para uma “solução conciliatória” ou intermediária de que a manifestação do Superior Tribunal de Justiça seja o marco mais apropriado para o início da execução provisória da pena (STF, 2018f, p. 184).

A alusão à mutação constitucional será repetida no voto do Ministro Luiz Fux, porém ao lado dos termos “*distinguishings*” e “*overrulings*”, institutos próprios da prática norteamericana que, a seu ver, consistem em “sucedâneos” da primeira, uma vez que todos essas categorias decorrem do domínio normativo, do contexto fático que se aplicará o texto da norma (STF, 2018f, p. 259-269). No seu entendimento, as decisões proferidas no HC 126.292, no ARE 964.246-RG e nas cautelares das ADC’s 43 e 44 configuraram hipótese de “*overruling* dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência, não para um mero retorno à jurisprudência anterior a 2009, mas para estabelecer novas considerações sobre o âmbito de sua incidência” (STF, 2018f, p. 261).

No sistema de precedentes típico do *common law*, o abandono de precedentes “se dá, basicamente, em virtude de incongruência sistêmica ou social”, e, sendo assim, o *overruling* pode surgir de “obsolescência decorrente de mutações sociais” (STF, 2018f, p. 261).

O Ministro defende que a mesma lógica aplica-se à ordem jurídica brasileira, advertindo que, embora a posição de 2009 fosse adequada às demandas da redemocratização, veio a se tornar “um excesso neste momento histórico de instituições politicamente amadurecidas e submetidas ao filtro constitucional em suas ações, procedimentos e decisões” (STF, 2018f, p. 262). Com efeito, sinaliza, ainda, o Ministro que “o salutar amadurecimento institucional do país recomenda a interpretação da presunção de inocência sem sobrepô-lo a todos os demais princípios e direitos fundamentais inscritos na Lei Maior” (STF, 2018f, p. 261).

Logo, a interpretação da cláusula constitucional da presunção de inocência afasta-se da fiel interpretação do texto e da busca pela *voluntas legislatoris*, “em especial quando ultrapassadas três décadas desde a sua elaboração até o momento atual de verificação do âmbito de aplicação da norma” (STF, 2018f, p. 260).

Reafirmando sua posição minoritária, o Ministro Lewandowski corrobora a impossibilidade de operar uma mutação constitucional perante os valores fundamentais da ordem constitucional, inscrita nesse rol a presunção de inocência, com respaldo do art. 60, §4º, IV, da Carta da República. A questão é tratada como vedação à mudança informal da Constituição tal qual seria vedado aos parlamentares no exercício do poder constituinte

derivado.²⁴⁸O marco do trânsito em julgado da decisão condenatória representaria uma opção própria do constituinte originário de 1988 e a alteração pretendida “exigiria novo disciplinamento constitucional e legal, que só poderia se dar via Congresso Nacional, e não pelo Poder Judiciário” (STF, 2018f, p. 331).

Sobre o efeito vinculante das decisões firmadas pelo Plenário da Corte, o Ministro atenta para os temperamentos do entendimento nos demais tribunais pátrios, à luz da ótica do princípio da individualidade da pena e do princípio da razoabilidade; embora indique ter se instaurado um “retrocesso jurisprudencial”, com repúdio da doutrina jurídica, cuja principal consequência se deu na decretação automática, na maioria dos casos, sem qualquer fundamentação idônea (STF, 2018f, p. 336).

Adiante, o emprego das nomenclaturas “manipulações hermenêuticas” e “hermenêutica de submissão” desperta atenção para as seguintes colocações do Ministro Celso de Mello:

Nenhum dos Poderes da República **pode submeter** a Constituição a seus próprios desígnios, **ou** a manipulações hermenêuticas, **ou**, ainda, a avaliações discricionárias **fundadas em razões** de conveniência **ou** de pragmatismo, **eis que** a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição **há de ser**, necessariamente, **uma relação de incondicional respeito**, sob pena de juízes, legisladores e administradores **converterem** o alto significado do Estado Democrático de Direito **em uma promessa frustrada pela prática autoritária do poder**.

Nada compensa a ruptura da ordem constitucional, porque **nada recompõe os gravíssimos efeitos** que derivam **do gesto de infidelidade** ao texto da Lei Fundamental, **como adverte** KONRAD HESSE. (STF, 2018f, p. 369) (Grifo do autor).

Até quando dados meramente estatísticos **poderão autorizar** essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, **gravíssima e frontal transgressão** ao direito fundamental de ser presumido inocente? (STF, 2018f, p. 385) (Grifo do autor).

Nota-se, pois, que o uso da primeira expressão consagra um alerta para o dever de integridade dos Poderes públicos no desempenho do processo de interpretação constitucional, sob pena de emitir leituras infíeis ao Texto Maior; enquanto, na segunda, reforçando a postura que tem adotado nos julgamentos anteriores da Corte, o Ministro aduz ao questionamento sobre “o papel institucional, sobre as funções constitucionais e sobre a responsabilidade política e social do Supremo Tribunal Federal no contexto do

²⁴⁸ “Mesmo aos deputados e senadores é vedado, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são investidos, extinguir ou minimizar a presunção de inocência. Com maior razão não é dado aos juízes fazê-lo por meio da interpretação, pois esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições democráticas.” (STF, 2018f, p. 326).

processo de consolidação e aperfeiçoamento da ordem democrática em nosso País” (STF, 2018f, p. 386).

Noutras palavras, o decano considera a leitura prevalecente na Corte sobre a presunção de inocência como uma “preocupante inflexão hermenêutica, de índole regressista”, que cede a uma tentação autoritária, frontalmente incompatível com o regime democrático e que retarda a construção de uma jurisprudência de liberdades – “uma significativa agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais” (STF, 2018f, p. 387).

Para o Ministro, os argumentos de inefetividade do aparelho judiciário e do sistema punitivo, bem como de frustração do sentimento de justiça na sociedade brasileira, não teriam condão de modificar o alcance o direito fundamental de presunção de inocência, pois não derivam propriamente dessa prerrogativa.²⁴⁹ Não seriam, portanto, mudanças fáticas aptas à justificar uma mutação constitucional, mas elementos pertinentes para uma reformulação do sistema processual²⁵⁰.

Em guisa de encerramento, é imperativo tecer breve consideração sobre o novo enfrentamento da matéria, conjugado à apreciação das declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44, cujos efeitos, dada a natureza de controle concentrado, seriam definitivos e vinculantes.

O Ministro Marco Aurélio, incumbido da relatoria das ações, reflete, por diversas vezes, durante o julgamento em análise, que a apreciação conjunta dos processos objetivos seria ideal para decidir sobre a matéria; e conclui pela existência de convicção suficiente para reverter a posição adotada pela Corte em 2016²⁵¹. Conforme assevera o Relator das ADC’s:

²⁴⁹ “Eventual inefetividade da jurisdição penal ou do sistema punitivo motivada pela prodigalização de meios recursais, culminando por gerar no meio social a sensação de impunidade, não pode ser atribuída ao reconhecimento constitucional do direito fundamental de ser presumido inocente, pois não é essa prerrogativa básica que frustra o sentimento de justiça dos cidadãos ou que provoca qualquer crise de funcionalidade do aparelho judiciário” (STF, 2018f, p. 386).

²⁵⁰ “A solução dessa questão, que não guarda pertinência – insista-se – com a presunção constitucional de inocência, há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, confirmam maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos desta República fundada no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático.” (STF, 2018f, p. 387).

²⁵¹ “Se a apreciação dos pedidos formulados nas declaratórias de constitucionalidade fosse hoje, haveria maioria para deferir a liminar, ante a evolução, no entendimento, do ministro Gilmar Mendes.” (STF, 2018, p. 217); “Em síntese, Presidente, e que isto fique nos anais do Tribunal: vence a estratégia, o fato de Vossa Excelência não ter colocado em pauta as declaratórias de constitucionalidade. É esta a conclusão.” (STF, 2018f, p. 219).

Firmo o que veiculei ao votar pelo deferimento da liminar e, atendendo ao pedido principal, no sentido de aguardar-se a preclusão maior do título condenatório, nas declaratórias nº 43 e nº 44 – **deviam estar sendo julgadas ou já deviam ter sido julgadas, ante a premência da matéria**. Liberei os processos, para exame, em dezembro último – e, digo, ficará nos anais do Tribunal, sem apequenar o Supremo, já deveriam ter sido incluídas na pauta denominada dirigida, com designação de data para o pronunciamento final, forte no que dispõe o inciso LVII do rol das garantias constitucionais, ou seja, do artigo 5º, cujo teor não permite sejam suscitadas dúvidas. (STF, 2018f, p. 353).

Esses indícios corroboram o teor controvertido da matéria, além de sublinhar uma composição instável da voz coletiva – que expressa “a voz da instituição”, nos termos da Ministra Rosa Weber (STF, 2018f, p. 218) -, uma vez que as decisões vieram a ser consolidadas por maiorias cada vez mais escassas no desenvolvimento da nova jurisprudência, quase como um prelúdio para mais uma virada jurisprudencial.

4.3.2.1.2 Interrogatório do réu no processo penal militar

HC 127900 / AM	
Relator:	Min. Dias Toffoli
Julgado em:	03/03/2016
Acórdão publicado no DJe em:	03/08/2016
Transitado em julgado em:	01/09/2016
Dispositivos da Constituição de 1988:	Art. 5º, LV; e Art. 124
Decisão:	O Tribunal, por unanimidade, indeferiu a ordem e, por maioria, modulou a decisão, nos termos do voto do Relator.
Voto vencido:	Min. Marco Aurélio, quanto à decisão da modulação de efeitos.
Alusão à Mutação Constitucional:	Sim, no voto do Min. Edson Fachin e em manifestação do Min. Luís Roberto Barroso.
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Não. Revisão da jurisprudência do Tribunal por interpretação conforme à Constituição de disposições do CPPM, ao entender que há de preponderar a regra do art. 400 do CPP, isto é, o interrogatório do réu deve ser realizado ao final da instrução criminal nos procedimentos especiais em geral, de forma <i>ex nunc</i> , garantindo o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Ao avaliar *Habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União sobre matéria penal e processual militar, o Ministro Relator Dias Toffoli alavanca novo entendimento sobre o critério adequado à resolução de antinomia jurídica perante a alegação de nulidade do interrogatório dos pacientes que, realizado com fulcro no art. 302 do Código de Processo Penal Militar, compôs o primeiro ato da instrução processual.

O exercício argumentativo do relator arrazoa que a Lei nº 11.719/08 em atualização dos dispositivos do Código de Processo Penal, adequando-o ao sistema

acusatório democrático, integrando suas regras, de forma mais harmoniosas, com os preceitos constitucionais da Constituição de 1988, assertivamente no que se refere ao contraditório e à ampla defesa (Art. 5º, LV).

Nesse sentido, não se trataria de antinomia jurídica entre leis de mesmo *ranking* ou grau hierárquico, ao que se aplicaria o critério da especialidade, mas tensão entre certas disposições do Código de Processo Penal Militar e os princípios constitucionais de caráter democrático. Com tal ensejo, a interpretação mais benéfica e harmoniosa à Constituição seria aplicar a regra do art. 400 do CPP, fazendo o princípio superior, do contraditório e da ampla defesa, prosperarem diante de norma especial.

Apesar da divergência inicial sobre o tema, a discussão em Plenário desenrolou-se forma inesperada, acolhendo a proposta de que a orientação de aplicação da norma inscrita no art. 400 do CPP fosse estendida a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, a partir da publicação da ata do julgamento (STF, 2016b, p. 15).

Apresentando a primeira divergência, o Ministro Barroso pontuou a escolha do legislador por modificar tão somente o procedimento geral, e a legitimidade desta opção, cabendo apelo ao legislador, para que em momento oportuno ampliasse as modificações às leis especiais, permitindo o interrogatório como ato final.

O embate central surge com a contribuição do Ministro Edson Fachin que considerou como questão principal saber se a regra capitaneada pelo art. 302 do CPPM seria incompatível ou não com a Constituição de 1988 e, por conseguinte, se esta o teria recepcionado²⁵², posto que pelo art. 3º da lei adjetiva militar é admitida a aplicação subsidiária das regras do processo penal comum diante de casos omissos.

No corpo de sua fundamentação, o Ministro Fachin considera estar diante do fenômeno da mutação constitucional²⁵³, sob a concepção de que somente seria possível extrair como regra mais adequada, o interrogatório do acusado após a oitiva das

²⁵² É interessante reconhecer que, em seguida, o argumento tenta de forma pouco convincente se desvencilhar de eventual declaração de incompatibilidade afete o CPP, em cuja redação original (anterior à Lei nº 11.719/2008) previa o interrogatório do réu nas mesmas condições, isto é, anterior à oitiva das testemunhas. Ainda assim, para o Ministro Fachin, não caberia tal interpretação em virtude da implicação de suas consequências, qual seja: “a nulidade de uma infinidade de processos penais” (STF, 2016b, p. 25).

²⁵³ “Destarte, considero que se está diante do fenômeno da mutação constitucional o qual, segundo o eminente Ministro Gilmar Mendes, em obra doutrinária escrita em coautoria com Paulo Gustavo Gonet Branco, descreve como “uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto.” (Curso de direito constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 134).” (STF, 2016b, p. 26).

testemunhas, em qualquer rito, no processo penal, através de uma “interpretação evolutiva da Constituição” (STF, 2016, p. 25). O que para o Ministro não significa dizer que em leitura anterior, o direito da defesa restara prejudicado, mas que há de se adotar “concepção mais maximizada desses princípios”, condições pelas quais “a atual compreensão dá apenas uma maior amplitude” a eles (STF, 2016b, p. 25 e 26).

Nesse quesito, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma reconhecer a premissa teórica da mutação constitucional, porém diverge sobre a sua incidência no caso.

É o voto do Ministro Gilmar Mendes que propõe, à linha levantada por Fachin, “a tentativa de fixar uma evolução, um marco” (STF, 2016b, p. 37). No entanto, para tanto, entendem ser necessário indeferir o *habeas corpus*, modulando os efeitos da decisão para generalizar a matéria, a fim de evitar a anulação de quaisquer atos pretéritos à decisão. Sobre o curso de ação escolhido pela Corte, transcorre o seguinte debate:

[...] O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Estamos julgando caso concreto, Presidente. **Vamos transformar o habeas corpus em processo objetivo?**

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): **Mas nós somos uma Corte Suprema**, Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sei que não se tem órgão com competência para apreciar o merecimento das nossas decisões. Mas, por isso mesmo, devemos uma fidelidade maior ao Direito positivo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): **Nós somos uma Corte Suprema, nós não temos que aguardar** que os milhares de processos venham aqui, um a um. **Não vamos nos despir da supremacia.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, só em reforço à posição do ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não podemos tudo. Podemos o que está autorizado pelo Direito positivo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): **É a guarda da Constituição.** (STF, 2016b, p. 40-41) (Grifo nosso)

A ordem é indeferida por unanimidade, contudo o voto vencido do Ministro Marco Aurélio no quesito da modulação da decisão consigna diversas advertências:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, devemos observar, principalmente na atual quadra, a segurança jurídica, princípios e valores estabelecidos. O que houve? Em 2008, veio uma lei reformando e revogando, portanto, dispositivos do Código de Processo Penal. E essa lei é silente quanto aos procedimentos especiais, mostrou-se silente quanto ao Código de Processo Penal Militar. Mais do que isso, sabemos que não é dado cogitar de revogação tácita. A revogação de dispositivos legais, por força de

lei complementar, tem que ser explícita, ou seja, o legislador deve referir-se expressamente aos dispositivos revogados. E isso ocorreu quando da edição da Lei nº 11.719/2008. O Código de Processo Penal Militar conta com preceito regendo o interrogatório. E não se interroga o Estado-acusador. Então não cabe cogitar de contraditório. O preceito é explícito ao versar a audição do agente antes de ouvidas as testemunhas. Há mais, Presidente, apenas cabe a aplicação subsidiária do código de processo comum, ao processo militar, no caso de lacuna. E não se tem lacuna sobre a matéria no Código de Processo Penal Militar. Este cede, quanto às normas nele contidas, à disposição constante de convenção ou tratado em que signatário o Brasil. Por isso, apegado a esses parâmetros, a esses princípios, a esses valores, e **entendendo que não podemos nos substituir ao Congresso Nacional, ao invés, devemos observar o princípio da autocontenção**, indefiro a ordem. (STF, 2016b, p. 46) (Grifo nosso)

Por seu turno, o Presidente da Suprema Corte, em adesão aos argumentos suscitados, sublinha em defesa da postura colegiada que:

[...] longe de estarmos afrontando o princípio da separação dos Poderes, nós estamos prestando uma deferência aos legisladores, pois estamos interpretando o Código de Processo Penal **exatamente na mesma linha** que os legisladores o fizeram, em se tratando do Código de Processo Penal comum. **Não há uma afronta, não há um choque**. E mais, nós **estamos prestando homenagem ao próprio princípio da ampla defesa da Constituição**. (STF, 2016b, p. 55) (Grifo nosso)

A análise do acórdão em questão confere claramente a negativa da ocorrência do fenômeno de mutação constitucional, tendo em vista a compreensão parcial do instituto dada a sua capacidade de operar inovações ou atualizações compatíveis à realidade constitucional. Contudo, o exercício argumentativo dos Ministros revela caminhos nebulosos, pela apropriação do princípio da supremacia constitucional e da função precípua da Corte em defesa da Constituição para justificar e revestir de legitimidade postura ativista e o uso de mecanismos excepcionais, como a modulação de efeitos das decisões e a conseqüente abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, para casos em que sequer houve declaração de inconstitucionalidade. Mais adequado seria reconhecer a revisão da jurisprudência do Tribunal, conferindo interpretação conforme do art. 302 do CPPM aos parâmetros constitucionais.

4.3.2.1.3 Equiparação do prazo de licença-adotante ao de licença-gestante

O tema central neste caso reputa a possibilidade de interpretação extensiva do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, para abrir seu escopo de proteção à licença-adotante, reconhecendo-a como direito fundamental do trabalhador que se equipara à

licença-gestante, inclusive em termos da finalidade do instituto no que diz respeito à salvaguarda do infante.

RE 778889/PE (Tema 782 da Repercussão Geral)	
Relator:	Min. Luís Roberto Barroso
Julgado em:	10/03/2016
Acórdão publicado no DJe em:	01/08/2016
Transitado em julgado em:	26/08/2016
Dispositivo da Constituição de 1988:	Art. 7º, XVIII
Decisão:	O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 782 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário.
Voto vencido:	Min. Marco Aurélio
Alusão à Mutação Constitucional:	Sim, na Ementa e nos votos do Min. Relator e do Min. Luiz Fux.
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Sim. Equiparação do prazo da licença-adotante ao prazo de licença-gestante (120 dias).

A situação fática na qual deslinda a discussão revela diferenciação entre os prazos relativos às licenças conferidas à gestante, à adotante e ao pai na aplicação de lei específica sobre a matéria. Nos termos dos arts. 207 a 210 da Lei nº 8.112/1990, a licença-gestante dispõe da benesse de 120 dias de afastamento, sem prejuízo na remuneração; enquanto a licença-adotante confere tão somente o direito a 90 dias, caso o infante tenha até um ano de idade, ou de 30 dias, no caso em que a criança tenha idade superior a um ano.

No caso analisado, foram concedidos 30 dias do benefício, dado que a criança adotada contava com um ano, um mês e dias de vida; e, posteriormente, prorrogada por 15 dias, com base nas regras complementares da Lei nº 11.770/2008. Todavia, a mesma lei dispõe em seu art. 1º, a instituição de 60 dias prorrogáveis à “licença-maternidade prevista no inciso XVII do caput do art. 7º da Constituição Federal”.

O Ministro Relator Luís Roberto Barroso afirma a tese de mutação constitucional com base no entendimento de que “à infância, à família e à mulher se altera profundamente com a redemocratização do Brasil e com a promulgação da Constituição de 1988” (STF, 2016c, p. 17). No novo regime constitucional e diante das novas circunstâncias, é inconcebível o predomínio do propósito de preservar a ordem urbana ou a segurança pública em políticas públicas voltadas à proteção da infância e da

adolescência, em detrimento do bem-estar e do adequado desenvolvimento das crianças e adolescentes.

Aprovada sob a vigência da Constituição de 1988, a legislação especial sobre a matéria continha os primórdios de um novo regramento para a tutela da infância e da adolescência, passando a contemplar novos institutos que visavam a inclusão das famílias adotantes, porém “de acordo com a compreensão que se tinha sobre o assunto à época” (STF, 2016c, p. 22). Neste contexto, o Ministro Barroso destaca que o próprio deferimento da licença-adotante já representava um avanço, posto que não havia sequer previsão normativa sobre licença equivalente na legislação trabalhista.

As demandas ao Judiciário recorriam ao uso da analogia perante o direito à licença previsto na Constituição, porém em sede do Recurso Extraordinário nº 197.807/RS, a Suprema Corte estabeleceria o entendimento de que o deferimento da licença prevista no rol de direitos constitucionais estaria intrinsecamente vinculada ao fato jurídico da gestação, distinguindo a situação da mãe gestante da mãe adotante, resguardado o fim precípua da licença-gestante como a proteção da saúde da mãe. Ainda em seu voto, o Ministro Relator registra a resposta do legislador, que, em dois anos após a decisão, reforçaria a igualdade de direitos entre filhos biológicos e adotivos através do Código Civil (Lei nº 10.421/2002), passo que foi reproduzido pela legislação superveniente.

Por entender que, desde a Constituição de 1988, o próprio histórico normativo sobre o tema evoluiu com “o firme propósito de avançar na proteção conferida à criança e ao filho adotivo” (STF, 2016, p. 32) - seja pela ação do poder constituinte originário, do poder constituinte derivado e do legislador ordinário -, o alcance do instituto da licença de que trata o art. 7º, XVIII, do texto magno deve ser interpretado à luz do avanço pela proteção conferida à criança adotada, compatibilizando os compromissos assumidos pelo Estado nesse ensejo e a igualdade de direitos aos filhos, sem distinção do aspecto biológico.

Para o Ministro Relator trata-se de “caso típico de mutação constitucional, em que a mudança na compreensão da realidade social altera o próprio significado do direito” (STF, 2016c, p. 33) sem alterar o texto constitucional e com superação de entendimento já firmado pela Corte no RE nº 197.807/RS²⁵⁴.

²⁵⁴ “[...] Supero, assim, o entendimento afirmado no RE 197.807 e reconheço a ocorrência de mutação constitucional.” (STF, 2016c, p. 41).

Assim, corrobora ser o “único entendimento compatível com a igualdade entre filhos biológicos e filhos adotivos” (STF, 2016c, p. 33), a impossibilidade da lei estabelecer prazos distintos de licença gestante e adotante, ou, ainda, de suas prorrogações; ressaltada a impossibilidade também de distinguir o prazo da licença-adotante, nos casos de adoções tardias.

Outra alusão à ocorrência de mutação constitucional encontra guarida no voto do Ministro Luiz Fux. Contudo, o Ministro salienta, em primeiro plano, que a mutação em pauta é resultado de mutação constitucional do próprio conceito de família instituído no art. 227, §6º, da Constituição de 1988. Segundo o Ministro Fux: “hoje nós assistimos a uma verdadeira mutação constitucional, porque o conceito de família mudou desde o momento em que o constituinte resolveu legitimar as uniões estáveis” (STF, 2016c, p. 58).

O conceito de família passa a ser regido por composições mais espontâneas, longe do parâmetro tradicional de gerações passadas porque assim se desenvolveu a realidade familiar brasileira. E, com isso, o Ministro Fux pontua, com base em Konrad Hesse, que tanto a Constituição deve ser “uma Constituição do seu tempo” (STF, 2016c, p. 58), quando a interpretação do direito deve ser feita somente sob a lente da Constituição. Em acréscimo, ao discorrer sobre a doutrina do “melhor interesse da criança”, dita o Ministro que a leitura literal, sem recurso à interpretação teleológica contrapõe ao entendimento sistemático da Constituição de 1988 e, portanto, por se tratar de direito do filho adotado, a norma discriminatória colide com a norma constitucional.

Confrontando a direção assumida pela maioria de seus colegas, o voto do Ministro Marco Aurélio salienta os limites da atuação do Tribunal, alegando que a revisão proposta à jurisprudência “não se faz a partir da modificação do quadro constitucional normativo”, mas em virtude de “nova concepção, igualizando a gestante à adotante” (STF, 2016c, p. 63). O voto dissidente aduz à vinculação do Supremo Tribunal Federal ao Direito Positivo, não cabendo fazer vez de legislador e “assentar que estaria deficiente a normatividade aprovada pelos representantes do povo” (STF, 2016c, p. 63), confirmando o entendimento já adotado.

Em esclarecimento, o Ministro Barroso sustenta que:

A minha tese, Ministro Marco Aurélio, respeitando a divergência, é que houve **uma mutação constitucional** e, portanto, a interpretação que se dava em 2000, que era a interpretação do Tribunal, ela correspondia à percepção dos fatos e do Direito à época. Eu considero que, dogmaticamente, **mutação constitucional ocorre quando o Tribunal Constitucional muda um**

entendimento que já havia professado, por estas razões: mudou a realidade social ou mudou a compreensão de um determinado fenômeno. (STF, 2016c, p. 65) (Grifo nosso).

A tese do Relator acerca da mudança interpretativa é aceita pelos demais Ministros, consolidando o progresso evolutivo da proteção dos direitos da criança e do adolescente no direito brasileiro, bem como a integração de composições mais amplas do núcleo conceitual de família.

Em análise crítica à argumentação de mutação constitucional, considerar-se-á as mudanças no cenário da adoção no Brasil até a data da decisão (10/03/2016), em especial com a instituição do Cadastro Nacional de Adoção²⁵⁵ (CNA) pela Resolução n. 54/2008 do Conselho Nacional de Justiça.

Com base em estudo do próprio CNJ, contabilizaram-se, em junho de 2012, 40.340 crianças e adolescentes em situação de acolhimento por organizações não governamentais (ONGs), comunidades e instituições religiosas, das quais 5.281 crianças e adolescentes estariam aptas à adoção e devidamente registradas no CNA; por outro lado, em agosto de 2012, existiam 28.151 pretendentes à adoção devidamente cadastrados no CNA (CNJ, 2013). De acordo com tais dados: “verifica-se a proporção aproximada de cinco pretendentes para cada criança cadastrada no CNA” (CNJ, 2013, p. 27).

Essa proporção se mantém inclusive no ano em que foi proferida a decisão, constatando que mais de 35 mil pretendentes cadastrados e 6,5 mil crianças e adolescentes aguardavam na fila de adoção (Globo News, 2016, *on-line*).

A avaliação do contexto fático revela significativo interesse na adoção, apresentando inclusive contingente significativamente maior de pretendentes em relação a crianças e adolescentes cadastrados no CNA. E, apesar de que o próprio estudo do CNJ advirta para a complexidade de outros fatores no processo de adoção, como o perfil dos pretendentes e das crianças pretendidas, assim como elementos de cunho regional²⁵⁶; ainda é possível constatar o desenvolvimento acentuado na incorporação do instituto da adoção como elemento da composição da família brasileira.

As transformações sociais demandaram a compreensão extensiva da norma atinente ao art. 7º, XVIII, da Constituição de 1988, a fim de contemplar igual proteção à

²⁵⁵ O CNA corresponde a um banco de dados unificados composto pelas informações nacionais sobre a realização do processo de adoção no Brasil, viabilizando os procedimentos de habilitação e consulta dos pretendentes à adoção; o controle e a orientação do planejamento e formulação de políticas públicas voltadas à adoção de crianças e adolescentes (CNJ, 2013, p. 8).

²⁵⁶ Dado que, por exemplo, “o panorama nacional é influenciado principalmente pelas regiões Sudeste e Sul, que representam 78,1% de crianças e adolescentes que estão cadastrados no CNA” (CNJ, 2013, p. 27).

criança e do adolescente em processo de adoção, perpassando a literalidade da expressão “licença à gestante” para englobar a modalidade genérica de licença maternidade, na qual se inserem a licença-gestante e a licença-adoptante, sem no entanto promover alterações formais. Isto porque o sistema de valores constitucionais da ordem de 1988 insere um novo conceito nuclear de família, demandando a observância da proporcionalidade e da proteção do infante, além de que o instituto da adoção veio a permear forte interesse da própria comunidade brasileira. Entende-se, portanto, pela incidência do fenômeno da mutação constitucional.

4.3.2.1.4 Restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços no regime de substituição tributária

ADI 2675 / PE	
Relator:	Min. Carlos Velloso Min. Ricardo Lewandowski (Substituição – art. 38 do RISTF)
Julgado em:	19/10/2016
Acórdão publicado no DJe em:	30/06/2017
Transitado em julgado em:	-----
Dispositivo da Constituição de 1988:	Art. 150, §7º
Decisão:	O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta.
Votos vencidos:	Min. Nelson Jobim; Min. Eros Grau; Min. Gilmar Mendes; Min. Sepúlveda Pertence; e Min. Ellen Gracie.
Alusão à Mutação Constitucional:	Sim, no voto do Min. Gilmar Mendes.
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Não. Há revisão da jurisprudência, superando entendimento da Corte firmado na resolução da ADI 1.851/AL (Min. Rel. Ilmar Galvão). Enunciação de Tese conforme julgamento da RE 593849/MG (Min. Rel. Edson Fachin) - Tema 201 da Repercussão Geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

A ação de inconstitucionalidade sob análise, proposta pelo Governador do Estado de Pernambuco, enfrenta o disposto no inciso II do art. 19 da Lei estadual n. 11.408/96 em face do art. 150, §7º, da Constituição Federal, consoante a interpretação fixada na ADI 1.851/AL²⁵⁷, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, que, em 08 de maio

²⁵⁷ No seio da ADI 1.851/AL, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da cláusula segunda do Convênio ICMS nº 13/97 e dos §§6º e 7º do Decreto alagoano n. 35.245/91. Enquanto no primeiro dispositivo, definido pelo Ministro Relator Ilmar Galvão como documento que, “nitidamente, objetivou prevenir guerra fiscal entre os Estados” (STF, 2002, p. 150), previa

de 2002, firmou a restituição do ICMS como hipótese excepcional, cabível apenas quando pago sob o regime de substituição tributária e diante da não realização do fato gerador presumido.

Em seu voto, o Ministro Relator Carlos Velloso reitera sua posição quando da oportunidade do julgamento do precedente citado, segundo a qual seria inconstitucional a negativa do direito de restituição do excesso recolhido, na hipótese em que a base de cálculo do fato gerador presumido ocorresse em montante inferior ao valor pago, pois implicaria em locupletamento ilícito por parte do poder público. Isto é, para o ministro, a cláusula constitucional de restituição revela tanto a proteção contra a inocorrência do fato gerador presumido, quanto nos casos em que, verificado o caso gerador, este seja inferior à base presumida. Termos nos quais, revela esperar que o Plenário reveja o precedente firmado.

Após colhido o voto do primeiro relator, o presidente da Suprema Corte, à época o Ministro Sepúlveda Pertence, suscitara questão de ordem, ressaltando a existência de “decisão *erga omnes* e vinculante do Supremo Tribunal Federal”, que embora não o vincule *ab aeterno*, tratar-se-ia de decisão “relativamente recente” (STF, 2017a, p. 18).

Neste embate, faz-se *mister* apontar as principais considerações feitas pelos ministros:

1. O Ministro Sepúlveda Pertence alegara que a ação impugnava a mesma matéria que caso precedente da Corte, sob exame de controle concentrado de constitucionalidade;

2. Os ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Gilmar Mendes pontuam a possibilidade de uma nova leitura da Corte diante das peculiaridades fáticas ou em caso de revisão da própria concepção jurídica, de sorte que a discussão pode ser reaberta;

não caber a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizasse com valor inferior ou superior àquele firmado em legislação complementar; os demais traçam entendimento do Fisco alagoano de que o regime de substituição tributária seria facultativo e, assim, a adoção deste pelo contribuinte exigia a renúncia dos pedidos de restituição de diferenças, sob perda do considerado benefício. O Tribunal decidiu não haver incompatibilidade com o art. 150, §7º, da Constituição Federal, posto que o fato gerador presumido não configura dado provisório, mas definitivo, de modo que se a base de cálculo é previamente estabelecida pela lei não haveria de se falar em interesse jurídico na apuração de sua correspondência à realidade, isto porque a norma constitucional limita sua garantia à restituição imediata e preferencial tão somente à hipótese de não-realização do fato gerador presumido (STF, 2002, p. 170). Para o Ministro Relator, admitir o contrário implicaria na abdicação das vantagens inerentes ao sistema de substituição tributária, quais sejam: viabilizar a tributação de setores de difícil fiscalização e arrecadação; e evitar a evasão fiscal (STF, 2002, p. 171).

3. Os ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, por seu turno, ressaltam respectivamente a própria mudança substancial na composição da Corte e que a função de guardião da Constituição também incorpora a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal mude seu entendimento sobre o melhor modo de exercê-la;

4. A Ministra Ellen Gracie enfatiza o “*distinguishing*” entre os casos e a plausibilidade do “*overruling*”, institutos do sistema norteamericano que prenunciam a mudança de interpretação de uma questão de direito já decidida pela Corte (STF, 2017a, p. 46);

5. O Ministro Presidente aquiesce às considerações, enfatizando que:

[...] a viragem da jurisprudência constitucional vinculante há de estar reservada, em princípio, à significativa alteração do contexto de fato, sempre subjacente às decisões judiciais, ou à inversão das concepções gerais de Direito, que autorizasse uma revisão da jurisprudência firmada, como no caso, há apenas cerca de dois anos. Mas, estamos dispensados disso, por ora, na minha perspectiva, dada a diferença formal do objeto entre a decisão anterior — a da ADIn — 1.851 — e a desta ação direta (STF, 2017a, p. 51).

Sendo assim, a menção ao fenômeno de mutação constitucional ocorrerá no decurso da discussão da questão de ordem, no voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido em 27 de novembro de 2003, contudo como elaboração meramente acadêmica, demonstrando que os conhecimentos sobre o processo informal embasam, e exigem, “que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional” (STF, 2017a, p. 43). No cerne de sua argumentação, o ministro colaciona a lição de Brun-Otto Bryde, na qual uma situação antes constitucional pode vir a torna-se inconstitucional, e vice-versa, caso se considere que o direito constitucional está sujeito à mutação, e, embora não seja possível eliminar tais situações, é preferível que a ordem processual-constitucional evite distorções nesse âmbito.

Julgada a questão de ordem, por decisão unânime, o Plenário decidiu pelo prosseguimento do julgamento da ação de inconstitucionalidade. No caso em comento, vale enfatizar a longa duração do trâmite da ação, de aproximadamente catorze anos, o que incidiu na sucessão paulatina da composição dos integrantes do próprio Supremo Tribunal.

Tal elemento acaba por corroborar não se tratar de hipótese de autêntica mutação constitucional, mas sim de virada jurisprudencial, dado que não há considerações aprofundadas sobre o contexto fático que sedimenta o campo de incidência da norma constitucional, nem sobre possíveis transformações da realidade fática. A

matéria é discutida sobre o alcance normativo da disposição do art. 150, §7º, da Constituição Federal, isto é, quais prescrições jurídicas estão contidas no texto da norma constitucional.

Nos termos da teoria estruturante de Friedrich Müller (1999), pretende-se compreender qual o programa normativo do dispositivo, caso exclusivo a restituição pela não-realização do fato gerador presumido ou se comporta a restituição em relações com discrepância entre a base de cálculo do tributo pré-estabelecida, em valor superior, e a sua respectiva concretização, em valor inferior ao pago pelo contribuinte.

No voto do Ministro Joaquim Barbosa, é possível vislumbrar a possibilidade de ambas as hipóteses perante a vagueza e ambiguidade do dispositivo constitucional, compreendendo, ainda, que obstar a restituição da diferença entre a carga tributária presumida e a efetiva descaracteriza o próprio tributo, pois a base de cálculo deste deixa de corresponder aos aspectos econômicos concretos do próprio fato gerador.

Por fim, coube ao Ministro Luís Roberto Barroso proferir o voto de desempate, no dia 19 de outubro de 2016, declarando improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos de tese já fixada no Recurso Extraordinário n. 593849/MG (Tema 201 da Repercussão Geral).

4.3.2.1.5 Prazo prescricional para ação de cobrança judicial dos valores devidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

RE 522897 / RN (Tema 608 da Repercussão Geral – ARE 709212/DF)	
Relator:	Min. Gilmar Mendes
Julgado em:	16/03/2017
Acórdão publicado no DJe em:	16/09/2017
Transitado em julgado em:	-----
Dispositivo da Constituição de 1988:	Art. 7º, XXIX
Decisão:	O Tribunal, por maioria e nos termos do Relator, nega provimento ao Recurso Extraordinário, com declaração de inconstitucionalidade de efeitos <i>ex nunc</i> dos art. 23, § 5º da Lei 8.036 e 55 do Decreto 99.684, ambos de 1990.
Voto vencido:	Min. Marco Aurélio
Alusão à Mutação Constitucional:	Sim, no voto do Min. Relator Gilmar Mendes
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Não. <i>A priori</i> , há a propositura de revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal para fixar o prazo prescricional quinquenal à cobrança judicial dos valores devidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, com modulação dos efeitos da decisão para atingir somente os casos futuros, o que

	ensejaria à luz do entendimento do Ministro Relator uma mutação constitucional. Ocorre que a tese será firmada, de fato, no julgamento do ARE 709212/DF, também de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual se manteve o prazo trintenário aos casos anteriores à data da decisão, 13/11/2014; enquanto, aplicar-se-á o prazo prescricional quinquenal, conforme a redação constitucional, aos casos posteriores a esse marco temporal.
--	---

Em breve síntese fática, discute-se recurso interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte em face de acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, que entendera aplicável o Enunciado nº 95 de sua Súmula, datada do ano de 1980, ainda consoante à perspectiva da legislação pré-Constituição de 1988 acerca do prazo prescricional das ações ajuizadas em decorrência do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

Vale frisar que a ação tramitou durante aproximadamente onze anos na Suprema Corte, tendo em vista o seu protocolo em 05/12/2006; ressaltando o intervalo entre o debate inicial proposto pelo Ministro Relator, em 04/08/2011, e o voto final, em 16/03/2017. Cuida-se clarificar tais informações na medida em que por mais uma vez a tentativa de revisão de jurisprudência da Corte se opera em outro deslinde processual, ainda que de matéria análoga. Sendo assim, embora o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, já, em 2011, tratava da superação de entendimento da Corte que prevaleceu por mais de vinte anos, mesmo em face da nova ordem constitucional; é em sede do ARE 709212/DF, decidido em 2014, que a tese será firmada como novo precedente; e, para além disso, somente em 2017, três anos depois, haverá propriamente a resolução do RE 522.897/RN, consolidando a nova diretriz jurisprudencial.

O ponto de confluência entre os dois julgamentos do Tribunal revelou como precedentes e enunciados permaneceram aplicáveis segundo as diretrizes anteriores à nova ordem constitucional. Não obstante, não era incomum verificar que tanto ambas as turmas da Suprema Corte, quanto o Tribunal Superior do Trabalho, acolhiam a tese da prescrição trintenária, embora a Constituição de 1988 estabeleça, como bem colocado pela Ministra Ellen Gracie (STF, 2017e, p. 34), “regra clara e inequívoca quanto ao prazo a ser observado para as ações em que demandados créditos decorrentes das relações de trabalho” no inciso XXIX, de seu art. 7º, e não dispositivo aberto que demande otimização.

Conforme reivindica o Ministro Relator, o posicionamento até então adotado decorria da inexistência de norma expressa sobre prazo prescricional aplicável ao FGTS, ao que se consagrou aplicar aquele análogo às legislações tributária e previdência. A

Suprema Corte, em decisão de 1988 (RE 100.249-2, Min. Rel. Oscar Corrêa), considerara o FGTS enquanto garantia social e trabalhista, afastando sua caracterização como crédito tributário ou contribuição previdenciária, mas que por se tratar de um direito social do empregado deveria também submeter-se privilégios desta última.

Destarte, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revelara-se coerente com relação à natureza jurídica do instituto, mas fraquejara na manutenção do precedente, sustentando “a mera reprodução irrefletida do que fora decidido anteriormente” (STF, 2017e, p. 11) sem levar em conta as consequências da constitucionalização do FGTS, o que naturalmente cessaria as razões invocadas para a adoção do prazo trintenário. Entende-se desta maneira em contraposição à dissonância hermenêutica estabelecida em função de tese que alega no princípio de proteção do trabalhador que o art. 7º, XXIX, da Constituição estabeleceu tão somente o mínimo a ser observado em legislação ordinária, permitindo sua ampliação por força do dito princípio.

Isto porque nenhum princípio é interpretado de forma isolada e a proteção do trabalhador, embora nuclear para o Direito do Trabalho, não estaria apta para atentar contra “a necessidade de certeza e estabilidade nas relações jurídicas” (STF, 2017e, p. 13), nem para desconsiderar a orientação constitucional para que a legislação específica crie instrumentos para resguardar o direito do trabalhador de ter ciência dos depósitos efetuados e de exigi-los, direta ou indiretamente, por via judicial.

Sustentando a revisão da jurisprudência da Corte, o Ministro Gilmar Mendes propõe em seguida a modulação dos efeitos da decisão delimitando-os prospectivamente, com base na segurança jurídica. Nesta seção de seu voto, o Ministro ressalta que “talvez um dos temas mais riscos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, a possível mutação constitucional” (STF, 2017e, p. 16).

Em sua fundamentação, destaca-se sua ênfase à releitura de Inocêncio Mártires Coelho sobre o tema, ao tecer que “as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, posto que é somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos” (STF, 2017e, p. 18); e, em especial, à lição de Peter Häberle na qual, “em sentido amplo, toda lei interpretada – não apenas as chamadas leis temporárias – é uma lei com duração temporal limitada” (STF, 2017e, p. 19).

A partir destes alicerces, o Ministro conclui que o texto interpretado, uma vez confrontado com novas experiências, “transforma-se necessariamente em um outro”, e,

nos termos da compreensão haberliana, a atividade hermenêutica como um procedimento historicamente situado denotaria que “uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de mutação constitucional (*Verfassungswandel*) enquanto categoria autônoma” (STF, 2017e, p. 19).

Em adição, afirma que:

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá **fingir** que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma **mutação normativa** ou a **evolução na interpretação**, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. (STF, 2017e, p. 19) (Grifo do autor).

Aqui, cabe alguns apontamentos sobre a abordagem do Ministro. Marcado o uso da expressão mutação constitucional, há de se constatar ambiguidade e obscuridade na presente argumentação no que se refere à superação do conceito enquanto categoria autônoma quando perante a afirmação de uma interpretação constitucional aberta. Ambiguidade, na medida em que abre margem para o tratamento da mutação constitucional como desdobramento ou resultado necessário da interpretação aberta; e obscuridade, posto que até mesmo a utilização das nomenclaturas “mutação normativa” e “evolução na interpretação” no trecho subsequente realça a imprecisão no tratamento do fenômeno, que não se confunde com qualquer interpretação de teor evolutivo da jurisprudência. Adiante, utiliza-se inclusive da expressão para conduzir elo entre a modulação de efeitos à aplicação prospectiva da nova orientação e exemplos fornecidos pelo estudo de direito comparado – atinentes ao sistema de precedentes norteamericano²⁵⁸, dos quais frisa o exemplo do caso *Linkletter v. Walker* (1965); e ao direito alemão, mencionado caso sobre o regime da execução penal (*Strafgefangene*) (1972).

As considerações levantadas acompanham a conclusão de que o caso do RE 522.897/RN, ainda que relevante, *a priori*, para a sustentação, e, efetivamente, para a consolidação de novo posicionamento da Corte, não conduz em si hipótese de mutação constitucional. Nos termos alavancados pelo Ministro Gilmar Mendes, a decisão pela modulação de efeitos, operada na resolução do ARE 709212/DF, além de traçar uma

²⁵⁸ Neste ponto, pertinente reconhecer à técnica americana do “*prospective overruling*”, como aduz o Ministro Celso de Mello, em seu voto, referente à “inaplicabilidade do novo precedente a situações já consolidadas no passado” (STF, 2017e, p. 44).

correção de prática inconstitucional dos Poderes ao manter o prazo prescricional trintenário para o FGTS, conferiria nova norma constitucional que não se pode depreender da mera leitura o dispositivo constitucional, apagando o histórico da jurisprudência passada.

Por consequência, a revisão firmaria mutação constitucional quanto à cisão temporal na aplicabilidade do dispositivo constitucional, pois ainda que se pretenda a observância da literalidade da Constituição, não se poderia sacrificar a segurança das relações jurídicas onde já se operou a expectativa de resolução definitiva, restando, então, acolhê-la da melhor forma possível, tal como veio a ser sistematizado pela nova redação do Enunciado nº 362 da Súmula do TST:

“I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;

II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF).” (TST, 2015).

4.3.2.1.6 Teto remuneratório e acumulação de cargos públicos

Processo:	RE 602043 / MT (Tema 384 da Repercussão Geral)	RE 612975 / MT (Tema 377 da Repercussão Geral)
Relator:	Min. Marco Aurélio	
Julgado em:	27/04/2017	
Acórdão publicado no DJe em:	08/09/2017	
Transitado em julgado em:	21/09/2018	28/09/2018
Dispositivo da Constituição de 1988:	Art. 37, inciso XI (redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003)	
Decisão:	O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso e fixou a seguinte tese de repercussão geral: “Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público.”	
Votos vencidos:	Min. Edson Fachin	
Alusão à Mutação Constitucional:	Sim, no voto do Min. Gilmar Mendes	
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Não. É realizada interpretação conforme à Constituição.	

Em apreciação conjunta, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 602.043/MT, relativo à questão de acumulação de duas remunerações em exercício de cargos públicos; e o Recurso Extraordinário nº 612.975/MT, atinente à acumulação de provento e remuneração. Dois casos que, evidentemente, compartilham a mesma “matéria de fundo” (STF, 2017g, p. 35), além de articularem recursos do Estado do Mato Grosso contra decisões do Tribunal de Justiça do respectivo Estado, que firmara a interpretação de que o teto remuneratório deveria ser observado isoladamente no caso de acumulação de cargos públicos e não considerado o somatório das remunerações e vantagens pessoais.

O Ministro Relator Marco Aurélio salienta em sua apresentação que a redação original²⁵⁹ do texto constitucional, ainda que não empregasse a expressão “teto remuneratório”, já consagrava um sistema de limites aos ganhos dos servidores e agentes públicos de forma a evitar a consolidação de “supersalários” incompatíveis com o princípio republicano e proteger o Erário do uso indevido de verbas públicas. Interessante demarcar que a literalidade do dispositivo original não havia menção à percepção acumulada, que veio a ser acrescentada com a Emenda Constitucional nº 19/98²⁶⁰.

Não obstante, a pedra angular da discussão encontra-se, pois, no alcance do art. 37, inciso XI, da Carta Federal de 1988, consideradas as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 41/2003²⁶¹.

²⁵⁹ Art. 37, XI, da CRFB/88: “a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos Poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito;” (BRASIL, 2020)

²⁶⁰ Art. 37, XI, da CRFB/88 (Redação dada pela EC nº 19/98): “a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, **percebidos cumulativamente ou não**, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;” (BRASIL, 2020) (Grifo nosso).

²⁶¹ Art. 37, XI, da CRFB/88 (Redação dada pela EC nº 41/2003: “a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, **percebidos cumulativamente ou não**, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

Ora vê-se nos pronunciamentos impugnados duas conclusões: 1) nas acumulações compatíveis com o regime constitucional, a verificação deve constatar que cada um dos vínculos não ultrapassa o teto remuneratório; e 2) as situações consolidadas antes do advento da Emenda Constitucional nº 41/2003 não podem ser atingidas, tal como pretende o desígnio do artigo 9º do referido ato do Poder Constituinte Derivado – que, por sua vez, evoca nova aplicação do artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (de eficácia já exaurida) -, posto que violaria a garantia do direito adquirido e a irredutibilidade de vencimentos.

Admitindo a correta aplicação da regra constitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, o Ministro Relator abaliza seu voto na necessidade de interpretação sistemática, perante a exigência do princípio da unidade da Constituição. Tendo em vista que a regra constitucional pretende atingir a compatibilidade entre trabalho e remuneração sem possibilitar tratamento desigual entre servidores que exerçam funções idênticas, quando reconhecida a possibilidade de cumulação, a incidência do limitador em cada uma das matrículas deve suprir a dimensão ética da norma.

Além do mais, o teto remuneratório não poderia atingir situações já consolidadas, revestidas da garantia do direito adquirido, pois implicaria em confisco de direito regularmente incorporado ao patrimônio do servidor ou agente público ativo ou inativo; bem como conflitaria com um dos critérios de rigidez constitucional descritos no art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição.

Ante o quadro exposto, o Ministro Marco Aurélio pugnou por desprover o recurso, reconhecendo a inconstitucionalidade da expressão “percebidos cumulativamente ou não” contida no artigo 1º da Emenda Constitucional nº 41/2003, em sua alteração na redação do artigo 37, XI, da Constituição Federal; e do artigo 9º do mesmo diploma reformador, afastando definitivamente a aplicação do artigo 17 do ADCT, visto ter exaurido seus efeitos na fase de transição da ordem constitucional regida pela Carta de 1967/1968 à de 1988.

A solução proposta pelo Relator encontra resistência dos colegas no que tange ao tratamento de inconstitucionalidade dentro de Emenda Constitucional, de tal sorte que concordam, na maioria, quanto ao resultado pragmático, mas divergem na via utilizada para alcançá-lo, utilizando ora de menção à “técnica de declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto” (Ministro Marco Aurélio); “interpretação conforme à Constituição” (Ministros Marco Aurélio e Luís Roberto Barroso); “interpretação teleológica” (Ministro Luiz Fux); “interpretação adequada” e “técnica

da concordância prática” (Ministro Gilmar Mendes); ou ao simples caráter interpretativo da solução (Ministro Dias Toffoli).

Dentro de suas considerações sobre a interpretação a partir da Emenda nº 41/2003, o Ministro Gilmar Mendes cita seu estudo sobre os casos de releituras promovidos pela Corte, utilizando para tanto a nomenclatura de “mutação constitucional”, revelando a existência de “inúmeros exemplos de releitura do Texto Constitucional em face de lacunas constitucionais”, ao passo que “não é raro o Tribunal supor uma norma que seria adequada” (STF, 2017g, p. 96 e 97).

Por extensão, recorre à lição de Konrad Hesse, na qual “o Texto Constitucional não é completo; ele é vocacionado a ser completado; é um pouco um texto aberto”, de sorte que “a questão das próprias emendas constitucionais suscita indagações desse tipo” (STF, 2017g, p. 97). E, por tal motivo, alega que no lugar de uma interpretação literal, como arrazoa o voto divergente do Ministro Edson Fachin, seria preferível uma “interpretação adequadora para harmonizar os dispositivos, eventualmente em rota de colisão” (STF, 2017g, p. 98).

Evidente, portanto, que, apesar de o exame confirmar os limites dos atos do Poder Constituído Reformador, não confere hipótese de mutação constitucional, dado que o seu uso no acórdão tem apenas conotação teórica. Além disto, ao abraçar um resultado, em detrimento do debate da via interpretativa acolhida, ainda que a adesão à “interpretação conforme à Constituição” seja mais aparente, realça perceptível incerteza sobre as próprias técnicas empregadas pela Corte, abordagem que obscurece a segurança jurídica defendida nos votos.

4.3.2.1.7 Autorização prévia da Assembleia Legislativa para processamento e julgamento de crime comum do Governador de Estado pelo Superior Tribunal de Justiça

No julgamento de Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5.540/MG, proposta pelo Partido Democratas – DEM, em face do art. 92, §1º, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais, o Tribunal decidiu, por maioria ampla de votos (9 a 2), não ser necessária a licença prévia da Assembleia Legislativa de Minas Gerais para prosseguir ao processamento e julgamento contra o Governador do Estado pelo Superior Tribunal de Justiça por crime comum.

ADI 5540 / MG	
Relator:	Min. Edson Fachin
Julgado em:	03/05/2017
Acórdão publicado no DJe em:	28/03/2019
Transitado em julgado em:	14/05/2019
Dispositivos da Constituição de 1988:	Art. 1º, <i>caput</i> ; Art. 2º; Art. 22, I; e Art. 60, §4º, I
Decisão:	O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Edson Fachin (Relator), ora reajustado, julgou parcialmente procedente a ação para: (i) dar interpretação conforme ao art. 92, § 1º, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais, para consignar que não há necessidade de autorização prévia da Assembleia Legislativa para o recebimento de denúncia e instauração de ação penal contra Governador de Estado, por crime comum, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça, no ato de recebimento da denúncia ou no curso do processo, dispor, fundamentadamente, sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive afastamento do cargo; e (ii) julgar improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da expressão "ou queixa" do art. 92, § 1º, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais.
Votos vencidos:	Min. Dias Toffoli e Min. Celso de Mello
Alusão à Mutação Constitucional:	Sim, nos votos do Min. Luís Roberto Barroso e do Min. Luiz Fux Obs.: Uso da expressão “mutação constitucional em sentido técnico” pelo Min. Luís Roberto Barroso.
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Possibilidade. Alteração de entendimento da Corte acerca da exigência de autorização prévia da Assembleia Legislativa no processamento de governador de Estado, com deslocamento do núcleo axiológico do princípio federativo para o princípio republicano.

Verifica-se que a matéria não é alheia à Corte, que veio a confirmar, em 2015, uma longa jurisprudência a favor da constitucionalidade de tal previsão nas Constituições estaduais, sob a sinalização do princípio federativo, em especial no que atine à autonomia dos Estados-membros da Federação no exercício de seu poder decorrente. Todavia, o Ministro Relator Edson Fachin propõe a revisão da tese que até então prevalecia, através de um “convite ao diálogo”, no qual discutirá a adoção de uma “leitura redentora da Constituição” quanto à compatibilização entre o princípio republicano e o princípio federativo (STF, 2019c, p. 12).

A análise do Relator discorre ser necessária não só a verificação da constitucionalidade da norma impugnada, mas averiguar a possibilidade de “concreta redenção” do princípio republicano, a fim de realizar uma promessa do passado – ao momento constituinte -, respondendo às alterações circunstanciais e temporais (STF, 2019c, p. 16).

Diante disso, o Ministro Relator aponta que não há fundamento normativo-constitucional exposto para que tal exigência seja incorporada pelas Constituições estaduais, e que, diante da gravidade das consequências – inclusive a importância para a

configuração do afastamento do cargo de Chefia do Executivo -, como exceção, via de regra, não se é inferida, mas “sempre prevista de forma expressa e taxativa” (STF, 2019c, p. 18). Ademais, o tratamento conferido ao cargo do Presidente da República decorre de suas características e competências intrínsecas, haja vista se tratar de Chefe de governo e Chefe de Estado, representante último da soberania brasileira, cuja preservação é central na República.

Além do mais, tal condição de procedibilidade representaria ofensa à separação de Poderes (Art. 2º, *caput*, da CRFB/88) e à competência privativa da União (Art. 22, I, da CRFB/88), dado que configura norma processual e estabelece condição para o exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário sem previsão na Carta Magna.

Sob outro aspecto, demonstra-se que a exigência de autorização prévia no caso estadual traz consigo “o congelamento de qualquer tentativa de apuração judicial das eventuais responsabilizações criminais os Governadores por cometimento de crime comum”, o que configura ofensa à “*accountability*” exigida pelo princípio republicano (Art. 1º, *caput*, da CRFB/88) (STF, 2019c, p. 21). Nesse mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso colaciona, adiante no acórdão, estatística de 2003, período em que do total de pedidos de autorização formulados pelo Superior Tribunal de Justiça (52), apenas um resultara em ação em curso, constatando que a grande maioria restara sem resposta (36 casos) ou negada (15 casos) (STF, 2019c, p. 31).

Nos dizeres do Relator Fachin, “diante dos reiterados e vergonhosos casos de negligência deliberada pelas Assembleias Legislativas estaduais, que tem sistematicamente se negado a deferir o processamento dos Governadores de Estado”, necessária a superação dos precedentes da Corte (STF, 2019c, p. 25).

Acolhendo essa diretriz²⁶², o Ministro Barroso alegará a ocorrência de uma verdadeira mutação constitucional sobre a matéria, nos seguintes termos:

Eu entendo que as mutações constitucionais ocorrem quando uma jurisprudência firme do Supremo precisa ser alterada por uma de três razões: ou ocorreu uma mudança na percepção do direito aplicado; ou ocorreu uma mudança na realidade de fato; ou por força das consequências práticas e negativas de uma determinada linha de interpretação. (STF, 2019c, p. 31).

²⁶² A ressalva feita pelo Ministro Barroso ao voto de relatoria encontra-se somente na questão de afastamento automático do Governador de Estado no caso de simples recebimento da denúncia. Enquanto o Relator não se manifesta sobre esse desdobramento, o Ministro Barroso indica que como consequência natural de interpretação conforme a ser realizada, dever-se-ia apreender o afastamento do cargo como medida judicial do Superior Tribunal de Justiça, devidamente motivada, e nunca automática (STF, 2019c, p. 35).

E no caso assinalado, julga ter ocorrido as três situações justificadoras, ao passo que “mudou a percepção do Direito, mudou a realidade fática e houve efeitos extremamente negativos decorrentes da jurisprudência” (STF, 2019c, p. 31). Isto porque a jurisprudência do Supremo até então vigente ponderara os princípios federativo e republicano, conferindo maior peso àquele; e, perante prática de ostensiva flagelação do núcleo republicano de responsabilidade política do governante, “a história, o Direito e a razão é que mudaram de lado” (STF, 2019c, p. 32).

Suplementando seu voto, o Ministro Barroso destacará o uso da expressão “mutação constitucional em técnico – que é o Supremo mudar uma jurisprudência existente”, não porque estava errado anteriormente, mas porque a realidade sofreu modificações²⁶³. O que seria “uma questão de, muitas vezes, a interpretação ser produto do seu tempo” (STF, 2019c, p. 151).

No voto do Ministro Ricardo Lewandowski, entende-se que o princípio da simetria evocado na jurisprudência vigente “fazia sentido sob a égide das constituições anteriores, nas quais era lícito ou de praxe que os tribunais de justiça dos estados julgassem os respectivos governadores” (STF, 2019c, p. 167). E, como alerta o Ministro Celso de Mello, o “*leading case*” para a interpretação da Corte Suprema está no julgamento do HC 41.296/DF, de Relatoria do Ministro Antônio Gonçalves de Oliveira, relativo à ordem constitucional de 1964, cuja interpretação se manteve em vigor há mais de 50 anos (STF, 2019c, p. 83 e 148).

Destarte, o Ministro Lewandowski pugna que o advento da Constituição de 1988 e a inscrição de competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar os Governadores, nos crimes comuns, representariam a superação da tese da simetria. Embora fossem reiteradas as confirmações da jurisprudência, houve uma alteração substantiva com a nova ordem constitucional, de modo que os argumentos dos primeiros votos subsistiram por inércia²⁶⁴ (STF, 2019c, p. 167 e 168).

²⁶³ “Eventual mudança de entendimento não significa, ao meu ver – e, nesse caso, mais que tudo -, que antes se estava errado e agora se está certo. [...] Eu não acho que mude necessariamente porque estava errado. Muda porque mudou a realidade.” (STF, 2019c, p. 151).

²⁶⁴ “Mas, hoje, com o advento da Constituição de 1988, que outorgou o julgamento dos Governadores de Estado ao Superior Tribunal de Justiça, penso que essas teses foram superadas, não obstante reiteradas em vários acórdãos prolatados após a promulgação da nova Carta Magna. Acho que foi um pouco por inércia, que todos se valeram dos argumentos enunciados naqueles primeiros votos por eminentes membros desta Corte. [...] Entendo que houve uma alteração substantiva com o advento da Carta de 88. Não há, portanto, que se falar em simetria”. (STF, 2019c, p. 167 e 168).

Evidencia-se, ainda, o voto do Ministro Luiz Fux, cujo “caráter bifronte” reconhece não ser inconstitucional a escolha da Constituição mineira, mas admite ser a interpretação conforme uma técnica necessária para que a decisão exerça sua “finalidade pedagógico-prospectiva” (STF, 2017, p. 89). Considera, pois, que a conclusão de que onde não houver a cláusula sobre a exigência de autorização prévia do Parlamento estadual para processamento e julgamento do Governador de Estado, não haverá, e, onde houver, segundo a jurisprudência, deve-se obedecer, não seria a melhor interpretação nem o melhor entendimento. Registre-se, em sua redação:

[...] Essa é a nossa jurisprudência, e esse é o entendimento da doutrina e da Suprema Corte.
É o melhor entendimento hoje à luz da evolução, da mutação constitucional de acordo com o princípio republicano? Não, não é a melhor interpretação. Daí, uma válvula de escape e a interpretação conforme, porque efetivamente, hoje, o sentimento constitucional, que dá força normativa a Constituição da visão de Konrad Hesse, é exatamente este: **o sentimento do povo em relação à realidade**. Então, ninguém mais aceita hoje que, para processar o Governador, a Assembleia tem de autorizar. (STF, 2019c, p. 89) (Grifo do autor).

Todavia, cabe apontar uma segunda vertente de entendimento, encabeçada pela Ministra Presidente Cármen Lúcia, ao apontar que, no caso sob análise, diferente dos demais casos julgados pelo Supremo Tribunal, nos quais a Constituição estadual reproduziu em seu texto a mesma previsão destinada na Carta Federal ao cargo de Presidente da República, o Poder Constituinte mineiro escolheu por retirar de forma consciente essa exigência (STF, 2019c, p. 47). Neste caso, seria questionada a possibilidade de adoção de procedimento diverso do federal ao deixar de dispor sobre a necessidade de autorização prévia da Assembleia Legislativa. E, assim, caso positivo, a reprodução não seria obrigatória, nada obstante também não seria proibida como sustentado na tese do eminente Relator.

Então, as Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber acompanham o parcial provimento da ação direta, mas entendem por tratar de norma de reprodução facultativa, cuja exigência ou não recai sobre o juízo político e autônomo dos Estados. Para a Ministra Presidente, inclusive, é o sentido de Federação que haveria mudado²⁶⁵.

²⁶⁵ “[...] acho que mudou o sentido da Federação, e a busca de uma Federação na qual os Estados possam estabelecer suas regras. Por quê? No período da Constituinte e da Lei Orgânica dos Municípios - depois, em 1990 -, havia empresas de consultoria que distribuíam modelos de Constituição e modelos de lei orgânica, como se um município do interior de Minas fosse a mesma coisa de um município de São Paulo. A gente luta tanto pela autonomia, para ter uma verdadeira Federação, e depois, no exercício federativo, nós nos acanhamos. E, aí, é o papel do Supremo, para defender a Federação, dizer quais princípios têm de ser resguardados” (STF, 2019c, p. 84).

Noutra esteira, o Ministro Alexandre de Moraes defende que a prática política, com base nas decisões do Supremo, e não a interpretação nelas veiculadas, tornou possível a imunidade penal do Governador de Estado por qualquer crime durante o mandato. Consequentemente, “a deturpação na aplicação da norma acabou a transformando [...] em inconstitucional, porque a deturpação que feriu o princípio republicano feriu a igualdade e, por outro lado, gerou essa prática não republicana” (STF, 2019c, p. 150-151).

Na vertente divergente, o Ministro Dias Toffoli decide por aliar-se à jurisprudência já definida pela Corte, enquanto o Ministro Marco Aurélio haveria se manifestado, em um primeiro momento, pela improcedência dos pedidos, visto que descaberia a técnica da interpretação conforme diante de “silêncio eloquente” do legislador constituinte estadual, sendo “impróprio controle de constitucionalidade do inexistente” (STF, 2019c, p. 42 e 43). Isto porque a técnica interpretativa implicaria em “declarar inconstitucional o preceito no que viabilize certo enfoque” e o dispositivo da Constituição mineira, ao silenciar sobre tal exigência prévia, não viabilizaria outra interpretação senão de que é inaplicável no Estado de Minas Gerais (STF, 2019c, p. 42). Já o Ministro Celso de Mello pugna a incognoscibilidade da ação justamente por entender que “se o preceito possuir sentido unívoco, tornar-se-á inviável a utilização de referida técnica de julgamento” (STF, 2019c, p. 100).

Dos pedidos iniciais do proponente, foi rejeitada a declaração de inconstitucionalidade do fraseado “ou a queixa” inscrito no art. 91, §1º, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais; mas acolhida a pretensão de interpretação conforme a Constituição do dispositivo, ao que foi fixada a tese:

Não há necessidade de prévia autorização da Assembleia Legislativa para o recebimento de denúncia ou queixa-crime e instauração de ação penal contra o governador de estado, por crime comum, cabendo ao STJ, no ato de recebimento da denúncia ou no curso do processo, dispor fundamentadamente sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive afastamento do cargo. (STF, 2019c, p. 262).

Avaliada a existência de mais de 20 ações em trâmite sobre matéria similar, os Ministros concordam sob a Presidência do Tribunal de que a tese acima configuraria como resultado específico deste julgamento, dado a particularidade da Constituição mineira, de modo que, visando confirmar o posicionamento para formulação de súmula vinculante, fica registrada a pretensão de tecer tese mais abrangente na sessão seguinte,

no julgamento em conjunto das ADIs 4798/PI, 4764/AC e 4797/MT, todas de relatoria do Ministro Celso de Mello. Frise-se que das três ações, somente a ADI 4764/AC consta na lista de ações com indexação “mutação constitucional” na pesquisa de jurisprudência da Corte. Assim, procede-se à sua análise.

ADI 4764 / AC	
Relator:	Min. Celso de Mello
Redator do Acórdão:	Min. Luís Roberto Barroso
Julgado em:	04/05/2017
Acórdão publicado no DJe em:	15/08/2017
Transitado em julgado em:	23/08/2017
Dispositivo da Constituição de 1988:	Art. 34, VII, ‘a’
Decisão:	O Tribunal, por maioria julgou procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade das expressões constantes do art. 44, VII (“processar e julgar o Governador (...) nos crimes de responsabilidade”) e do art. 81, parte final (“ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade”), assim como das expressões do art. 44, VIII (“declarar a procedência da acusação”) e do art. 81, caput, primeira parte (“Admitida a acusação contra o Governador do Estado, por dois terços da Assembleia Legislativa”), bem como, por arrastamento, do art. 82, I (“Art. 82. O Governador ficará suspenso de suas funções: I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça”), todos da Constituição do Estado do Acre.
Voto vencido:	Em parte, Min. Celso de Mello (Relator)
Alusão à Mutação Constitucional:	Sim, nos votos do Min. Luís Roberto Barroso, do Min. Edson Fachin, da Min. Rosa Weber, do Min. Luiz Fux e do Min. Marco Aurélio
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Não. Consolidação de novo entendimento da Corte, firmado em sede da ADI 5540/MG.

Na ADI 4764/AC, encontra-se questionada a constitucionalidade de expressões normativas inscritas nos incisos VII e VIII do art. 44 e do art. 81 da Constituição do Estado do Acre. A ação proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, apresenta duas questões centrais: 1. Sob a alegação de usurpação de competência legislativa privativa da União e afronta à legislação federal, questiona norma estadual sobre processo e julgamento dos crimes de responsabilidade praticados pelo Governador; 2. Entendendo contrariar princípios constitucionais inerentes à República e à responsabilização dos agentes públicos, pugna pelo reconhecimento da ilegitimidade de norma que exige autorização prévia do Parlamento para instaurar processo em face do Chefe do Executivo estadual.

Vê-se na primeira questão, a existência de consenso na Corte sobre a prevalência de jurisprudência já pacificada sobre a incompetência estadual para versar

sobre crimes de responsabilidade, registrado, inclusive, o Enunciado da Súmula nº 722, posteriormente convertida na Súmula Vinculante nº 46. Quanto à segunda questão, por maioria, vencido o Ministro Relator, o Tribunal prosseguiu à manutenção da revisão de jurisprudência da Suprema Corte realizada na sessão plenária do dia 03 de maio 2017, assentando nova tese que supera o argumento da autonomia institucional dos Estados-membros, sob égide do princípio federativo, e propõe edição de nova súmula vinculante.

Interessante relatar que o voto do Ministro Celso de Mello, datado de 05 de agosto de 2015, acompanhava as diretrizes firmadas pela jurisprudência da Corte até então, em ambas as discussões. Uma vez reconhecida a alteração no entendimento pertinente à segunda questão, o Relator decidiu por manter seu voto, embora assente à aplicação futura da nova orientação em respeito ao princípio da colegialidade. Sendo assim, expõe o único voto vencido no julgamento sob análise, em prol da procedência parcial da ação.

Capitaneados pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso e seu uso da expressão “mutação constitucional”²⁶⁶ (STF, 2017b, p. 51 e ss.), observa-se três posturas nos demais votos: 1. Reconhecimento da ocorrência do fenômeno de forma expressa, nos votos dos Ministros Edson Fachin²⁶⁷, Rosa Weber²⁶⁸ e Luiz Fux²⁶⁹; 2. Reconhecimento da necessidade de adaptação e releitura da jurisprudência da Corte: os Ministros Alexandre de Moraes – que faz menção à “evolução da interpretação constitucional”

²⁶⁶ “Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais.” (STF, 2017b, p. 51).

²⁶⁷ “A segunda observação, não obstante eu entenda relevante os dados empíricos da vigência e não da efetividade da orientação jurisprudencial até então predominante nesta Corte, depreendo que, quiçá, sem obviamente nenhuma oposição ao conceito de mutação constitucional, eu acredito que os precedentes que se formaram nesta Corte permitem, caso prevaleça hoje a divergência - e eu estou obviamente caminhado nesse sentido - e uma certa - para usar a expressão do Professor Jack Balkin, de Yale - redenção constitucional, no sentido de que se está realizando algo que se contém na Constituição Federal, eis que a Constituição Federal não agasalha um argumento de simetria para comparar, nesta hipótese, o Governador do Estado ao Presidente da República ou vice-versa. Portanto, não há previsão na Constituição para esse pressuposto de procedibilidade; não incide aqui a simetria.” (STF, 2017b, p. 79-80).

²⁶⁸ “A hipótese, como foi brilhantemente explanado pelo Ministro Luís Roberto, é de mutação constitucional, diante da evolução dos fatos e do que estamos a assistir, com todas as circunstâncias envolvidas e seus reflexos. Impositiva, pois, a viragem jurisprudencial.” (STF, 2017b, 102).

²⁶⁹ “O que houve agora? Houve, digamos assim, uma exacerbação desse sentimento constitucional que encerra também um dos aspectos da mutação constitucional. Quer dizer, a mutação constitucional não é só ler a letra da Constituição de outra forma, também há mutação constitucional decorrente da inadequação da regra constitucional a uma nova realidade judicial. E essa nova realidade é revelada através de dados empíricos: as Assembleias não concedem autorização, os governos não são processados, e gera-se um clima de impunidade, de insegurança jurídica e de grave desprestígio para o Poder Judiciário.” (STF, 2017b, p. 104).

(STF, 2017b, p. 74) -, Ricardo Lewandoski²⁷⁰, Gilmar Mendes²⁷¹ e Cármen Lúcia²⁷²; 3. Crítica ao uso da expressão “mutação”, em voto do Ministro Marco Aurélio (STF, 2017b, p. 123), vencido na oportunidade da ADI 5540/MG.

O enfoque dispendido pelo Ministro Luís Roberto Barroso é evidenciado nos tópicos V e VI de seu voto, respectivamente, “Breve nota teóricas (sic) sobre o fenômeno da mutação constitucional” e “Necessidade de superação da jurisprudência”, nos quais tecerá apontamentos centrais sobre à tese de ocorrência de mutação constitucional sobre o tema, abalizado pelo entendimento de que a diretriz até então regente na Corte haveria se tornado obsoleta no compromisso de garantir uma resposta eficaz para o dilema entre os princípios federativo e republicano²⁷³.

No que tange a explanação teórica, destacam-se dois trechos na sua formulação de mutação constitucional:

Consiste ela na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito. (STF, 2017b, p. 53)

É bem de ver que a mutação constitucional é um fenômeno mais profundo do que a simples mudança de jurisprudência, que pode se dar por mera alteração do ponto de vista do julgador ou por mudança na composição do tribunal. (STF, 2017b, p. 53, nota de rodapé 12).

E, para além dos argumentos também compartilhados na fundamentação exposta no julgamento da ADI 5540/MG, o Ministro enfatiza a importância do lastro democrático das mutações constitucionais para que sejam consideradas legítimas, o que significa dizer que deverão corresponder “a uma demanda social efetiva por parte da

²⁷⁰ “Penso, portanto, Senhora Presidente, que se trata de uma jurisprudência hoje - como já foi demonstrado - superada, com o devido respeito por aqueles que pensam em contrário. [...]” (STF, 2017b, p. 118).

²⁷¹ “A mim, me parece que estamos encaminhando para uma releitura, tendo em vista fatos, valores e normas - para usar a expressão do querido professor Miguel Reale -, portanto, atualizando essa leitura que, certamente, pode não ser a última nesse tema.” (STF, 2017b, p. 120-121).

²⁷² “E, como a Constituição é feita para o mundo e não para apenas ideias -ainda que boas ideias -, acho que a interpretação que agora é iniciada pelo Ministro Luís Roberto Barroso oferece exatamente a possibilidade de uma maior eficácia jurídica e social do objetivo da norma constitucional. E, por esse motivo, é que avanço no sentido de adotar o que foi aqui preconizado.” (STF, 2017b, p. 125).

²⁷³ “Todos os argumentos deduzidos pela jurisprudência até aqui vigorante são relevantes. Penso, porém, que mudanças na realidade institucional e novas demandas por parte da sociedade recomendam uma revisita à questão. Com efeito, a revitalização do princípio republicano, o inconformismo social com a impunidade dos agentes públicos e as renovadas aspirações por moralidade na política, a meu ver, provocaram uma mutação constitucional no tratamento da matéria.” (STF, 2017b, p. 51)

coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular” (STF, 2017b, p. 52).

Relevante ressaltar que o trato do Ministro neste ponto sustenta:

Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites, e se ultrapassá-los estará violando o poder constituinte e, em última análise, a soberania popular. É certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Mas esta capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário. (STF, 2017b, p. 53).

Em contraposição à alusão do fenômeno de mutação constitucional, o Ministro Marco Aurélio, muito embora consagre sua posição final no sentido da nova interpretação conferida pela Corte, suscita forte crítica sobre a intencionalidade da alteração promovida, nos seguintes termos:

[...] Começo fazendo justiça aos dois votos vencidos na assentada de ontem. **A Constituição Federal não sofreu mudança alguma.** A norma de parâmetro para julgamento destas ações diretas de inconstitucionalidade continua sendo a mesma. **O que tivemos foi mutação em termos de ato de vontade, que é o de interpretar. Então, a voz isolada de ontem, insistente, acabou se tornando a prevalecente.** (STF, 2017b, p. 123) (Grifo nosso).

Majoritariamente, o Supremo Tribunal Federal reconhece a revisão da interpretação como hipótese de mutação constitucional, julgando está pautada na alteração das condições fáticas, na demanda social pela responsabilização de agentes públicos e no próprio deslocamento do princípio nuclear da questão – que passa do princípio federativo ao republicano. Contudo, a ocasião gera reflexões, ainda que em voto singular, sobre um dos elementos básicos acerca da manifestação de uma mutação constitucional autêntica, qual seja a sua espontaneidade.

Com efeito, a fim de pacificar o entendimento, é aprovada, por unanimidade, a tese redigida pelo Ministro Roberto Barroso, a figurar como proposta de súmula vinculante, nos termos a seguir:

É vedado às unidades federativas instituírem normas que condicionem a instauração de ação penal contra o Governador, por crime comum, à prévia autorização da casa legislativa, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça dispor,

fundamentadamente, sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive afastamento do cargo. (STF, 2017b, p. 132)

O Tribunal Pleno veio a confirmar a tese meses depois na ADI 4362/DF, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli. Registre-se que a mudança de jurisprudência sobreveio ao curso desse processo e o pronunciamento do Relator de 2016 se tornou o voto vencido, contemplada a hipótese de mutação constitucional - tratada pelo próprio Ministro como “viragem de jurisprudência” (STF, 2018b, p. 69).

Cabe ressaltar que, novamente a divergência em prol da mutação foi proferida no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, reargumentada a argumentação fornecida nos autos da ADI 4764/AC.

ADI 4362 / DF	
Relator:	Min. Dias Toffoli
Redator do Acórdão:	Min. Luís Roberto Barroso
Julgado em:	09/08/2017
Acórdão publicado no DJe em:	06/02/2018
Transitado em julgado em:	-----
Dispositivo da Constituição de 1988:	Art. 34, VII, ‘a’
Decisão:	O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, que redigirá o acórdão, julgou procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 60, XXIII, e das expressões constantes do art. 103, caput (Admitida a acusação pelo voto de dois terços da Câmara Legislativa), ambos da Lei Orgânica do Distrito Federal, bem como, por arrastamento, do art. 84, § 1º, I, da Lei Orgânica do Distrito Federal (§ 1º O Governador ficará suspenso de suas funções: I nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça;).
Votos vencidos:	Min. Dias Toffoli (Relator)
Alusão à Mutação Constitucional:	Sim, nos votos do Min. Luís Roberto Barroso; do Min. Dias Toffoli; do Min. Luiz Fux; da Min. Cármen Lúcia;
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Não. Consolidação de novo entendimento da Corte, firmado em sede da ADI 5540/MG.

4.3.2.1.8 Ensino religioso nas escolas públicas

Em ação proposta pela Procuradoria Geral da República, o Plenário julgou sobre a constitucionalidade do art. 33, *caput* e §§1º e 2º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996); e do art. 11, §1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil (promulgado pelo Decreto nº 7.107/2010). A peça inicial pugnava pela interpretação conforme a Constituição dos dispositivos para assentar que o ensino

religioso em escolas públicos somente poderia ter natureza não confessional, vedada a admissão de professores na qualidade de representantes confessionais, isto é, pessoas vinculadas e ordenadas por igrejas ou confissões religiosas. Subsidiariamente, defendia a declaração de inconstitucionalidade do trecho “católico e de outras confissões religiosas” inscrito no art. 11, §1º, do Acordo Brasil-Santa Sé.

ADI 4439 / DF	
Relator:	Min. Luís Roberto Barroso
Redator do Acórdão:	Min. Alexandre de Moraes
Julgado em:	27/09/2017
Acórdão publicado no DJe em:	20/06/2018
Transitado em julgado em:	04/08/2018
Dispositivos da Constituição de 1988:	Art. 210, §1º
Decisão:	O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, declarando-se a constitucionalidade dos artigos 33, <i>caput</i> e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, e afirmando-se a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.
Votos vencidos:	Min. Roberto Barroso (Relator); Min. Rosa Weber; Min. Luiz Fux; Min. Marco Aurélio; e Min. Celso de Mello
Alusão à Mutação Constitucional:	Sim, no voto do Min. Dias Toffoli
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Não. O Tribunal realiza interpretação sistemática, corroborando a compatibilidade entre o ensino religioso confessional nas escolas públicas e a laicidade estatal, na medida em que trata de cláusula excepcional prevista pelo Poder Constituinte Originário, sendo suficientes para garantir a autonomia e liberdade religiosa do aluno a condicional da “matrícula facultativa” e a proibição de “proselitismo religioso”.

O Relator originário, o Ministro Ayres Britto, promoveu o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, a fim de julgar definitivamente a ação em Plenário. Dada a natureza interdisciplinar da matéria, como ressalta o Ministro Relator Luís Roberto Barroso, afeta a “aspectos políticos, religiosos, filosóficos, pedagógicos e administrativos relacionados ao ensino religioso no país” (STF, 2018c. p. 12), evidencia-se a admissão de 18 (dezoito) entidades na condição de *amici curiae* e a realização de audiência pública no dia 15/06/2015, com a participação de 31 (trinta e um) órgãos e entidades – dentre os quais, 23 (vinte e três) defenderam a procedência da ação e 8 (oito) se manifestaram pela improcedência.

O voto do Ministro Barroso revela o caráter excepcional da simples presença do ensino religioso na Constituição de 1988, diante da laicidade do Estado, e, por este

motivo, “a exceção não pode receber uma interpretação ampliada para permitir que o ensino religioso seja vinculado a uma específica religião” (STF, 2018c, p. 27). Reportando como papel do intérprete “reconciliar essas duas proposições que guardam entre si claramente um certo grau de tensão” (STF, 2018c, p. 30), o Ministro tece considerações a favor da técnica de interpretação conforme a Constituição, afirmando patente incompatibilidade da modalidade confessional do ensino religioso diante da separação entre Estado e Igreja.

Nesse sentido, colaciona dados do Novo Mapa das Religiões (elaborado pela Fundação Getúlio Vargas, com dados do IBGE), no qual a diversidade religiosa brasileira contém 140 denominações identificadas de crença e, diante do natural favorecimento das religiões majoritárias, em detrimento da discriminação das crenças minoritárias, o ensino religioso confessional reforçaria quebra da neutralidade do Estado.

A divergência é iniciada pelo voto do Ministro Alexandre de Moraes, alcançando a maioria no Tribunal, em favor da improcedência da ação. De seu posicionamento, destaca a distinção levantada entre o ensino religioso e o método das demais ciências obrigatórias no currículo escolar, refletindo que, no primeiro tipo de ensino, “a neutralidade não existe, pois os ensinamentos e aprendizados se baseiam, fundamentalmente nos dogmas de fé, que não podem ser substituídos por narrativas gerais, meramente descritivas, neutras e contraditórias” (STF, 2018c, p. 93).

Por oportuno, o Ministro adverte que: “Não me parece possível, que essa Corte substitua a legítima escolha que o legislador constituinte originário fez pelo ensino religioso de matrícula facultativa pelo ensino de filosofia, história ou ciência das religiões” (STF, 2018c, p. 94).

Quanto à presença da expressão “mutação constitucional” no acórdão, revela-se o seu uso em sinal de aviso, inscrito no voto Ministro Dias Toffoli, nos seguintes termos:

Por essa razão, com a devida vênia do eminente Relator e daqueles que o acompanham, em meu entender, a procedência da presente ação direta acarretaria **verdadeira mutação constitucional do art. 210, § 1º, da Constituição Federal sem os pressupostos que embasam o processo de alteração informal do texto da Constituição Federal.** (STF, 2018c, p. 219) (Grifo do autor).

Como sustentáculo, o Ministro Dias Toffoli depreende da compreensão de mutação constitucional expressa pela Corte, no julgamento do RE nº 630.733/DF²⁷⁴, com especial respaldo na contribuição do voto de relatoria o Ministro Gilmar Mendes e a referência feita ao jurista Karl Larenz. Nesse seguimento, sublinha que o Direito como produto da atividade humana “recebe influxo do espírito de uma época, de um povo, em um determinado momento, e enquanto essa conjuntura permanecer, deve permanecer o sentido original da norma” (STF, 2018c, p. 220).

Por essas razões, o Ministro adverte que:

[...] para se admitir que o ensino religioso não mais se dê nos moldes previstos na Carta de 1988, o retrato atual da sociedade brasileira teria que destoar daquele de então. No entanto, no último censo realizado pelo IBGE (2010), 92% dos brasileiros se declararam como adeptos de uma religião. (STF, 2018c, p. 220) (Grifo do autor).

Prosseguindo, conclui que o problema tange a concretização e aplicação efetiva do art. 210, §1º, da Constituição de 1988, posto que a nova ordem almeja um cenário plural e “fez uma opção válida pelo ensino religioso, resguardando a laicidade do Estado e a liberdade de crença com a previsão de facultatividade de participação, e que essa escolha é, ainda hoje, justificável pelos parâmetros vigentes” (STF, 2018c, p. 221). Sendo assim, a procedência da ação importaria, segundo o Ministro Dias Toffoli, em verdadeira mutação inconstitucional, ilegítima porque não se identifica com os critérios que justificariam uma mudança informal do dispositivo constitucional.

4.3.2.1.9 Limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele

²⁷⁴ Nesse quadro, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria e nos termos do voto do Relator, pelo desprovimento do recurso, reconhecendo a inexistência de direito de candidatos à prova de segunda chamada do teste de aptidão física, salvo contrária disposição editalícia. Considerando a alteração de jurisprudência antes tida por pacificada na Corte, o Plenário decidiu, com égide na segurança jurídica, modelar os efeitos da decisão, resguardando a validade dos casos em que a segunda chamada do teste já estava marcada até a data do presente julgamento (15/03/2013). É interessante relatar que a fundamentação do Ministro Gilmar Mendes é reapresentada, no mesmo teor, em sede de julgamento do RE 522897 / RN, para a qual a situação resultante da modulação de efeitos da decisão, por revisar jurisprudência do Tribunal, corresponderia a uma mutação constitucional.

Nos autos da Ação Penal nº 937²⁷⁵, foi suscitada questão de ordem²⁷⁶, a fim de que o Plenário da Corte discutisse a possibilidade de interpretação restritiva das normas constitucionais que estabelecem as regras sobre o foro por prerrogativa de função, comumente denominado de “foro privilegiado”.

AP-QO 937 / RJ	
Relator:	Min. Luís Roberto Barroso
Revisor:	Min. Edson Fachin
Julgado em:	03/05/2018
Acórdão publicado no DJe em:	12/12/2018
Dispositivo da Constituição de 1988:	Art. 102, I, ‘b’ e ‘c’
Decisão:	O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de fixar as seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”, com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), e, como resultado, no caso concreto, determinando a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento, tendo em vista que (i) os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de Deputado Federal ou em razão dele, (ii) o réu renunciou ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio, e (iii) a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, antes do deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal.
Votos vencidos:	Em parte, Min. Alexandre de Moraes, Min. Ricardo Lewandowski, Min. Marco Aurélio, Min. Dias Toffoli, e Min. Gilmar Mendes
Alusão à Mutação Constitucional:	Sim, nos votos do Min. Luís Roberto Barroso; Min. Alexandre de Moraes; Min. Rosa Weber; Min. Cármen Lúcia; Min. Edson Fachin; Min. Luiz Fux; Min. Ricardo Lewandowski; e Min. Gilmar Mendes.
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Entendimento majoritário do Tribunal pela ocorrência do fenômeno.

No desenrolar do julgamento, o Tribunal promove alteração do entendimento até então adotado, redefinindo o sentido e alcance da prerrogativa de foro, bem como o

²⁷⁵ O caso retrata ação penal proposta pelo Ministério Público Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, em face de ex-Prefeito do município de Cabo Frio – que, em 2015, tomou posse como Deputado Federal, na condição de suplente -, denunciado pela conduta delitativa de captação ilícita de sufrágio, ou “corrupção eleitoral”, tipificada no art. 299 do Código Eleitoral, em virtude de atos praticados nas eleições municipais de 2008.

²⁷⁶ O Ministro Luís Roberto Barroso relata que sua inspiração para a proposta de afetação ao Plenário advém da doutrina e de manifestação do Ministro Celso de Mello que, em entrevista (não referenciada), afirmou ser necessária nova discussão sobre a prerrogativa de foro, quer por solução a cargo do Congresso Nacional ou por abordagem mais restritiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF, 2018h, p. 13).

marco processual a partir do qual será conferida definitivamente a competência do órgão jurisdicional atrelado à hipótese de prerrogativa.

A proposta do Ministro Relator sobre o tema evoca novamente a expressão “mutação constitucional em sentido técnico” (STF, 2018h, p. 12), vislumbrando a modificação de interpretação considerada consolidada na Corte em virtude de mudanças práticas na realidade fática, ou na percepção social de Direito; ou em decorrência dos efeitos negativos da orientação prevalecente. No caso em comento, o Ministro Barroso concebe a presença das três justificativas:

Em primeiro lugar, há uma clara mudança na realidade fática. **Quando o Constituinte - seja o de 69, seja o de 88 - concebeu o foro por prerrogativa, ele jamais imaginou que houvesse, perante a Corte Constitucional, mais de quinhentos processos de natureza criminal, envolvendo mais de um terço dos membros do Congresso Nacional.** Essa é simplesmente uma realidade que nunca ninguém imaginou. Portanto houve uma clara mudança na realidade fática.

Em segundo lugar, houve uma clara mudança na percepção de qual seja o melhor Direito. **Todos nós somos testemunhas de que esse sistema não está funcionando bem, logo é preciso repensá-lo. E os resultados negativos são muito óbvios para nós desmentirmos, que são a impunidade e o desprestígio que isso traz para o Supremo.** É tão ruim o modelo que a eventual nomeação de alguém para um cargo que desfrute de foro por prerrogativa é tratado como obstrução de justiça, em tese. É quase uma humilhação para o Supremo o fato de alguém estar sob a jurisdição do Supremo ser considerado obstrução de justiça. Acho que não é preciso dizer mais nada para documentar **a falência desse modelo.** (STF, 2018h, p. 12) (Grifo nosso).

A revisão da jurisprudência partiria do interesse do Supremo, do País e da sociedade brasileira (STF, 2018h, p. 14). E, com o intuito de demonstrar a legitimidade da nova linha de interpretação, o Ministro desenvolve o argumento de que a motivação e o respaldo constitucional para o foro por prerrogativa de função somente se adequa aos princípios republicano e da igualdade, quando a proteção é exercida em decorrência da função e durante o desempenho desta. Nessa diretriz, a prerrogativa não se transformaria em privilégio, nem retardaria (ou afastaria, como se dá no caso da prescrição) a responsabilização dos agentes públicos.

O Relator assevera, ainda, que o próprio fim visado pela norma constitucional está no núcleo de “assegurar que essas pessoas desempenhem o seu mandato livre de interferências que possam coarctar a independência que devem ter”, e, por conseguinte, “protege-los por fatos que não são ligados ao mandato simplesmente refoge à finalidade desta norma” (STF, 2018h, p. 15). Isso ocorre por tratar-se de situação especial criada para uma determinada categoria de agentes, enquanto a regra geral está consagrada no

juízo pelo juiz natural. Motivo pelo qual, o Relator destaca não ser alheia à Corte adotar uma interpretação restritiva das exceções constitucionais: “Se é uma situação especial, é jurisprudência antiga e pacífica do Supremo que ela deve merecer interpretação restritiva” (STF, 2018h, p. 15).

Destarte, ao conferir interpretação restritiva, o Supremo realiza, nas palavras do Relator: “uma espécie de redução teleológica da sua competência para ajustá-la à finalidade da norma e do sistema constitucional”²⁷⁷ (STF, 2018h, p. 17). Outra nomenclatura utilizada é a da “técnica da ‘dissociação’”, atinente à redução do campo de aplicação de uma previsão normativa a uma parte das situações de fato por ela reguladas, resultando na extração de “cláusulas de exceção implícitas”, que servem para concretizar a finalidade e o sentido da norma dentro do sistema normativo (STF, 2018h, p. 42).

Aqui, cita-se a experiência do Supremo que, ao julgar a ADI nº 2.587/GO, de Relatoria do Min. Maurício Corrêa, se pronunciou pela inconstitucionalidade de previsão da Constituição estadual para reconhecer foro por prerrogativa a Delegado de Polícia. Por oportuno, “assentou-se que os Estados não têm carta em branco para assegurar o privilégio a quem bem entendam, pois não se trata de uma opção política, mas um sistema rígido de jurisdição excepcional que, por diferir dos postulados basilares do Estado de Direito Democrático, exige uma interpretação restritiva” (STF, 2018h, p. 15).

Em igual medida, registra o cancelamento do Enunciado nº 394 da Súmula do Tribunal, cuja redação conservava o foro à autoridade, mesmo após deixar o mandato ou cargo (Inq-QO 687/SP, rel. min. Sydney Sanches, j. 25 ago. 1999, DJe: 09 nov. 2001); e a interpretação firmada pela restrição da imunidade material dos parlamentares tão somente por opiniões, palavras e votos que guardem relação com o mandato (Inq 2.332 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 10 fev. 2011, DJe: 1º mar. 2011).

Quanto à segunda questão, relativa à fixação definitiva da competência para processar e julgar ações penais em face de agentes públicos com prerrogativa de foro, nota-se os efeitos negativos dos frequentes deslocamentos processuais (“sobe-e-desce” entre as instâncias), capazes de prejudicar a eficácia, a racionalidade e a credibilidade da jurisdição penal, uma vez que a prerrogativa se tornaria subterfúgio à punição criminal,

²⁷⁷ “Portanto, são múltiplos os precedentes em que o Supremo, geralmente modificando jurisprudência assentada, refinou a sua própria competência para restringi-la, fazendo uma redução teleológica, o que significa dizer: ajustando a competência à finalidade da norma e à realização dos princípios constitucionais.” (STF, 2018h, p. 18).

através das eventuais estratégias de investidura ou desinvestidura de cargo com foro privilegiado (STF, 2018h, p. 45 e ss.).

Portanto, a proposta do Relator define como marco temporal objetivo o final da instrução processual, atento para a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, posto que, “desse modo, mesmo que o agente público venha a ocupar outro cargo ou deixe o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo, isso não acarretará modificações de competência” (STF, 2018h, p. 46).

Acompanham integralmente o Relator, reconhecendo expressamente a situação de mutação constitucional, os votos da Ministra Rosa Weber²⁷⁸, da Ministra Carmén Lúcia²⁷⁹, do Ministro Edson Fachin²⁸⁰, do Ministro Luiz Fux²⁸¹, com destaque para o uso da expressão “evolução interpretativa sem alteração o texto constitucional” neste último (STF, 2018h, p. 2013). Ao passo que o Ministro Decano, Celso de Mello, acolhe a nova diretriz interpretativa de teor restritivo, defendendo a sua legitimidade²⁸², porém sem qualquer menção expressa ao fenômeno de mutação constitucional.

Sob outra perspectiva, o pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes promove uma série de considerações sobre a nova proposta interpretativa, quais sejam: 1. A inexistência de pesquisa estatística comparativa entre o grau de efetividade da jurisdição contra altas autoridades da República, antes e depois da ampliação das hipóteses de “foro privilegiado” consagradas pela Constituição de 1988, assim como

²⁷⁸ “**Reputo presentes as hipóteses reveladoras de mutação constitucional**, seja pela mudança da realidade fática, seja pela mudança na percepção de qual seja a melhor exegese, seja pelas consequências práticas da orientação dominante, geradoras de impunidade e mesmo de desprestígio ao Judiciário, na esteira do voto do Relator. A disfuncionalidade do sistema vigente é manifesta.” (STF, 2018h, p. 95) (Grifo nosso).

²⁷⁹ “No entanto, também tinha examinado e, na esteira do que foi aqui apresentado pelo eminente Ministro-Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, **tenho como caracterizada situação de mutação constitucional**, porque o foro realmente não é escolha, e prerrogativa nem é privilégio.” (STF, 2018h, p. 95) (Grifo nosso).

²⁸⁰ “Seria possível afirmar, na esteira da interpretação formulada pelo Ministro Sydney Sanches, que o Supremo Tribunal Federal promoveu **verdadeira mutação constitucional**” (STF, 2018h, p. 178) (Grifo nosso); “Nessa linha de compreensão, parece evidente que, também nesta questão de ordem, **esteja-se a reexaminar o sentido da norma constitucional**. Faz-se necessário, portanto, que, **ao lado de eventuais alterações da realidade social**, avalie-se também a **emergência de nova visão jurídica**.” (STF, 2018h, p. 179-180) (Grifo nosso).

²⁸¹ “Senhora Presidente, na verdade, como nós temos uma Constituição rígida, essa leitura, se fosse literal, resolveria o problema: nas infrações comuns, serão julgados pelo Supremo. Entretanto, eu entendo que aqui há, exatamente pela rigidez da Constituição, **uma necessidade de mutação constitucional**, como nós já fizemos em vários casos, e há de exemplo o da união estável para a união homoafetiva, e assim por diante.” (STF, 2018h, p. 201) (Grifo nosso).

²⁸² “Impende pôr em destaque observação que reputo sumamente importante. Entendo revestir-se de legitimidade, de inteira legitimidade, a interpretação jurídica que o Supremo Tribunal Federal está realizando, no presente julgamento, a respeito do alcance da prerrogativa de foro, por tratar-se de matéria sujeita, por efeito de sua natureza mesma, ao âmbito institucional em que atuam, por excelência, os órgãos do Poder Judiciário, qual seja, o domínio que compreende a hermenêutica da Constituição, de que esta Suprema Corte, incumbida de sua guarda, tem ‘o monopólio da última palavra’”. (STF, 2018h, p. 238).

comparativa entre as instâncias ordinárias e a efetividade penal do Supremo Tribunal Federal; 2. O fato de que as deficiências na responsabilização criminal da elite política brasileira já eram notórias, e quase absolutas, anteriormente à Constituição de 1988, e, muito embora, seja alvo de discordâncias, o “foro privilegiado” surgiu por motivos históricos para “se retirar a influências nas justiças locais, que desde o Império atuavam com certo compadrio com as lideranças políticas locais, nesses julgamentos” (STF, 2018h, p. 63-64); 3. Não haveria meio de atestar, seja do ponto de vista histórico, seja do sociológico, ou jurídico, a existência de conexão entre a impunidade no Brasil e a ampliação do foro privilegiado na ordem constitucional de 1988, assim como não se poderia extrair eventual desprestígio da Corte como consequência do aumento da corrupção no país.

Proseguindo, em análise do sentimento público brasileiro, o Ministro Alexandre de Moraes questiona como um mesmo argumento – “reversão à tradição de impunidade da política brasileira” (STF, 2018h, p. 66) -, poderia ser utilizado em interpretações diametralmente opostas. Em 2012, diante do julgamento marco no combate à corrupção, no caso do “Mensalão”, o clamor era contrário à fragmentação do processo, sob pena de impunidade (STF, 2018h, p. 65); e anos depois, é proposta a alteração em favor da redução do “foro privilegiado”, que implicaria na remessa imediata de todas as investigações para a primeira instância, sob a alegação de maior efetividade e celeridade da prestação jurisdicional.

Afirmava-se que a primeira instância de ontem geraria a impunidade e, portanto, que seria vital ao Supremo Tribunal Federal concentrar todo o processo e julgamento do ‘mensalão’. Porém, hoje alguns afirmam que a impunidade estará consagrada se o ‘petrolão’ permanecer no Supremo Tribunal Federal, pois somente a primeira instância é capaz de medidas eficazes e rápidas contra a corrupção. **Erros e exageros, ontem e hoje.** O Poder Judiciário brasileiro é competente e independente em todas as suas instâncias, que precisam de mais estrutura e instrumentos processuais mais modernos para garantir maior celeridade e efetividade na distribuição de Justiça, para todos, e não somente para os casos que terminam com ‘ão’: ‘Mensalão’, ‘Petrolão’. (STF, 2018h, p. 66-67) (Grifo do autor).

Portanto, o Ministro Alexandre de Moraes inaugura a dissidência e ressalta a opção consciente do constituinte originário pela manutenção do instituto, inclusive com a ampliação das hipóteses; que poderia ter sido revisitada durante a expressão do poder constituído revisor, em que pese a robusta apresentação de emendas revisionais ao artigo 53, cuja redação define o conjunto de garantias e prerrogativas parlamentares; e não o foi,

inclusive, diante da alteração substancial promovida pela Emenda Constitucional nº 35/2001, que reformou o dispositivo supramencionado.

Com base nesses apontamentos, o Ministro conclui que a análise e eventual adoção de nova interpretação pelo Plenário exige amplo estudo das questões²⁸³ e possíveis consequências levantadas pela alteração. Registre-se, de seu discurso, o trecho abaixo:

A análise conjunta de todas essas questões também possibilitará outra importante reflexão sobre os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal como ‘GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO’, possibilitando a diferenciação entre eventuais hipóteses de interpretação restritiva em relação **a outras nas quais se possa pretender a substituição de legítimas opções do legislador** – inclusive legislador constituinte, pela vontade do STF, por **mutação constitucional**. (STF, 2018h, p. 74) (Grifo nosso).

Anota-se a distinção feita entre a interpretação restritiva e o fenômeno da mutação constitucional, outro ponto dissonante às conclusões proferidas pelo Ministro Barroso. Enquanto o Ministro Relator entende pela ocorrência de mutação constitucional, que, por sua vez, demanda uma leitura mais restritiva da prerrogativa de foro; para o Ministro Alexandre de Moraes, se trata de hipótese hermenêutica que não se confunde com o desígnio de substituir a obra do legislador, seu enquadramento sobre as respectivas mutações operadas pelo Supremo.

Sobretudo, vale observar, já na articulação de seu voto, que o Ministro Alexandre de Moraes entende pela impropriedade da discussão de tese jurídica em sede processual de Questão de Ordem em Ação Penal, dada a incompatibilidade com a própria finalidade do incidente, voltado à resolução de questões procedimentais influentes “no modo e condições pelas quais o julgador receberá, ou não, a causa para julgamento” (STF, 2018h, p. 137), com fulcro no art. 21, III, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

²⁸³ Sintetizando a colocação do Ministro Alexandre de Moraes, interessante constatar as seguintes problemáticas: a) Como será aplicada a imunidade formal processual por crimes praticados após a diplomação, mas que não comportam nexos com a atividade parlamentar? b) Ao adotar interpretação restritiva das previsões constitucionais expressas no tratamento do foro privilegiado, a Corte manterá a possibilidade de ampliação ou seria essencial também reduzir a amplitude das normas estaduais e distrital, com base na previsão constitucional implícita do artigo 125, § 1º, da CF? c) A nova interpretação afastaria o entendimento da Corte de que, mesmo excepcionalmente, as hipóteses de conexão e continência atraem a investigação de réus sem previsão de foro? d) A perpetuidade da competência da Suprema Corte diante de fatos praticados em razão do ofício, porém em mandato anterior de parlamentar, seria possível? e) Haveria compatibilidade entre a nova interpretação e o entendimento já firmado pela impossibilidade de aplicação da sanção de perda do cargo por magistrados de instâncias inferiores a instâncias superiores? f) Seria caso de modulação dos efeitos da mudança jurisprudencial? (STF, 2018h, p. 72-74)

O apontamento é compartilhado, inclusive, na manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski, que acrescenta o seguinte: “não se prestam, todavia, como parece curial, resolver aspectos de direito material que constituem o próprio objeto da controvérsia” (STF, 2018h, p. 319). Relembrando ocasião em que o alcance das questões de ordem foi debatido com profundidade, o Ministro Lewandowski aponta para o processo de *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, cuja postura se firmou pelo cumprimento literal da previsão do Regimento Interno do Senado Federal, com vedação expressa acerca de tese de natureza doutrinária ou especulativa.

Sendo assim, a conclusão do Ministro é expressa pela incompatibilidade entre a reviravolta jurisprudencial pretendida, “que reescreve texto de redação absolutamente unívoca da Constituição da República, levando à alteração da vontade manifesta dos constituintes de 1988” (STF, 2018h, p. 323), e o alcance finalístico da questão de ordem.

Em síntese:

[...] não se afigura lícito empregar uma questão de ordem - cujo escopo, por definição, possui uma abrangência limitadíssima - para viabilizar discussões acerca do *meritum causae* ou de matérias doutrinárias complexas como, no caso em apreço, **concernentes ao controvertido fenômeno da mutação constitucional**. (STF, 2018h, p. 321) (Grifo nosso)

O Ministro Gilmar Mendes reforça a escolha constituinte para as regras de foro, afirmando não se tratar de hipótese de mutação constitucional, mas de “uma nova e inconstitucional interpretação da Constituição” (STF, 2018h, p. 377). Em seu voto, enfatiza que:

Se é certo que a Constituição não foi alterada para restringir o foro e que a interpretação das regras da prerrogativa de foro já remontam ao tempo da assembleia constituinte, tenho que **uma nova e restritiva interpretação não se justificaria como uma nova interpretação**. Apenas como uma mutação constitucional, amparada em ‘uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma’, ou ainda na ‘força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade’, seria possível reconhecer uma mudança da regra. (STF, 2018h, p. 377) (Grifo nosso).

Apesar de concordar com o Ministro Relator quanto aos componentes motivadores de uma mutação constitucional, não vislumbra a sua incidência no caso sob análise, categorizando a fundamentação da nova interpretação como consequencialista, haja vista sua apresentação como “a solução para desafogar os tribunais, acelerar a

punição de poderosos, afastar influências políticas dos processos penais” (STF, 2018h, p. 377).

Para o Ministro Gilmar Mendes, essa proposta de releitura das regras de foro não encontra respaldo empírico, nem de nova visão jurídica, haja vista que o intuito de afastar a política local do funcionamento dos órgãos julgadores ainda se encontra presente, de forma que eventual interpretação restritiva resultaria justamente na produção de efeito contrário, aumentando a pressão sobre os tribunais de justiça, cujo prognóstico para fiscalizar a política local é, em suas palavras, sombrio (STF, 2018h, p. 392).

Vencida a dissidência em pequena margem, o Tribunal resolve a questão de ordem para fixar as seguintes teses:

‘(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo’, com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999). (STF, 2018h, p. 428)

Vale mencionar que, dentre os julgados analisados, a presente decisão confere maior anuência dentre os Ministros na afirmação do fenômeno de mutação constitucional, com especial interesse na aparente consolidação de “liderança” no tema pelo Ministro Luiz Roberto Barroso, cujos votos tendem a capitanear a tese.

Atenta-se, por fim, para a repetição da expressão “mutação constitucional em sentido técnico”, empregada nas viradas jurisprudenciais mais recentes da Corte.

4.3.2.1.10 Ação rescisória perante mudança de jurisprudência

Processo:	AR-AgR 2341 / RS	AR-AgR 2421 / DF
Relator:	Min. Ricardo Lewandowski	Min. Luís Roberto Barroso
Revisor:	Min. Dias Toffoli	Min. Edson Fachin
Julgado em:	18/05/2018	13/06/2018
Acórdão publicado no DJe em:	30/05/2018	06/03/2019

Dispositivo da Constituição de 1988:	Art. 5º, XXXVI	
Decisão:	O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao agravo regimental.	
Votos vencidos:	Min. Gilmar Mendes	Min. Gilmar Mendes e Min. Dias Toffoli
Alusão à Mutação Constitucional:	Sim, no voto do Min. Gilmar Mendes	
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Não. Uso da expressão “mutação constitucional” como recurso teórico	

Ambos os casos referem-se à tentativa de rescindir acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, com fundamento em mudança de orientação sobre a matéria após o seu trânsito em julgado. Faz-se *mister* ressaltar que a posição da Corte é consolidada diante de ações rescisórias nessas circunstâncias, favorável ao reconhecimento da jurisprudência firmada à época, observada a aplicação do Enunciado nº 343²⁸⁴ da Súmula do STF, diretriz seguida pela relatoria nos dois casos.

Contudo, mantendo voto externado no deslinde de outras ações rescisórias, o Ministro Gilmar Mendes adverte para a possibilidade de afastamento da Súmula nos casos de interpretação constitucional controvertida, tal como expresso abaixo:

Por outro lado, não há como aplicar a Súmula 343 do STF (incognoscibilidade da ação rescisória com fundamento em violação literal de lei) aos casos em que: 1) o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sempre tenha se pautado no mesmo sentido (nunca houve divergência *interna corporis*); 2) **houve mutação constitucional**; 3) presente situação de *overruling*. Em tais situações, competiria ao mérito da demanda saber se o aresto transitado em julgado concorda ou diverge do atual entendimento. (STF, 2018d, p. 9-10) (Grifo nosso)

Assinala, pois, tese minoritária, ao alegar a inaplicabilidade da Súmula nos casos concretos discutidos, sob o fundamento de que a proteção constitucional da coisa julgada deve ser mitigada perante à força normativa da Constituição, “quando o título judicial transitado em julgado conflitar com aplicação ou interpretação constitucional definida pela Suprema Corte” (STF, 2018d, p. 15). Conforme relata o Ministro Gilmar Mendes, cujo voto restou vencido em ambas as discussões, os acórdãos rescindendo abrigaram posicionamento expressamente contrário ao do próprio STF da época.

²⁸⁴ “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

Verifica-se, pelo exposto, que a indexação dos julgados à expressão “mutação constitucional” não suscita, de fato, a operação do fenômeno, sendo utilizada enquanto recurso teórico de caráter exemplificativo.

4.3.2.1.11 Inadmissibilidade de embargos de divergência quando há jurisprudência na Corte firmada no sentido do acórdão embargado

RE-ED-AgR-ED-EDv-AgR 1004516 / AM – AMAZONAS	
Relator:	Min. Dias Toffoli
Julgado em:	22/06/2018
Acórdão publicado no DJe em:	02/08/2018
Dispositivo da Constituição de 1988:	Art. 37, inciso XI (redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003)
Decisão:	O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.
Votos vencidos:	-----
Alusão à Mutação Constitucional:	Sim, nos votos do Min. Dias Toffoli
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Não. Uso da expressão “mutação constitucional” como recurso teórico.

Trata-se de agravo regimental contra decisão que nega seguimento aos Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 1004516/AM. À luz da redação do art. 332 do Regime Interno do Supremo, foram julgados inadmissíveis os embargos divergentes tendo em vista que o acórdão embargado expressa a atual jurisprudência da Corte, em respeito pela aplicabilidade imediata do teto de retribuição previsto na EC nº 41/2003.

O argumento reiterado pelos agravantes por todo o percalço processual apregoa a aplicabilidade da Súmula nº 343 ao caso concreto, consoante entendimento proferido no RE 590.809/RS (Tema 136 da Repercussão Geral). Entretanto, o Ministro Relator entende não haver similitude fática e jurídica entre o acórdão embargado e o paradigma de divergência invocado, motivo pelo qual negou seguimento ao embargos de divergência. Nesse sentido, dispõe:

No caso do processo apontado como paradigma - no qual se discutia o direito ao creditamento do IPI sobre insumos e matérias-primas não tributados ou sujeitos à alíquota zero -, assentou a Corte a impossibilidade do manejo da rescisória, em razão de o acórdão rescindendo ter sido prolatado em conformidade com a uníssona jurisprudência da Corte sobre o tema à época.

Assentou-se que, naquele caso, **embora tivesse ocorrido verdadeira ‘mutação constitucional’**, em razão da mudança jurisprudencial havida nesta Corte, ela não seria suficiente para dar suporte ao pleito rescisório. (STF, 2018e, p. 14) (Grifo nosso).

Ante o exposto, vê-se que a indexação do julgado à expressão “mutação constitucional” não suscita a operação do fenômeno, revelado seu uso como recurso teórico-argumentativo.

4.3.2.1.12 Constitucionalidade da “terceirização”

RE 958252 / MG (Tema 725 da Repercussão Geral)	
Relator:	Min. Luiz Fux
Julgado em:	30/08/2018
Acórdão publicado no DJe em:	13/09/2019
Transitado em julgado em:	-----
Dispositivo da Constituição de 1988:	Art. 1º, III e IV; Art. 3º, III; Art. 5º, II; Art. 6º; Art. 7, I e II; e Art. 170, <i>caput</i> e VIII
Decisão:	O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.
Votos vencidos:	Min. Edson Fachin; Min. Rosa Weber; Min. Ricardo Lewandowski; e Min. Marco Aurélio.
Alusão à Mutação Constitucional:	Não. Mas consta a expressão “construção jurisprudencial” na Ementa e no voto do Relator Min. Luiz Fux.
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Não. Exame de construção jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho na Súmula nº 331, questionada diante da superveniência de legislação sobre a matéria em sentido diverso e da carência de rigor para comprovação do substrato empírico do enunciado. Levantados questionamentos sobre a legitimidade democrática de construção jurisprudencial.

Em exame difuso da constitucionalidade da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a Corte decidiu pela admissibilidade da terceirização de atividade-fim, julgando-a compatível com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa consagrados na Carta Magna de 1988.

A tese desenvolvida pelo Ministro Relator vai de encontro com a autocontenção e o minimalismo judicial, ao entender que a vedação consubstanciada no

enunciado sumulado do respectivo Tribunal Superior não se sustenta por ausência de legitimidade democrática e pela severidade de sua intervenção no setor econômico²⁸⁵.

Para o Ministro Luiz Fux, por se tratar de medida restritiva que não advém expressamente do texto constitucional, nem de previsão legal e sequer de intérprete constitucional submetido ao crivo do amplo debate democrático, não há como se verificar a consistência dos suportes fáticos que firmaram o enunciado com o rigor que lhe é exigido em função do conflito axiológico inerente à questão²⁸⁶. O item 8 da ementa do respectivo acórdão sintentiza, portanto, que:

A segurança das premissas empíricas que embasam medidas restritivas a direitos fundamentais deve atingir grau máximo de certeza nos casos em que estas não forem propostas pela via legislativa, com a chancela do debate público e democrático, restando estéreis quando impostas por **construção jurisprudencial** sem comprovação inequívoca dos motivos apontados. (STF, 2019e, p. 4) (Grifo nosso).

Some-se ao alerta do Ministro, no sentido de que:

Admitir a concepção peculiar dos dispositivos constitucionais construída pela Corte Trabalhista, nesse panorama, é **defender que a realidade deve se curvar às teses elaboradas por juristas, não o contrário**. Semelhante postura não se coaduna com a humildade judicial que deve informar o comportamento dos Tribunais, notadamente quando envolvida restrição gravíssima a liberdades fundamentais constitucionalmente protegidas. (STF, 2019e, p. 68) (Grifo nosso)

Derradeiramente, as próprias reformas legislativas promovidas pelas Leis nº 13.429 e nº 13.467, ambas de 2017, vieram acolher expressamente a legitimidade da terceirização em todas as suas formas, deixando de subsistir a cisão de atividades pontuada no enunciado²⁸⁷, comprovando a necessidade de afastar seu teor proibitivo. Em

²⁸⁵ “Considerando as balizas teóricas ora lançadas, tem-se in casu uma intervenção severa na configuração da atividade econômica (é dizer, a proibição de divisão de tarefas, dentro de um mesmo ciclo produtivo, entre pessoas jurídicas distintas), estabelecida por intérprete constitucional não investido de legitimidade democrática para realizar escolhas discricionárias entre as possibilidades semânticas e sistemáticas da Carta Magna, qual seja, o Judiciário. Por isso, é imprescindível submeter a medida a um crivo ainda mais minucioso e rígido para verificação de seus suportes fáticos.” (STF, 2019e, p. 38)

²⁸⁶ “Tratando-se, porém, de orientação jurisprudencial, desprovida de um debate democrático antecedente na caixa de ressonância adequada para a reverberação de todos os interesses envolvidos, o escrutínio sobre a vedação deve observar o maior rigorismo possível, concluindo-se pela sua insubsistência ante o mais tênue elemento que exsurgir em seu desfavor.” (STF, 2019e, p. 41)

²⁸⁷ Sobre esse ponto, o Ministro Luiz Fux entende que: “[...] a cisão de atividades não revela qualquer intuito fraudulento, mas sim estratégia de configuração das empresas para fazer frente às exigências do mercado competitivo (em última análise, exigências de consumidores como todos nós), sendo precisamente esse o núcleo protegido pela liberdade de iniciativa insculpida nos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira.” (STF, 2019e, p. 43)

suas conclusões, o Relator apresenta tese, na qual: 1. Anteriormente à edição da nova legislação, a prática da terceirização era válida no direito brasileiro, independentemente dos setores ou da natureza das atividades contratadas; 2. A Súmula nº 331 do TST é manifestamente inconstitucional por confrontar os princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual; 3. Após o advento da nova legislação (de 31/03 e 11/07/2017), aplicam-se as novas regras sobre o tema (nova redação conferida à Lei nº 6.019/1974), inclusive quanto às obrigações e formalidades exigidas das empresas tomadoras e prestadoras de serviço, somente resguardando por regulares as contratações de serviços por interposta pessoa, na forma determinada pelo negócio jurídico entre as partes, até o respectivo marco temporal.

Noutra linha de entendimento, o voto do Ministro Edson Fachin inaugura a divergência, em prol do posicionamento sumular do Tribunal Superior do Trabalho, vislumbrando “efetivo exercício interpretativo que toma como ponto de partida a base legislativa existente para o correto enquadramento da questão” (STF, 2019e, p. 127).

O Ministro salienta que o tema até a época do ajuizamento da demanda extraordinária não era regulamentado por lei específica, figurando a súmula como jurisprudência pacífica ou majoritariamente consolidada por um Colegiado a fim de conferir maior segurança jurídica no âmbito da jurisdição trabalhista.

No mesmo sentido, a Ministra Rosa Weber pontua que o entendimento sumula “nasceu de geração espontânea”, consubstanciando “o resultado de longo processo de consolidação da jurisprudência trabalhista” em adequação das normas de proteção ao trabalho e a realidade cotidiana (STF, 2019e, p. 133-134).

Diante do exposto, depreende-se a incoerência de mutação constitucional, embora o Tribunal tenha prosseguido à atualização do sistema jurídico quanto ao regime de terceirização, afastando a orientação proibitiva da súmula de Tribunal Superior Especializado e salvaguardando os contratos praticados anteriormente à incidência da nova legislação.

Portanto, a alteração de interpretação no caso é mais singela do que as alterações conjecturais que fomentam uma mutação. No entanto, não deixa de se destacar a aplicação da tese minimalista em construções jurisprudenciais de Tribunais alheios à Suprema Corte, com base no revestimento da legitimidade democrática.

4.3.2.1.13 *Atribuição de funções de representação judicial e de consultoria jurídica de órgão do Poder Executivo estadual a pessoas estranhas à Procuradoria-Geral do Estado*

Processo:	ADI 4133 / RO	ADI 5109 / ES
Relator:	Min. Luiz Fux	
Julgado em:	13/12/2018	
Acórdão publicado no DJe em:	05/02/2019	08/05/2019
Transitado em julgado em:	27/02/2019	-----
Dispositivo da Constituição de 1988:	Art. 132, <i>caput</i> .	
Decisão:	O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação e declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Complementar nº 464/2008, do Estado de Rondônia, nos termos do voto do Relator.	O Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação e julgou-a parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do Anexo Único da Lei Complementar 734/2013 e do Anexo IV da Lei Complementar 890/2018, ambas do Estado do Espírito Santo, nos termos do voto do Relator.
Votos vencidos:	-----	
Alusão à Mutaçao Constitucional:	Não. Mas consta a expressão “construção jurisprudencial” no voto do Relator Min. Luiz Fux.	
Ocorrência de Mutaçao Constitucional:	Não. Regular exercício do controle concentrado de constitucionalidade em face de violação de competência constitucional destinada às Procuradorias Gerais de Estado.	

No exercício de sua legitimidade ativa para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, a entidade postulante, Associação Nacional dos Procuradores de Estado – ANAPE, remete ao Supremo Tribunal Federal o exame de dispositivos da legislação complementar dos Estados de Rondônia (art. 2º da Lei Complementar 464/2008) e Espírito Santo (Anexo único da Lei Complementar 734/2013 e Anexo IV da Lei Complementar 890/2018), cuja previsão conferia, no primeiro caso, a função de assessoramento jurídico; e no segundo, de representação judicial e de consultoria jurídica de órgão do Poder Executivo estadual a pessoa alheia aos quadros da Procuradoria Geral do Estado.

Tratar-se-ia de violação do princípio da unicidade da organização das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal (Art. 132, *caput*, da CRFB/88), usurpando de competência exclusiva e intransferível de representação judicial e de consultoria jurídica das unidades federadas através de suas respectivas Procuradorias Gerais de Estado, organizadas em carreira.

Ao discorrer sobre questões preliminares de seu voto, o Ministro Relator utiliza da expressão “construção jurisprudencial”²⁸⁸ ao recorrer às balizas interpretativas firmadas pela Corte, diante de lacuna constitucional acerca da atuação das entidades de classe, de âmbito nacional, no processo objetivo de controle de constitucionalidade. O trecho é apresentado no inteiro teor de ambos os acórdãos, mas pouco contribui para a auferição de uma mutação constitucional, servindo tão somente para constatar da natureza criativa da interpretação do Supremo Tribunal Federal em casos de silêncio constitucional.

4.3.2.1.14 Alcance da imunidade tributária dos livros, jornais e periódicos

Processo:	RE 330.817/RJ (Tema 593 da Repercussão Geral)	RE 595.676/RJ (Tema 259 da Repercussão Geral)
Relator:	Min. Dias Toffoli	Min. Marco Aurélio
Julgado em:	08/03/2017	08/03/2017
Acórdão publicado no DJe em:	31/08/2017	18/12/2017
Transitado em julgado em:	13/03/2018	07/03/2018
Dispositivo da Constituição de 1988:	Art. 150, VI	
Decisão:	O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 593 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se ao livro eletrônico (e-book), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo”.	O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 259 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e negou-lhe provimento e fixou a seguinte tese: “A imunidade da alínea d do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal alcança componentes eletrônicos destinados, exclusivamente, a integrar unidade didática com fascículos”.
Votos vencidos:	-----	
Alusão à Mutação Constitucional:	Presente em citação colacionada no voto do Ministro Gilmar Mendes	Não, mas apresenta indexação pelo uso da expressão “interpretação evolutiva”
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Não, realizada tão somente interpretação ampliativa e de viés teleológico com o intuito de atualizar a norma constitucional e seu campo de incidência em face das inovações da era digital.	

No julgamento dos Recursos Extraordinário nº 330.817/RJ e C, a Suprema Corte brasileira tece nova interpretação acerca do alcance da imunidade tributária prevista

²⁸⁸ “Ante a ausência de disciplina constitucional, coube ao Supremo Tribunal Federal, através de construção jurisprudencial, estabelecer algumas balizas interpretativas a respeito de sua atuação no processo objetivo de controle de constitucionalidade.” (STF, 2019a, p. 13).

no art. 150, IV, da Constituição de 1988, relativa à proteção conferida a livros, jornais e periódicos, bem como do papel destinado à impressão estes veículos.

O substrato fático no RE nº 330.817/RJ diz respeito à abrangência da imunidade para livros eletrônicos ou digitais (*e-books*), com afetação sobre a projeção para os equipamentos utilizados para a leitura digital (*e-readers*) e o conteúdo auxiliar ao material textual, como *audiobooks*, gravações de áudio em CD-Rom e similares. E, no RE nº 595.676/RJ, delibera-se sobre o alcance da imunidade diante de componentes eletrônicos que integram a unidade didática do material impresso.

Interessa anotar que ambos os Relatores se manifestam em prol da interpretação sistêmico-teleológica, compreendendo que a finalidade da cláusula constitucional corresponde ao bem ou objeto cujo intuito seja veicular o pensamento, a informação, a cultura e o conhecimento.

Sendo assim, existe uma feição objetiva da imunidade tributária e os desafios enfrentados pela Corte residem no escopo de “aperfeiçoamento interpretativo” (STF, 2017d, p. 12), na busca pela melhor interpretação diante das transformações tecnológicas vividas na realidade globalizada, sem esvaziar o núcleo finalístico da cláusula constitucional.

Para o Ministro Relator Marco Aurélio, nos autos do RE nº 595.676/RJ, o avanço da tecnologia muda a sociedade e o comportamento humano, conferindo novos cenários sociais, educacionais e comerciais, o que não significa, na hipótese em análise, o abandono das mídias tradicionais impressas, mas a integração ou complementação de meios para difusão de ideias e profusão cultural (STF, 2017f).

Em estudo da jurisprudência da Corte, relata a paulatina evolução no sentido de ampliação do alcance da imunidade tributária sob análise em prol da promoção do sistema axiológico que a subjaz: a emancipação da cultura, da educação, das liberdades de manifestação, de expressão e de pensamento; o fomento e promoção da circulação de ideias; o direito de informar e de ser informado; e, por fim, a liberdade de imprensa (STF, 2017f).

Fala-se, portanto, em “interpretação evolutiva”, expressão compartilhada nos dois acórdãos (no RE nº 330.817/RJ, pelo Ministros Relator Dias Toffoli, Luis Roberto Barroso e Luiz Fux; e, no RE nº 595.676/RJ, pelo Ministro Relator Marco Aurélio), cuja pretensão maior é de compatibilizar o texto constitucional às novas dimensões da realidade, modernizando-o.

Sobre o reconhecimento da imunidade ao livro eletrônico, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a natureza do objeto não se modifica: é um livro, “independentemente de ter sido gravado em outro meio que não o papel” (STF, 2017d, p. 81). Nesse entender, exprime a seguinte conclusão: “cuida-se, em última análise, de atualizar o sentido do texto constitucional diante dos novos tempos, sem descurar da finalidade que lhe atravessa” (STF, 2017d, p. 81).

Enfim, atente-se também para a referência utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes que, logo após, sua síntese, cita o magistério de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (*apud* STF, 2017d, p. 81), para quem a inovação não se trata de mutação constitucional, mas “de atitude realista que acomoda a dicção constitucional nos exatos limites dos superiores valores que a Constituição substancializa”.

Quanto à extensão da imunidade para componentes auxiliares do material didático, o Ministro contribui mais uma vez ao consagrar a hipótese como ajuste do programa normativo à realidade, embora assente considerações sobre o risco de larga expansão da interpretação (STF, 2017f).

Nessa seara, relevante frisar o posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso, cujo critério para que o fragmento ou componente seja considerado viável à imunidade está no fato de que a peça não tem autonomia fora de sua função didática (STF, 2017f).

Embora não configure mutação constitucional nos termos da Corte, o estudo dos julgados revelou dados importantes sobre a sua relação e conseqüente distinção para com a interpretação evolutiva - atrelada à preocupação com a modernização da norma e proveniente da lógica sistêmica-teleológica. Em ambas, é notória a necessidade de conformar juridicamente novas situações fáticas, mas o tratamento da mutação no Tribunal frequentemente percorre pela transição resolutive de questões controvertidas de forte ingerência política.

4.3.2.1.15 Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham

ADI 4066/DF	
Relator:	Min. Rosa Weber
Julgado em:	24/08/2017

Acórdão publicado no DJe em:	07/03/2018
Transitado em julgado em:	-----
Dispositivos da Constituição de 1988:	Art. 1º, III e IV; Art. 7º, XXII; Art. 196; e Art 225
Decisão:	O Tribunal, por maioria, conheceu da ação, reconhecendo a legitimidade ativa das autoras. No mérito, o Tribunal computou cinco votos (dos Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia) pela procedência da ação, e quatro votos (dos Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio) pela improcedência da ação, e, por não se ter atingido o quorum exigido pelo artigo 97 da Constituição, não se pronunciou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, em julgamento destituído de eficácia vinculante. Impedidos os Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli.
Votos vencidos:	Quanto à cognoscibilidade da ação, vencidos o Min. Alexandre de Moraes e o Min. Marco Aurélio
Alusão à Mutação Constitucional:	Presente em citação colacionada no voto do Ministro Celso de Mello
Ocorrência de Mutação Constitucional:	Não, porém é possível extrair preocupação com o risco de mutação inconstitucional, caso tolerada a omissão parcial do Legislativo, ao não tratar das medidas de proteção do trabalhador diante do trato da substância amianto crisotila.

No julgamento da ADI nº 4.066/DF, o Supremo Tribunal Federal enfrenta a constitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/95, que disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenha.

O parâmetro normativo utilizado é composto por um verdadeiro sistema de direitos fundamentais inscritos na Carta Magna brasileira: a dignidade humana (Art. 1º, III, da CRFB/88); o valor social do trabalho (Art. 1º, IV, da CRFB/88); o direito à saúde (Art. 196, da CRFB/88); e o direito ao meio ambiente (Art. 225, da CRFB/88). E, em atenção aos compromissos internacionais firmados pela República Federativa brasileira, também respaldada a previsão da Convenção nº 162 da OIT²⁸⁹ (aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 51/1989 e promulgada pelo Decreto nº 126/1991), sobre a utilização do asbesto/amianto com segurança, incluída recomendação de técnica legislativa pela substituição da substância, sempre que possível, e, a sua proibição, quando necessárias para proteger a saúde do trabalhador.

Nota-se que o Tribunal, na ausência de quórum de maioria absoluta para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo (Art. 97, da CRFB/88), proferiu decisão sem efeito vinculante. Os cinco votos em favor da procedência da ação seguiram na

²⁸⁹ Atualmente revogado através do Decreto nº 10.088/2019, que consolidou os atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil e em vigor.

esteira do voto da Ministra Relatora Rosa Weber; enquanto a divergência foi expressa pelo voto do Ministro Alexandre de Moraes, acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio (votação 5x4, impedidos os Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli).

Nos termos do trabalho, interessa a análise da argumentação levantada e o uso conferido às expressões “mutação constitucional” e “interpretação evolutiva”.

Nesse intuito, verifica-se no corpo do voto do Ministro Celso de Mello, afeto à procedência da ação, citação de lição de Anna Cândida da Cunha Ferraz acerca das mutações constitucionais decorrentes a inércia ou omissão inconstitucional (STF, 2018a, p. 230). Reproduzindo o trecho da obra referenciada, tem-se que:

*A inércia caracteriza-se pela não aplicação **intencional, provisória** mas **prolongada**, das disposições constitucionais pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução.*

*Configura inegável processo de mudança constitucional; embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como **inconstitucional**.*

Afeta, também, o sentido pa Constituição.

*Destinada esta à aplicação efetiva, qualquer obstáculo que se lhe anteponha desvirtua sua finalidade, resultando numa **inconstitucionalidade**, ainda que insindicável e temporária. Por outro lado, indiretamente, a inércia dá causa à ocorrência de outros processos de mutação constitucional. O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e a sua efetiva aplicação, sofre, inexoravelmente, a influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada flilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando se efetivar, dê à Constituição sentido e significado diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma fundamental.*

Como modalidade de mutação constitucional a inércia é processo pernicioso, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados.

De um lado porque, ao contrário dos demais processos de mutação constitucional, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. Na maioria das vezes serve como instrumento exatamente para evitar tal adaptação.

De outro lado, porque a inércia arrasta consigo a descrença na Constituição. (FERRAZ, 2015, p. 230-232) (Grifo do autor).

O Ministro Celso de Mello segue a atacar a omissão do Poder Público, seja “pela voluntária inação ou por ação insuficiente” (STF, 2018a, p. 231), cujas conseqüências além de gerar desprestígio da Carta Maior, afetem a sua normatividade e autoridade suprema. E, para corroborar seu argumento, o Ministro cita, logo após, o fenômeno de “erosão da consciência constitucional” descrito por Karl Loewenstein, que se trata de “um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita” (STF, 2018a, p. 232).

Ao fim de sua exposição, registra, ainda, que: “nem se diga que o Supremo Tribunal Federal, ao colmatar uma evidente (e lesiva) omissão inconstitucional do aparelho de Estado, estar-se-ia transformando em anômalo legislador.” (STF, 2018a, p. 233). Portanto, expõe o caso concreto como situação de ofensa à Constituição mediante proteção insuficiente conferida ao trabalhador, na medida em que a legislação existente silenciou sobre medidas e garantias em defesa da saúde diante da exposição às fibras de amianto.

Ante as considerações feitas pelo Ministro Celso de Mello e o arcabouço teórico por ele alavancado, é possível depreender que a inércia ou omissão parcial do Legislativo diante do risco e dos efeitos irreversíveis causados pela substância cancerígena à população trabalhadora nos setores de sua exploração, industrialização, utilização, comercialização e transporte, operaria verdadeira mutação inconstitucional, conferindo exceção ao sistema constitucional de proteção do trabalhador e ao meio ambiente. Desta feita, o remédio para a situação violadora da normatividade Constitucional estaria no reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, e consolidação de tese do Tribunal no exercício de supressão de lacunas normativas.

Por sua vez, a expressão “interpretação evolutiva” encontra-se no interior do voto do Ministro Edson Fachin (STF, 2018a, p. 114) ao demonstrar o princípio norteador da interpretação de tratados internacionais, em geral, considerando que República Federativa do Brasil é signatária de diversas convenções sobre o direito de saúde. Todavia, observa-se que o argumento é pouco desenvolvido, mas pretende complementar a sua afirmação de que “o conteúdo do direito à saúde extrapola os limites de uma interpretação literal” (STF, 2018a, p. 113). Advertidamente, o Ministro discorda da manifestação das requerentes, para as quais seria possível subsumir da interpretação literal dos dispositivos constitucionais “o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da proibição de determinada substância” (STF, 2018a, p. 113).

Inaugurando a dissidência, o Ministro Alexandre de Moraes posiciona-se em resguardo da opção do legislador, cuja atuação ao editar a norma não teria ignorado estudos técnico-científicos, mas avaliado as questões que deles decorrem, assumindo a excepcionalidade quanto à espécie de amianto crisotila, uma vez que teria reconhecido a nocividade da substância através de uma série de restrições de uso. Para o Ministro dissidente, o legislador optou, dentre as alternativas constitucionalmente possíveis, pela mais razoável:

Poderia tanto ter vedado totalmente quanto adotado uma disciplina mais elástica, mas optou por uma norma protetiva, que embora não impeça determinada utilização, exige a necessária adequação, tanto no cenário interno como no internacional, às normas de segurança mais modernas. (STF, 2018a, p. 100)

À guisa de conclusão, o Ministro nega a existência de inconstitucionalidade por omissão ou por proteção insuficiente e expressa sua objeção por contornar a opção legislativa mediante interpretação que represente melhor proteção em face dos efeitos nocivos da substância, pois configuraria em substituição do legislativo e consequente usurpação pelo Tribunal de competência legislativa privativa do Congresso Nacional. Explica, então, da seguinte forma:

Nós poderíamos nos indagar: **não teria sido melhor proibir de forma absoluta? Mas aí me parece que estaríamos – e esse ponto acho importantíssimo – substituindo uma legítima opção do legislador**, porque, com base no artigo 22, o Congresso Nacional editou a norma, excepcionou uma única possibilidade e protegeu de forma suficiente, trazendo, inclusive, as convenções internacionais. Há quem entenda - seja na comunidade jurídica, seja na científica - que o ideal seria a proibição absoluta, mas me parece que aí há um juízo subjetivo. Nós não estaríamos, enquanto Poder Judiciário, enquanto SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, colmatando uma omissão total ou parcial. Não estaríamos colmatando uma lacuna do legislador que, por sua omissão, por sua inércia, estaria impedindo o exercício ou o gozo de um direito fundamental. Obviamente, aqui, no caso, parece-me que, ao substituir a vontade do legislador, que tomou como parâmetros a proteção à saúde, a proteção ao trabalho e as convenções internacionais, **nós estaríamos, de forma subjetiva, substituindo uma legítima opção do legislador, ao editar a lei.** (STF, 2018a, p. 102) (Grifo nosso)

4.3.3 A interpretação dos dados e composição da síntese

A coleta de dados e a análise das decisões realizadas no curso da presente pesquisa conduziram ao mapeamento da mutação constitucional nos julgados de 2016 a 2018 do Supremo Tribunal Federal, compreendendo o uso da expressão “mutação constitucional” e outros termos associados à espécie.

Dos 23 (vinte e três) acórdãos analisados, verifica-se maior intensidade de menções nos instrumentos de Recurso Extraordinário (8 acórdãos); de Ação Direta de Inconstitucionalidade (8 acórdãos); e de *Habeas Corpus* (3 acórdãos); agrupados os instrumentos restantes na categoria outros (4 acórdãos). Já a distribuição por matéria do Direito, identifica uma preponderância de referências à mutação em matéria de direito penal e processual penal (8 acórdãos). Em sequência, verificam-se menções do instituto

em questões afetas à Administração Pública e ao desenho institucional constitucional (4 acórdãos); aos direitos sociais e às garantias trabalhistas (4 acórdãos); em matéria tributária e de direito processual civil (3 acórdãos, cada); e às liberdades fundamentais (1 acórdão).

Diante desses resultados, há uma aparente equiparidade entre as menções à mutação constitucional em processos de controle de constitucionalidade difuso e abstrato. Tendo em vista o teor da alteração promovida no seio da Reclamação n. 4.335-5/AC e as falas extraídas das discussões entre os Ministros da Suprema Corte, pode-se conjecturar a consolidação do fenômeno de abstrativização do controle difuso promovido pelo Tribunal em sede de Recurso Extraordinário.

Noutra perspectiva, Carlos Victor Nascimento dos Santos (2015) vislumbra a incidência de referências à mutação nos processos de controle difuso como uma consequência própria da natureza do instituto. Assim, o pesquisador expressa suas colocações nos termos a seguir:

[...] é possível perceber que o uso da expressão investigada está preponderantemente associado ao controle difuso de constitucionalidade, hipótese que pode se justificar na própria ideia que ela traduz: partindo do pressuposto que a mutação constitucional denota a observância a um ou mais fatos capazes de modificar o sentido do texto normativo, e o controle difuso de constitucionalidade é caracterizado pela discussão incidental acerca da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo no bojo do processo, *i.e.*, torna-se compreensível que o uso da expressão esteja associado ao controle difuso pela característica própria a esta espécie de controle: discussão preponderantemente de fatos. (SANTOS, 2015, p. 52).

Cabe ressaltar que, através da análise pormenorizada das referências feitas nos julgados, foram constatadas poucas hipóteses de real incidência do fenômeno, algumas das quais cabem questionamento diante da argumentação tecida pelo Tribunal e da ausência de análises empíricas que atestem as alegadas alterações do substrato fático como justificativa cabal para a alteração interpretativa sob a roupagem de mutação constitucional. Em suma, a menção à tese da mutação constitucional nas decisões estudadas é, majoritariamente, de cunho retórico.

Além disso, outra observação reside no uso da expressão “mutação constitucional em sentido técnico” pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que tem assumido recentemente uma espécie de liderança na apresentação da tese de mutação em casos que o Supremo desafia entendimentos preexistentes. Em seção anterior do presente trabalho, conhecemos os traços básicos e as eventuais problemáticas da compreensão teórica do

Ministro. Ocorre que no desenrolar de sua atividade na Suprema Corte brasileira, o Ministro expandiu o seu entendimento sobre os fundamentos da mutação constitucional, que passaram a compor uma tríade: em virtude de mudança fática; em decorrência da alteração na percepção do Direito; e, por fim, a mais controversa, em virtude das consequências negativas do posicionamento firmado anteriormente.

A mutação constitucional em sentido técnico configura senão uma “abrasileiração” do instituto, o que possibilita ao intérprete “confundir” as oscilações inerentes à evolução jurisprudencial com a necessidade de reconhecer uma alteração informal dos sentidos inscritos na Constituição. Algo a ser rejeitado tanto em tempos de estabilidade, quanto mais em momentos de acirrada dissonância e choque entre as instituições democráticas.

Com base nas sustentações de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2013) e de Virgílio Afonso da Silva (2002; 2005) sobre o comportamento do Supremo Tribunal Federal em termos discursivos e o seu desapego metodológico com os institutos importados de ordenamentos jurídicos estrangeiros, é factível concluir que a tese da mutação constitucional teve seus contornos reduzidos e seu uso fragmentado enquanto recurso discursivo da Corte. Num jogo de palavras, a tese da mutação constitucional sofre ela mesma uma mutação imprópria, tendo em vista a importação irreflexiva de elementos isolados.

Todas as colocações feitas acima convergem para o questionamento sobre a viabilidade democrática das mutações constitucionais dentro do cenário jurídico-político brasileiro.

Na proposta de Flávio Quinaud Pedron (2012), a tese da mutação constitucional já demonstrou ser insustentável em contextos democráticos e deve ceder espaço à leitura construtiva da Constituição, com base na integridade e na coerência definidas pela Teoria do Direito de Ronald Dworkin. Nessa direção, o uso dos princípios constitucionais plásticos ou elásticos exige um esforço argumentativo sério e comprometido com a história institucional pátria.

Em contrapartida, todo o arcabouço teórico-conceitual aqui apresentado indica que as mutações constitucionais ocorrem de forma espontânea, quer queiramos ou não, e operam também por outras formas além da interpretação judicial. Para os teóricos mais otimistas e aos entusiastas da abertura hermenêutica da sociedade, a própria sociedade civil, a doutrina jurídica e a mídia desempenham forte influência sobre os processos informais de alteração de sentido das normas constitucionais.

Pelo exposto, entendemos que a **teoria** da mutação constitucional tem um papel significativo para o conceito de normatividade constitucional e as contribuições dos expoentes mais democráticos assumem uma nova relevância perante as aceleradas transformações da realidade globalizada e hiperconectada em que vivemos. Contudo, a **tese** da mutação constitucional como recurso discursivo do Supremo Tribunal Federal requer uma avaliação cautelosa.

O hiato existente entre a configuração da mutação constitucional no sistema alemão e a sua incorporação no direito brasileiro vai além do intervalo de um século que separam os estudos iniciais em cada país.

Na Alemanha, percebe-se uma continuidade quanto ao tema, partindo do seu reconhecimento (e estranhamento) à descrição de suas características (e eventual aceitação), ao estudo de seus limites e da possível democratização do instituto. Esses esforços coincidem com a própria evolução histórica do país que sofreu com diversos momentos de transição e rupturas constitucionais, todas marcadas por diversas formas de mutações e algumas de inequívoca inconstitucionalidade.

No Brasil, houve uma assimilação do instituto quase simultaneamente à inauguração da ordem constitucional de 1988 e, assim como as reformas constitucionais excessivas tem despertado certa preocupação quanto à força normativa do Texto Magno - que há pouco completou três décadas -, o mesmo ocorre com o potencial mau uso dos processos informais de alteração da Constituição. Soma-se ao protagonismo político-jurisdicional assumido pelo STF no desenho institucional pós-88 e os riscos são elevados.

Contudo, recorreremos às lições de Hermann Heller (2000) e Karl Loewenstein (1979) para frisar que as autênticas mutações constitucionais são inevitáveis e irrefreáveis, simplesmente porque é impossível acompanhar o ritmo de todas as transformações da realidade. E, no mesmo sentido, é impossível querer estimar todos os desdobramentos de uma nova interpretação da norma constitucional.

Em verdade, uma possível solução à problemática da postura assumida pelo Supremo Tribunal Federal em termos de interpretação constitucional demanda mais um conjunto de aprimoramentos e de aperfeiçoamentos das instituições e normas já existentes no ordenamento brasileiro do que a importação e “adaptação” de elementos estrangeiros à nossa vivência.

Ao analisarmos a amálgama de técnicas e institutos enunciados por cada Ministro na resolução de questões constitucionais controversas evidencia que no Supremo

“em sua engenharia atual não há deliberação, não há preocupação com o consenso, clareza ou concessões mútuas entre os ministros” (CASTRO; RAMOS, P. 2014, p. 14).

Por consequência, deve-se primar pelo amadurecimento das nossas instituições componentes do sistema de justiça e dos seus respectivos mecanismos de controle (FERRAZ, 2015); pela ampliação da abertura democrática nas arenas discursivas, motivo pelo qual a abstrativização do controle difuso do Supremo Tribunal Federal deve ser revista e combatida; e pela desenvoltura de uma cultura constitucional argumentativa consciente dos defeitos e carências particulares da ordem sociopolítica e jurídica brasileira.

5 CONCLUSÃO

O objeto precípua da presente investigação e da discussão nela suscitada reside no interior dos aparentes dilemas que circundam a relação entre a sociedade e o tempo, mais precisamente sobre os fenômenos capazes de alterar as normas superiores que regem nossa vivência sem a observância de qualquer rito formal. São fenômenos que respondem ao vínculo existente entre a normatividade e as transformações da realidade, com a pretensão de dar continuidade à ordem normativa e, ainda assim, preservar traços de sua identidade.

Com o intuito de compreender a complexidade das mutações constitucionais e a sua natureza informal, o trabalho foi sistematizado em três partes - cada qual dotada de dilemas e inquietações próprias.

Na composição da base teórica-conceitual, o segundo capítulo abordou todos os conceitos que seriam essenciais para a desenvoltura da pesquisa, partindo do exame de obras clássicas até alcançar as questões mais atuais. Das discussões sobre o poder constituinte às preocupações com o novo ciclo de democracias em crise, foi possível vislumbrar como a evolução da teoria da Constituição e da hermenêutica jurídica esteve sempre pautada na resolução de problemas que assolam a nossa vivência político-jurídica.

No capítulo seguinte, foram expostos os componentes teóricos mais expressivos da teoria da mutação constitucional alemã, percorrendo os períodos históricos mais marcantes para o constitucionalismo do país. Partindo da unificação dos territórios germânicos no II *Reich*, contexto em que Paul Laband constatou o hiato existente entre a prática constitucional e o texto de suas normas; passamos pela transição do positivismo para a escola sociológica do Direito, destacando as contribuições de Georg Jellinek para a definição das mutações enquanto processos espontâneos e não intencionados. Em sequência, tratamos da implantação da República de Weimar, com ênfase nas inovações de Hermann Heller e Rudolph Smend; e do período de transição de Weimar para o III *Reich*, de onde extraímos a sistematização de Hsü Dau-Lin e as ressalvas de Karl Loewenstein sobre os seus riscos. Enfim, delineamos o ápice da redemocratização alemã, sob a égide da Lei Fundamental de Bonn, período de fértil produção acadêmica que consagrou os estudos de Friedrich Müller, Konrad Hesse e Peter Häberle. Em cada uma dessas etapas, a teoria da mutação constitucional ganharia uma peça adicional com novas descobertas sobre as particularidades do fenômeno.

Essa longa trajetória pelo Direito alemão contribuiu para a compreensão das várias lentes que perfilam a mutação constitucional. De um problema jurídico à sua integração no conceito de Constituição, nota-se que as mutações constitucionais são inevitáveis e seguem o transcurso natural do tempo sobre as instituições e relações intersubjetivas numa sociedade politicamente organizada. Por isso mesmo, a mutação constitucional pode ser vista sob uma ótica positiva, que confere dinamismo à leitura das normas constitucionais, aproximando-a da práxis corrente e permitindo a renovação das disposições constitucionais sem que percam sua essência e identidade. O que também não exige a necessidade de filtros democráticos que atestem a sua constitucionalidade.

Portanto, no quarto capítulo, a pesquisa voltou-se para a experiência constitucional brasileira no ensejo de identificar, compreender e analisar as fases do processo de importação das mutações constitucionais em nossas instituições. E, para isso, é importante definir o contexto subjacente à sua incorporação como recurso do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, coube investigar o robusto rol de competências assumido pela Suprema Corte brasileira no regime constitucional de 1988, cuja soma das atribuições de intérprete maior da Constituição, de tribunal de última instância e vértice do Poder Judiciário levou às críticas sobre um desenho institucional supremocrático em virtude de um texto constitucional ambicioso; à ponderações sobre a natureza da Corte e se caberia tratá-la como Tribunal Constitucional; e às questões advindas de sua expressiva atuação ativista nas últimas décadas.

Nesse mesmo esforço, foi reconstituída uma linha temporal aproximada sobre a evolução da teoria da mutação constitucional em solo pátrio e os desdobramentos iniciais do Supremo no uso do instituto, no que coube tratar da alteração promovida no julgamento da Reclamação n. 4.335-5/AC.

Alia-se, por fim, uma análise empírica sobre os acórdãos do Tribunal com menções expressas sobre mutações constitucionais (e expressões análogas), no intervalo de 2016 a 2018. Neste ponto, a pesquisa revelou fortes indicativos de que a postura discursiva da Corte tem sido incoerente com os parâmetros exigidos pela ordem constitucional de 1988 ao fazer uso retórico da tese de mutação constitucional ou da pretensão de “abrasileiração” do instituto com a criação da figura de “mutação constitucional em sentido técnico”.

Como consequência principal a mutação constitucional em *terrae brasilis* tem seu núcleo teleológico esvaziado e somente a sua forma ou roupagem seria utilizada sob

a pretensão de legitimar os voluntarismos judiciais dos Ministros do Supremo – estes que, conforme a oportunidade, oscilam entre o “respeito” aos limites do instituto e a sua subversão. A teoria da mutação constitucional transforma-se, pois, em mera tese ou recurso retórico quando uma virada jurisprudencial for mais conveniente às forças políticas que movimentam a realidade constitucional.

Embora, a tortuosa experiência alemã não tenha engajado respostas mais cautelosas no Brasil, o que reflete na importação precária do instituto, é possível reverter essa etapa e (re)construir o debate sobre as mutações de forma que se encaixe no constitucionalismo brasileiro sem comprometer requisitos democráticos. Para isto, é necessário revisitar as teorias clássicas, com ênfase às lições de Konrad Hesse, Friedrich Müller e de Peter Häberle, para precisar os contornos palatáveis da mutação constitucional. Claramente, a “mutação em sentido técnico” dissoa deste núcleo, substituindo “dinamismo” por “oportunismo” e “democracia” por “populismo” – o que revela, ainda mais, a sua origem dentro de uma concepção ativista sobre o papel de intérprete maior atribuído ao Supremo.

Vale frisar que, nos casos analisados, a engenharia atual da Corte se demonstrou falha em quesitos de uma argumentação constitucional coerente. Para longe de críticas isoladas sobre um posicionamento ou outro exposto por qualquer um dos Ministros, a crítica presente na pesquisa compreende a deficiência de debates comprometidos com a clareza das ideias representadas e com a construção coletiva da decisão. Afinal, não é raro confrontar uma amálgama de enunciações de teses que concordam tão somente nos resultados práticos, o que prejudica a compreensão do caminho hermenêutico percorrido para conceber a decisão.

O perigo reside, e tem se acentuado, com a ampliação do efeito vinculante de decisões concretas da Corte, isto é, com a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Principalmente em termos democráticos, visto que limita a participação e a diversidade de agentes interpretativos em discussões de grande relevância para o país – cuja afetação envolve um número infinitamente superior ao de participantes efetivos no debate. Aqui, as lições de Jürgen Habermas, Klaus Günther e Ronald Dworkin norteiam alternativas viáveis para uma nova postura argumentativa.

Os processos informais de modificação constitucional denotam um caráter espontâneo e, via de regra, gradual, ao acompanhar as inúmeras transformações no seio da sociedade e em suas respectivas esferas constituintes – a política, a econômica, a cultura e o direito, etc. -. O papel do intérprete ao reconhecer uma mutação constitucional

é indicar os novos sentidos extraídos da norma constitucional em um processo complexo de interpretação. Apesar da impossibilidade de definir com precisão e objetividade o fenômeno interpretativo, ainda é possível determinar respostas razoáveis quando constatadas com o núcleo identitário da norma maior – a Constituição. Sendo assim, as mutações constitucionais não podem ignorar o seu próprio ponto de partida – o texto e o espírito da Constituição. A tarefa do intérprete não é um ato isolado, é um processo contínuo que se renova a partir de um contexto e de uma história institucional.

Conjugando todas essas nuances dos processos informais de alteração da Constituição e as preocupações com seu potencial risco para as ordens democráticas, as conclusões da pesquisa sedimentam três pontos conclusivos: 1) Há uma forte necessidade de amadurecimento do sentimento constitucional nas instituições jurídicas e na comunidade política brasileira, conferindo maior solidez à nossa reconquistada democracia e maior proeminência às propostas jurídico-políticas personalizadas para a conjectura sistêmica do Brasil; 2) Para tanto, é mister investir na ampliação da abertura democrática das arenas discursivas e rever a postura discursiva do Supremo Tribunal Federal, sobremaneira no que tange à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade; e 3) A desenvoltura de uma cultura constitucional argumentativa é imprescindível e demanda um compromisso com a coerência no uso das fórmulas abertas dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *The living constitution*. In: Harvard Law Review, Cambridge, vol. 120, n. 7, p. 1738-1812, maio 2007.

ALEMANHA. [Constituição (1919)]. **Constituição do Império Alemão de 1919** (Constituição de Weimar). 2002. Disponível em: << <http://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm>>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. [Lei (1933)]. **Lei de Concessão de Plenos Poderes de 1933** (Lei habilitante). 1933. Disponível em: << <http://www.worldfuturefund.org/Reports/Eact/enablingact.html> >>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. [Lei Fundamental (1949)]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha** (Lei Fundamental de Bonn). 2011. Disponível em: << <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> >>. Acesso em: 20 nov. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda H. S. Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARENAS, Gustavo Galvis; DELGADO, Mauricio Rodríguez. **Fraude constitucional**. In: *Revistas Temas Socio-Jurídicos*, Universidad Autónoma de Bucaramanga (Colômbia), Bucaramanga, n. 57, p. 136-152, 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O *impeachment* e o Supremo. In: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). **O impeachment e o Supremo Tribunal Federal**: história e teoria constitucional brasileira. 2. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, p. 33-42, 2017.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto. São Paulo: Edições 70, 2016.

BARNETT, Randy E. *Constitutional legitimacy*. In: Columbia Law Review, Nova Iorque, vol. 103, n. 1, p. 111-148, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. rev. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil: Constituição atualizada até a Emenda Constitucional nº 105/2019**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados [2020]. Disponível em: << https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html >>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. [Decreto-lei nº 3.689 (1941)]. **Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Encontros e desencontros da adoção no Brasil: uma análise do Cadastro Nacional de Adoção do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: CNJ, 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Supremo em ação 2017: ano-base 2016**. Brasília: CNJ, 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Supremo em ação 2018: ano-base 2017**. Brasília: CNJ, 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Estatística**. Disponível em: << <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica> >>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: << <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaProcesso.asp?s1=%28MUTAC>

AO+ADJ+CONSTITUCIONAL%29&pagina=1&base=baseAcordaos >>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2019.

BREUER, Von Stefan. *Nationalstaat und pouvoir constituant bei Sieyes und Carl Schmitt*. In: Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, vol. 70, n. 4, p. 495-517, 1984.

BRYCE, James. *Constitutions*. Nova Iorque: Oxford University Press (American Branch), Manhattan Press, 1905.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Da reforma à mutação constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996a.

_____. **Teoria da interpretação constitucional**. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 205, p. 23-64, jul./set. 1996b.

BURDEAU, Georges. *Traité de Science politique. Tome V: les régimes politiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985.

CALDWELL, Peter C. **Popular sovereignty and the crisis of german constitutional law: the theory and practice of weimar constitutionalism**. Durham; Londres: Duke University Press, 1997.

CALDWELL, Peter C.; HANSHEW, Harrin. *Germany since 1945: politics, culture, and society*. Londres; Nova Iorque; Oxford; Nova Délhi; Sydney: Bloomsbury Academic, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo de democracia**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 349-409.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

_____. **Casos difíciles e interpretación constitucional**. In: Revista de derecho constitucional europeo, Granada, a. 16, n. 31, jan./jun. 2019.

CASTRO, Bruno Denis Vale; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Entre o ativismo e (in)operância legislativa: deliberação e legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade em um contexto de novos arranjos institucionais e de revisão da Teoria da Separação dos Poderes**. In: Cadernos de Pesquisa, São Luís, v. 21, n. especial, p. 1-14, jul. 2014.

CHAI, Cássius Guimarães. **Jurisprudência constitucional concreta em uma democracia de riscos**. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu A. **História moderna e contemporânea**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Scipione, 1994.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú; Christian Förster. Oñati: IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública (Herri-Arduralaritzaren Euskal. Erakundea), 1998.

DEMO, Pedro. **Cuidado metodológico**: signo crucial da qualidade. In: Revista Sociedade e Estado, Brasília, vol. 17, n. 2, p. 349-373, jul./dez. 2002.

_____. **Metodologia científica em ciências sociais**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Justice in robes*. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *The arduous virtue of fidelity: originalism, Scalia, Tribe and Nerve*. In: Fordham Law Review, Nova Iorque, v. 65, p. 1249-1268, 1997.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **A revisão constitucional no Brasil**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 29, n. 114, p. 5-20, abr./jun. 1992.

_____. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: EDIFEIO, 2015.

FIGUEIREDO, Fran Costa. **Introdução à teoria da interpretação constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 22, n. 87, p. 175-200, jul./set. 1985.

FILA de adoção tem 6,5 mil crianças adolescentes no Brasil. **Globo News**, 2016. Disponível em: < <http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2016/05/fila-de-adocao-tem-mais-de-65-mil-criancas-e-adolescentes-no-brasil.html> >. Acesso em: 10 fev. 2020.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARCÍA, Pedro de Vega. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. John Farrell. Nova Iorque: State University of New York Press, 1993.

_____. **Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica**. Trad. Leonel Cesarino Pessoa. In: Cadernos de Filosofia Alemã, São Paulo, n. 6, p. 85-102, 2000.

HÄBERLE, Peter. **A força de integração da Constituição**. Trad. Ludmyla Franca. In: Revista Argumentum (*Argumentum Journal of Law*), Marília, vol. 18, n. 2, p. 533-544, maio/ago. 2017.

_____. **El estado constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. Lima: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

_____. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b.

_____. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1983.

_____. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes de Motta. São Paulo: Mestre Jou, 2000.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito** (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política). 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOBBSAWM, Eric J. **A era do capital (1848-1875)**. 3. ed. Trad. Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

HUBER, Ernst Rudolf. *Constitution*. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (org.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, p. 328-330, 2000.

HORTA, Raul Machado. **Permanência e mudança na Constituição**. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 188, p. 14-35, abr./jun. 1992.

JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. *Introduction: constitutional crisis*. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (org.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, p. 1-39, 2000.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. *Teoría general del estado*. 1. ed. México, D.F.: Fondo de cultura económica, 2000.

JUST, Gustavo. **A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional”**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 42, n. 165, pp. 25-32, jan./mar. 2005.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

KELSEN, Hans; SCHMITT, Carl. *The guardian of the constitution*. Trad. Lars Vinx. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

KOZIK, Karel. **Dialética do concreto**. Trad. Célia Neves e Alderico Toríbio, 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

LABAND, Paul. *Die wunlungen der deutschen Reichsverfassung: vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 16. März 1895*. Dresden: Zahn & Jaensch, 1895.

_____. *Le droit public de l'Empire allemand. Tomo I. (Formation de l'Empire allemand; l'Empire et les États particuliers; l'Empereur; le Bundesrath; le Reichstag)*. Trad. C. Gandilhon. Paris: V. Giard & E. Brière, 1900.

_____. *Le droit public de l'Empire allemand. Tome II. (Autorités Et Fonctionnaires de l'Empire; La Législation de l'Empire; Les Traités Internationaux; L'Administration; La Situation de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire; Les Protectorats Allemands)*. Trad. G. Gandilhon. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Dictatorship and the german constitution*: 1933-1937. In: The University of Chicago Law Review, Chicago, vol. 4, n. 4, p. 537-574, jun. 1937.

_____. *Teoria de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1975.

LOSURDO, Federico. **O guardião da Constituição e a crise institucional brasileira**. In: CARVALHO, Márcia Haydée Porto de (Org.). **Pluralismo, democracia e direitos fundamentais**. São Luís: EDUFMA, 2016.

LUTZ, Donald S. *Toward a theory of constitutional amendment*. In: The American Political Science Review, Cambridge, vol. 88, n. 2, p. 355-370, jun. 1994.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. Trad. Florestan Fernandes. 2. ed. São Paulo: Expressão popular, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO comentários à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 175-255.

_____. **O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 45, n. 179, p. 257-276, jul/set. 2008.

MINAYO, Maria Cecília de Sousa (org.) **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 28. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Linha do tempo** (Caso Lava Jato). 2020. Disponível em: << <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/linha-do-tempo> >>. Acesso em: 10 jan. 2020.

MORAIS, Carlos Blanco de. **As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos**: autópsia de um Acórdão controverso. In: Jurismat Revista Jurídica, Portimão, n. 03, p. 55-90, 2013.

MORE, Thomas. **A utopia**. Trad. Alda Porto. São Paulo: Martin Claret, 2018.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. **Quem é o povo?** Trad. Peter Naumann. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Tesis acerca de la estructura de la norma jurídica*. In: Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, a. 11, n. 15, p. 364-379, jan./dez. 2011.

_____. **Teoria Estruturante do Direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAIXÃO, Cristiano; NETTO, Menelick de Carvalho. **Entre permanência e mudança**: reflexões sobre o conceito de Constituição. In: Constituição, Jurisdição e Processo – estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. 1.ed. Sapucaia do Sul-RS, Notadez, vol. 1, p. 97- 109, 2007

PAULON, Andréa; NASCIMENTO, Jarbas Vargas do; LARUCCIA, Mauro Maia. **Análise do discurso**: fundamentos teórico-metodológicos. In: Revista Diálogos Interdisciplinares, vol. 3, n. 1, p. 25-45, 2014.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PEDRON, Flávio Quinaud. **A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther**: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, n. 48, p. 108-201, 2008.

_____. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

PEGORARO, Lucio. **A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 42, n. 165, p. 59-76, jan./mar. 2005.

RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional: constituição e identidade constitucional evolutiva**. Curitiba: Juruá, 2013.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **A filosofia o controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 36, n. 143, p. 313-320, jul./set. 1999.

_____. **O conceito de constituição em Ferdinand Lassalle**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 34, n. 135, pp. 185-190, jul./set., 1997.

ROSENGARTEN, J. G. *The french judicial system*. In: University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, vol. 57, n. 5, p. 279-299, fev. 1909.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: _____ (Coord.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 45-102.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. **STF e mutação constitucional: a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. **Reconstruindo o conceito de mutação constitucional.** In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, vol. 7, n. 1, p. 80-91, jan./abr. 2015.

SCARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. **Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

SCHMITT, Carl. **Legality and legitimacy.** Trad. Jeffrey Seitzer. Durham; Londres: Duke University Press, 2004.

_____. **Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty.** Trad. George Schwab. Chicago: University of Chicago Press, 2005

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: o que é o terceiro estado?** Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

_____. **Political Writings.** Indianápolis; Cambridge: Hackett Publishing Company, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **La interpretación conforme a la constitución: entre la trivialidade y la centralización judicial.** In; Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n. 12, p. 3-28, jan./jun. 2005.

_____. **O proporcional e o razoável.** In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional.** Trad. José de M. ^a Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SONENSCHER, Michael. **Introduction.** In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Political Writings.* Indianápolis; Cambridge: Hackett Publishing Company, p. vii-lxiv, 2003.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 1851/AL. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJe: 13/12/2002. **Jurisprudência do STF**, 2002. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266781>>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

_____. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 2675/PE. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe: 30/06/2017. **Jurisprudência do STF**, 2017a. Disponível em: << <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13120658>>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 4066/DF. Relator: Ministra Rosa Weber. DJe: 07/03/2018. **Jurisprudência do STF**, 2018a. Disponível em: << <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 4133/RO. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe: 05/02/2019. **Jurisprudência do STF**, 2019a. Disponível em: << <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749076071>>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

_____. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 4.362/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJe: 06/02/2018. **Jurisprudência do STF**, 2018b. Disponível em: << <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14302679>>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

_____. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 4439/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJe: 21/06/2018. **Jurisprudência do STF**, 2018c. Disponível em: << <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

_____. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 4.764/AC. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJe: 15/08/2017. **Jurisprudência do STF**, 2017b. Disponível em: << <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13350803>>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

_____. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 5109/ES. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe: 08/05/2019. **Jurisprudência do STF**, 2019b. Disponível em: <<

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749756742>>>.

Acesso em: 12 jun. 2020.

_____. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 5540/MG. Relator: Ministro Edson Fachin. DJe: 28/03/2019. **Jurisprudência do STF**, 2019c. Disponível em: <<

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749465956>>>.

Acesso em: 12 jun. 2020.

_____. AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA: AR 2341 AgR/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe: 30/05/2018. **Jurisprudência do STF**, 2018d. Disponível em: <<

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14908409> >>.

Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA: AR 2421 AgR/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJe: 06/03/2019. **Jurisprudência do STF**, 2019d. Disponível em: <<

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749286156> >>.

Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE REGIMENTO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 1004516 ED-AgR-ED-EDv-AgR/AM. Relator: Dias Toffoli. DJe: 02/08/2018. **Jurisprudência do STF**, 2018e. Disponível em: <<

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747841961> >>.

Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. *HABEAS CORPUS*: HC 126292/SP. Relator: Teori Zavascki. DJe: 17/05/2016. **Jurisprudência do STF**, 2016a. Disponível em: <<

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >>.

Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. *HABEAS CORPUS*: HC 127900/AM. Relator: Dias Toffoli. DJe: 03/08/2016. **Jurisprudência do STF**, 2016b. Disponível em: <<

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11451173> >>.

Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. *HABEAS CORPUS*: HC 152752/PR. Relator: Edson Fachin. DJe: 27/06/2018. **Jurisprudência do STF**, 2018f. Disponível em: <<

[>>](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272).

Acesso em: 13 jun. 2020.

_____. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: ADC 43 MC/DF. Relator: Marco Aurélio. DJe: 07/03/2018. **Jurisprudência do STF**, 2018g. Disponível em: << [>>](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269).

Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. PETIÇÃO: Pet 4656/PB. Relator: Ministra Cármen Lúcia. DJe: 04/12/2017, **Jurisprudência do STF**, 2017c. Disponível em: << [>>](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14164297).

Acesso em: 12 ago. 2020.

_____. QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO PENAL: AP 937 QO/RJ. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJe: 11/12/2018. **Jurisprudência do STF**, 2018h. Disponível em: << [>>](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078).

Acesso em: 13 jun. 2020.

_____. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 778889/PE. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJe: 01/08/2016. **Jurisprudência do STF**, 2016c. Disponível em: << [>>](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347).

Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 330817/RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJe: 31/08/2017. **Jurisprudência do STF**, 2017d. Disponível em: << [>>](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501630).

Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 522897/RN. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe: 26/09/2017. **Jurisprudência do STF**, 2017e. Disponível em: << [>>](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13669829).

Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 595676/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJe, 18/12/2017. **Jurisprudência do STF**, 2017f. Disponível em: << [>>](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14217116).

Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 602043/MT. Ministro Relator Marco Aurélio. DJe: 08/09/2017. **Jurisprudência do STF**, 2017g. Disponível em: <<

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13561998>>>.

Acesso em: 12 jun. 2020.

_____. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 612975/MT. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJe: 08/09/2017. **Jurisprudência do STF**, 2017h. Disponível em: <<
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13561815>>>.

Acesso em: 12 jun. 2020.

_____. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 958252/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe: 12/09/2019. **Jurisprudência do STF**, 2019e. Disponível em: <<
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13561815>>>.

Acesso em: 12 jun. 2020.

_____. REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 964246 RG/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJe: 25/11/2016. **Jurisprudência do STF**, 2016d. Disponível em: <<
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503> >>.

Acesso em: 11 jun. 2020.

STOLLEIS, Michael. *A History of Public law in Germany, 1914-1945*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. *Judicial review, administrative review, and constitutional review in the Weimar Republic*. In: Ratio Juris, Blackwell Publishing, Nova Jersey, vol. 16, n. 2, p. 266-280, jun. 2003.

_____. *Public law in Germany, 1800-1914*. New York; Oxford: Berghahn Books, 2001.

STRAUSS, David A. *Does the Constitution mean what it says?* In: Harvard Law Review, Cambridge, v. 129, n. 1, p. 2-61, nov. 2015.

_____. *The living Constitution*. Oxford; Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição**

constitucional. In: Revista da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza, Fortaleza, a. 15, v. 15, n. 15, p. 71-102, 2007.

TARUFFO, Michele. **Proceso civil comparado**: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TRIBE, Laurence H. *The invisible constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución*. una aproximación al origen del concepto. In: Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, a. 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000.

VELLOSO, Carlos Mário. **O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional**: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 30, n. 120, p. 5-30, out./dez. 1993.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Estudios preliminar*. In: **Reforma y mutación de la constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. xi-lxxix.

VERONESE, Osmar. **Constituição**: reformar para que(m)? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. 5. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

WAHL, Rainer. **O primado da Constituição**. In: Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 47, vol. 1, p. 61-106, abr. 1987.