



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

ROBERTO CARLOS ROCHA DA SILVA

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MEIO DIFUSO DE EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

FORTALEZA

2014

ROBERTO CARLOS ROCHA DA SILVA

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MEIO DIFUSO DE EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como critério parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Professor Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- S586m Silva, Roberto Carlos Rocha da.
Mutação constitucional como meio difuso de efetivação dos direitos e garantias fundamentais / Roberto Carlos Rocha da Silva. – 2014.
94 f. il.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2014.
 rea de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.
Orientação: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho.
1. Hermenêutica (Direito) - Brasil. 2. Poder judiciário - Brasil. 3. Direitos fundamentais - Brasil. 4. Controle da constitucionalidade – Brasil. I. Magalhães Filho, Glauco Barreira (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Mestrado em Direito. III. Título.

RESUMO

O presente trabalho compreende um estudo sobre o fenômeno da Mutação Constitucional tomando por base, em especial, alguns casos envolvendo direitos e garantias fundamentais ocorridos após a Promulgação da Constituição Federal de 1988. Para a consecução deste objetivo, utilizou-se de vasta pesquisa doutrinária, a qual teve como ponto de partida autores de renome não apenas nacional, mas também internacional, tais como Paulo Bonavides, George Marmelstein, Otto Bachof, Konrad Hesse, Hans Kelsen, Friedrich Müller, etc. Diante disso, analisaram-se questões atinentes aos métodos de interpretação da Constituição, bem como situações voltadas especificamente para a alteração informal do texto político-normativo da Magna Carta Brasileira. Focando a obra nesses pontos, analisaram-se ainda os diferentes tipos de mutações constitucionais (inclusive aqueles tidos por inconstitucionais) apontados na doutrina nacional. Para tanto, utilizou-se como parâmetro comparativo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ao fim, buscou-se discorrer sobre a importância do ativismo judicial na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Palavras-chaves: Interpretação. Mutação Constitucional. Direitos e Garantias Fundamentais. Poder Judiciário. Constituição.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	09
2.1 Desenvolvimento metodológico da hermenêutica Jurídica.....	04
2.2 Distinção entre regras e princípios como tipos de normas jurídicas.....	09
2.3 Princípios de interpretação constitucional.....	11
2.4 Formalismo e materialismo das normas constitucionais.....	18
2.5 O mundo do ser e o mundo do dever-ser.....	24
3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	29
3.1 Diferença entre texto e norma.....	29
3.2 Conceito de Mutação Constitucional.....	31
3.3 Mutações constitucionais inconstitucionais?.....	37
3.4 Tipos de mutações constitucionais apontados na doutrina brasileira.....	42
4 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	49
4.1 Desenvolvimento histórico dos direitos e garantias fundamentais.....	53
4.2 Eficácia vertical e horizontal dos direitos e garantias fundamentais.....	58
4.3 Diferenças pontuais entre direitos, deveres e garantias fundamentais.....	65
5 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	69
5.1 <i>Wer Soll der Hüter der Verfassung Sein?</i>	69
5.2 Princípio da Separação de Poderes e o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.....	75
5.3 Casos de mutação constitucional envolvendo direitos e garantias fundamentais.....	80
6 CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS	88

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno das mutações constitucionais perfaz-se atualmente em mecanismo presente na realidade político-jurídica brasileira. De fato, o Poder Judiciário tem se utilizado cada vez mais deste modo informal de alterabilidade do texto constitucional, por constituir-se em meio ágil e eficaz de efetivação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

O presente trabalho, desta forma, tem por cunho traçar um paralelismo vinculatorio entre o fenômeno das mutações constitucionais e a relevância do Poder Judiciário na consecução do rol de direitos e garantias fundamentais dispostos textualmente ao longo da Magna Carta Brasileira. A temática tanto se mostra relevante numa sociedade em que o Poder Legislativo apresenta-se moroso com relação ao seu papel de “criador” dos comandos normativos, quanto numa sociedade em que o Poder Judiciário se destaca como função positivadora dos direitos e garantias fundamentais para a coletividade nacional.

Em prol desse objetivo, foram feitas pesquisas doutrinárias sobre a mutabilidade informal da Constituição Federal de 1988, recorrendo-se não apenas a autores nacionais como Paulo Bonavides, George Marmelstein, Lammego Bulos, Glauco Barreira Magalhães Filho, dentre outros, mas procurando também encontrar parâmetros de comparação avaliativa em doutrinadores “além-mares”, tais como J.J. Gomes Canotilho, Ferdinand Lassalle, Otto Bachof, Konrad Hesse, Hans Kelsen, Friedrich Müller, etc.

Assim, o trabalho em questão foi dividido, de um modo geral, nos seguintes pontos: a) primeiro uma parte puramente hermenêutica, na qual buscou traçar-se os métodos, os princípios e as regras que dão suporte interpretativo à Constituição Brasileira; b) Num segundo momento, foi feita a delimitação do tema propriamente dito das mutações constitucionais, onde tentou-se não apenas definir, mas também desenvolver um estudo mais acurado acerca deste importante instituto jurídico; c) Na terceira parte, fez-se uma análise sucinta atinente aos direitos e garantias fundamentais, não se descurando também de se fazer uma abordagem rápida quanto aos deveres fundamentais; e, por fim, d) a quarta parte ocupou-se do ativismo judicial e da separação dos poderes, bem como ainda da abordagem de casos práticos ocorridos após a promulgação da Constituição Federal de 1988 envolvendo o fenômeno das mutações constitucionais e os direitos e garantias fundamentais.

Sedimentadas essas premissas iniciais, cumpre agora estabelecer, de uma forma mais específica, o modo como cada um dos capítulos desse trabalho foi idealizado, uma vez que a

divisão do mesmo em quatro partes distintas buscou, didaticamente, possibilitar uma melhor visualização da obra como um todo.

Assim, no capítulo inaugural, a presente dissertação procurou discorrer acerca do desenvolvimento metodológico da hermenêutica jurídica clássica, passando pela distinção normativa entre regras e princípios para, em seguida, apontar os princípios hermenêuticos de interpretação especificamente constitucional. Posteriormente, ainda nesse capítulo inicial, o trabalho dissertativo ateve-se em traçar um paralelismo jurídico-sociológico concernente ao formalismo e ao materialismo das normas constitucionais, não deixando ainda de tecer algumas considerações dissociativa-associativas entre o “mundo do ser” e o “mundo do dever-ser”.

O capítulo segundo ocupou-se integralmente do fenômeno das mutações constitucionais, ocasião em que se estabeleceu primeiramente a diferença entre texto e norma jurídica para, logo após, se definir conceitualmente o instituto da mutação constitucional, não esquecendo também de chamar atenção para a possibilidade de ocorrer mutações consideradas como inconstitucionais. Ao fim desse segundo capítulo, foram apontados os tipos de mutações constitucionais apontados na doutrina jurídica brasileira.

No terceiro capítulo atentou-se preambularmente para a dificuldade de se sedimentar um conceito preciso e delimitado acerca dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que as chamadas “gerações” ou “dimensões” de direitos fundamentais passaram por grandes transformações jurídicas, políticas e sociológicas, o que redundou no surgimento de uma vasta gama de direitos difíceis de serem classificados dentro do modelo geracional idealizado prefacialmente pelo tcheco naturalizado francês Karel Vasak. Ao fim, esse terceiro capítulo ocupou-se em discorrer acerca da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, bem como se preocupou ainda em fazer a distinção entre os direitos, os deveres e as garantias fundamentais, apontado diferenças pontuais entre uns e outros.

O quarto e último capítulo procurou, num primeiro momento, demonstrar a importância do Poder Judiciário na tomada de decisões envolvendo direitos e garantias fundamentais. Nesse desiderato, sustentou-se, conforme disposição expressa do artigo 102 do texto constitucional, que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição. Quanto a isso, é curioso observar o ativismo judicial que a Suprema Corte Nacional vem praticando nos últimos tempos, situação que, inclusive, tem suscitado no meio jurídico-doutrinário a ideia de

“quebra” do Princípio da Separação de Poderes, tal como originariamente idealizado por Montesquieu.

Num segundo momento, o capítulo final ocupou-se com a análise de casos práticos de mutações constitucionais envolvendo os direitos e as garantias fundamentais, dando-se destaque, especial, a mudança mutacional de entendimento interpretativo ocasionada com a ação constitucional do Mandado de Injunção. A transformação hermenêutico-interpretativa ocorrida com referido remédio constitucional passou da corrente não concretista, a qual apontava o Mandado de Injunção como sendo desprovido de um núcleo positivado de efetivação prática, para a corrente concretista individual, que possibilita, com efeitos *inter partes*, a “elaboração” da norma faltante a ser aplicada a um determinado caso concreto.

Finalmente, na conclusão do trabalho, tentou-se demonstrar, de forma enfática, que as mutações constitucionais – como fenômeno célere de transformação informal do texto da Constituição – *funcionam* como verdadeiro mecanismo propulsor de eficácia normativa e de efetividade realizadora dos direitos e garantias fundamentais, dentro de uma roupagem teleológica legítima e edificadora dos anseios sociais.

A metodologia adotada na consecução deste trabalho amparou-se na utilização de vasto referencial bibliográfico, bem como ainda em precedentes pontuais retirados de julgados emblemáticos proferidos, em sua maior parte, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não se descurando também de julgados proferidos pelos demais tribunais da federação brasileira.

2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 Desenvolvimento metodológico da hermenêutica jurídica

O termo *hermenêutica*, como bem pontuado pelo professor Glauco Barreira Magalhães Filho¹, surgiu primeiramente na teologia e, somente após um laborioso processo de maturação cristã foi que o mesmo “bateu às portas” da filosofia e do Direito.

A hermenêutica, em sua essência, perfaz-se num sistema utilizado para se obter a interpretação² (e a compreensão³) de um determinado texto. Constitui, pois, ato cognitivo de aprimoramento do conhecimento posto e, como tal, possui o papel de fornecer critérios e métodos a serem empregados na atividade interpretativa propriamente dita.

Inicialmente, a hermenêutica jurídica foi desenvolvida por Savigny durante o período do Estado Liberal de Direito, ou seja, era primordialmente voltada para o Direito privado. O método hermenêutico-jurídico proposto por Savigny se sustentava em diversas técnicas interpretativas, tendo ele consolidado

os chamados cânones tradicionais de hermenêutica jurídica: *a)* a interpretação gramatical; *b)* a interpretação lógica; *c)* a interpretação sistemática; e *d)* a interpretação histórica, subdividida esta última em histórica em sentido próprio e histórica em sentido filológico. Em momento posterior, Ihering acrescentou a interpretação teleológica.⁴

Tais métodos hermenêuticos de interpretação da norma jurídica⁵ – idealizados por Savigny e Ihering – não se encontram, em verdade, classificados hierarquicamente, apesar de existir doutrinadores que defendem a possibilidade de se fazer uma classificação hierárquica entre os mencionados métodos interpretativos. Quanto a isso, Luís Roberto Barroso, na obra “Interpretação e Aplicação da Constituição”, entende que

¹MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 31.

²“Não se pode conceber a existência de atividade jurídica sem interpretação. Isso porque não há um descobrir a norma, a partir de um significado já contido dentro de seu texto, mas um produzir/atribuir sentido à norma diante de problematização.” (ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014, p. 52).

³“Para o professor Lênio Luiz Streck: “Interpretar é aplicar, é concretizar” (STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 362). Ao passo que para o professor Glauco Barreira Magalhães Filho, compreender é “esclarecer o que parece obscuro, daí porque a tradução de um texto não deixa de ser uma forma de compreendê-lo.” (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. op. cit., p. 31).

⁴MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. op. cit., p. 61.

⁵O que no presente trabalho são chamados de *métodos hermenêuticos de interpretação da norma jurídica*, nomenclatura esta adotada por vários doutrinadores brasileiros, como é o caso de Luís Roberto Barroso citado mais a frente, o professor Glauco Barreira Magalhães Filho entende como sendo “técnicas de interpretação” (Ibid., p. 64).

Não existe, a rigor, nenhuma hierarquia predeterminada entre os variados métodos interpretativos, nem um critério rígido de desempate. A tradição romano-germânica, todavia, desenvolveu algumas diretrizes que podem ser úteis. Duas delas são destacadas a seguir: *em primeiro lugar, a atuação do intérprete deve conter-se sempre dentro dos limites e possibilidade do texto legal. A interpretação gramatical não pode ser inteiramente desprezada. Assim, por exemplo, entre interpretações possíveis, deve-se optar pela que conduza à compatibilização de uma norma com a Constituição. É a chamada interpretação conforme a Constituição. Todavia, não é possível distorcer ou ignorar o sentido das palavras, para chegar a um resultado que delas esteja inteiramente dissociado. Em segundo lugar, os métodos objetivos, como o sistemático e o teleológico, têm preferência sobre o método tido como subjetivo, que é o histórico. A análise histórica desempenha um papel secundário, suplementar na revelação do sentido da norma.*⁶

Do que foi acima transcrito, verifica-se a inexistência (para Barroso) de uma hierarquia entre os diversos métodos interpretativos anteriormente mencionados. Entretanto, a ausência hierárquica não impede que se estabeleçam “critérios de importância valorativa” no emprego prático deste ou daquele método.

De fato, o autor em comento, apoiando-se na tradição *romano-germânica*, sedimenta duas diretrizes que, se seguidas, servem como vetores de sopesamento e de valoração do método mais adequado a ser empregado a um determinado caso concreto.

Esses dois vetores valorativos, auxiliares da *práxis* interpretativa, são, conforme Barroso, a interpretação gramatical (ou textual) e a opção pelo uso dos chamados métodos objetivos – o sistemático e o teleológico – em detrimento do método subjetivo, mais conhecido como histórico.

Assim, para uma melhor inteligência da norma escrita, urge que seja dada importância devida a cada um dos métodos supracitados, pois no escólio de Agostinho Ramalho Marques Neto: “na proposição da elaboração da ciência do Direito, não se pode falar no método, mas numa pluralidade metodológica, em que os diversos métodos se combinam e se complementam.”⁷

Desse modo, Ramalho Neto, tal como Barroso, destaca a importância de não se utilizar um único método para se fazer a análise dos fenômenos jurídicos, mas de toda uma abordagem metodológica onde as inúmeras formas de se estudar e analisar um problema se bifurcam e se complementam, conduzindo a uma solução viável sob um ponto de vista propedêutico.

De fato, o método em si, isolado e destituído do corpo teórico que o produz e que –

⁶BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 118-119.

⁷MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 192.

por isso mesmo – também o contém, não constitui uma realidade *per se*, uma vez que é passível de correção pela própria teoria que lhe deu origem. Todo método científico, do mesmo modo como toda e qualquer norma jurídica, perfazem, na realidade, num *dado a ser construído*, e não em *algo dado a ser meramente cumprido*.

Diante disso, tem-se que o cientista do Direito e, mais propriamente falando, o intérprete das normas jurídicas, parte quase sempre do *conhecimento acumulado* acerca de seu objeto de estudo para alcançar o fim almejado por seu horizonte hermenêutico. Nesse sentido, Enrique R. Aftalión, José Vilanova e Julio Raffo sustentam que a tarefa dos juristas é sempre a de interpretar e sistematizar – umbilicalmente – as normas fornecidas historicamente pelas fontes jurídicas. Nas palavras dos citados autores:

*Los juristas tienen por misión interpretar y sistematizar (tareas que se coimplican) las normas que son suministradas por tales fuentes. Las fuentes les proporcionan el material con el cual ellos proceden a efectuar construcciones de segundo grado que podrán ser corroboradas o refutadas por la experiencia jurídica consistente en la conducta efectivamente cumplida u observada por el común de las gentes o los magistrados.*⁸

Cumprida agora, depois do que foi exposto até aqui acerca da metodologia jurídico-científica de interpretação das normas jurídicas, traçar um panorama sucinto sobre os vários métodos interpretativos idealizados por Savigny e Ihering, a começar pelo método de interpretação literal ou gramatical.

Durante o Estado Liberal de Direito, período pós Revolução Francesa, imperou *aquilo* que boa parte dos doutrinadores vieram posteriormente a designar como “fetichismo legal”⁹. Tal situação, na verdade, cuidava da positivação do sistema de regras jurídico-materiais do Direito racional. Antes do advento da codificação, essas regras materiais do saber-fazer jurídico eram aplicadas livremente, independentemente da existência de um diploma legal que as regulamentassem.

De fato, com o advento do Código Civil Napoleônico de 1804, passou-se a acreditar que o ordenamento jurídico, na condição de sistema integrado de dispositivos aplicados à realidade social, se constituía num *documento perfeito*, desprovido de lacunas e aplicável a todas as situações possíveis da vida privada francesa.¹⁰

⁸AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 152.

⁹“Acreditavam os primeiros exegetas do Código Civil napoleônico que esse documento legal continha o Direito Natural escrito de forma completa e permanente, daí a afirmação da teoria da plenitude da lei e o aparecimento do chamado fetichismo legal.” (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos valores Jurídicos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 215).

¹⁰Sobre a “completude” do ordenamento jurídico, assim se manifesta Norberto Bobbio, *in verbis*: “Por ‘completude’ se entende a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer

Nesse panorama, a atividade jurisdicional do magistrado era a de unicamente aplicar a lei da maneira como a mesma se encontrava escrita, não podendo *interpretá-la* fora dos limites gramaticais em que ela fora criada. Por essa época, vigorava o que se chamou depois de a “escola da exegese”¹¹. Limitavam-se, com isso, as possibilidades do intérprete, razão pela qual muitos estudiosos da norma jurídica sustentam que não se poderia, com o surgimento desta escola, afirmar-se que se teria introduzido a hermenêutica ao Direito.

O método histórico-indutivo, por outro lado, tem como meta a busca de um *precedente histórico* como meio analógico-comparativo entre o fato social atual que a norma tenta atingir e a realidade fático-jurídica em que a referida norma foi inicialmente idealizada. Luís Roberto Barroso é defensor de uma aplicabilidade mais ampla desse método no contexto constitucional. De fato, assevera o citado doutrinador que

o elemento histórico desempenha na interpretação constitucional um papel mais destacado do que na interpretação das leis. Isso se torna especialmente verdadeiro em relação a Constituições ainda recentes. Fórmulas e institutos aparentemente incompreensíveis encontram explicitação na identificação de sua causa histórica. Aliás, o Preâmbulo das Constituições é frequentemente um esforço de prolongar no tempo o espírito do momento constituinte. Em veemente defesa da interpretação histórica em matéria constitucional, Pietro Merola Chiechia sustenta que o que se interpreta na norma não é apenas o seu conteúdo aparente, mas todo o substrato de valores históricos, políticos e ideológicos que estão na origem da Constituição.¹²

No que concerne ao método de interpretação teleológica, tal método visa atingir, necessariamente, a finalidade, o sentido da Lei. Nestes moldes, entende Luís Roberto Barroso que “Chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito”.¹³

O referido método trata do estudo circunstancial em que a norma foi criada. Procura-se, em essência, alcançar o sentido dos elementos que redundaram na criação da norma em um determinado contexto político. A aplicabilidade prática deste método encontra-se mencionada explicitamente no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual dispõe expressamente que “Na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela

caso. Posto que a ausência de uma norma se chama, com frequência, de 'lacuna' (em um dos sentidos do termo 'lacuna'), 'completude' significa 'ausência de lacunas'. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma extraída do sistema. Caso queiramos dar uma definição mais técnica de completude, pode-se dizer que um ordenamento é completo quando nunca se verifica uma situação na qual não se possa demonstrar a pertinência *nem* de uma determinada norma *nem* de sua norma contraditória.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. São Paulo: edipro, 2014, p. 113).

¹¹A escola da Exegese instaurou-se com a promulgação do Código Civil Francês de 1804, seguindo-se até 1889 (PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 31)

¹²BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 133.

¹³Ibid., p. 137.

se dirige e às exigências do bem comum”.

Além disso, a Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 3º estipula os objetivos gerais nos quais se deve pautar o Estado Brasileiro, funcionando o citado dispositivo como vetor finalístico de atuação de toda sociedade brasileira. Determina a retromencionada norma programática, *ad verbum*:

Art. 3º. Constituem objetivos da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, ou quaisquer outras formas de discriminação.

Com relação ao método sistemático, Celso Antônio Ribeiro Bastos o define como sendo aquele que procura “interpretar a norma não isoladamente, mas em relação com as demais. Destaca-se aqui a perspectiva sistêmica do ordenamento jurídico, bem como a sua unidade, procurando assim atingir uma visão global e estrutural da Lei”¹⁴.

Na verdade, o método em questão possibilita que seja feito um estudo comparativo entre a lei objeto da interpretação e aquelas que cuidam de objeto análogo ao primeiro estudado. Vistos rapidamente os métodos interpretativos, passa-se agora a uma breve análise dos mecanismos principiológicos de interpretação constitucional.

2.2 Distinção entre regras e princípios como tipos de normas jurídicas

Tendo-se esboçado em breves linhas a hermenêutica jurídica de um modo geral, a fim de que a mesma pudesse servir de base introdutória para um estudo mais acurado dos *modos de interpretação da constituição*, passa-se agora a uma análise mais específica acerca da hermenêutica constitucional propriamente dita. E Por “hermenêutica constitucional” entenda-se o *modus operandi* de se interpretar a Magna Carta de um país.

Para o desenvolvimento desta temática, primeiro deve-se ter em mente o fato de que as normas constitucionais possuem, em sua maior parte, uma natureza eminentemente principiológica, razão pela qual os *mandamentos normativos* incutidos no texto da Constituição possuem um dimensionamento mais abrangente, aberto e dinâmico, situando-se nos campos da abstratividade e da generalidade. São exemplos disso os artigos 1º ao 5º da Lei Maior, os quais delinham as pilastras mestras sobre as quais deve se assentar todo o

¹⁴BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 61.

ordenamento jurídico estatal.

Assim, tem-se a importância da temática principiológica para o desenvolvimento da presente dissertação, uma vez que ela servirá como mote introdutivo para o objeto do estudo propriamente dito das mutações constitucionais, a fim de salvaguardar os direitos e garantias fundamentais presentes, tanto de maneira expressa, quanto de maneira implícita, no texto e na essência material da Constituição.

E como já mencionado anteriormente, a interpretação do texto constitucional é feita por meio de princípios abertos, os quais devem ser aplicados de maneira ponderada, sopesando os valores nucleares que se encontram intrinsecamente ligados a eles¹⁵. Neste ponto, *mister* se faz salientar a diferenciação que tais preceitos constitucionais adquirem com relação às normas infraconstitucionais, constituídas em sua quase totalidade por *regras* jurídicas.

Estas últimas dizem respeito a fatos concretamente delineados, e são aplicadas por exclusão, na base do “tudo ou nada”. Não se admite, por conseguinte, a existência antagônica de duas regras totalmente opostas. Os princípios, de outro modo, por possuírem maior flexibilidade interpretativa, acabam coexistindo pacificamente, mesmo numa situação de conflito envolvendo diretamente direitos e garantias fundamentais¹⁶.

Para tanto, basta que seus núcleos essenciais sejam preservados, o que é feito por meio da ponderação axiológica obtida com a aplicação concreta dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Assim, tem-se que as normas jurídicas encontram-se estruturadas de dois modos, a saber: 1) normas principiológicas; e 2) normas com estrutura de regras. E como já frisado antes, em linhas gerais as normas infraconstitucionais se estruturam por meio de regras, já as normas constitucionais possuem em sua maior parte natureza de princípios

Quanto a diferenciação estabelecida entre as regras e os princípios¹⁷, entende Robert

¹⁵O professor Glauco Barreira Magalhães Filho chama atenção para o fato de que “cada valor constitucional, visto no plano abstrato, seria absoluto, mas, na realidade concreta, a colisão entre eles relativiza-os, limitando-os um em face do outro, de modo que a interpretação final de um princípio ocorrerá no momento de sua aplicação” (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. op. cit., p. 45).

¹⁶Sobre a inexistência de conflitos na aplicação dos princípios, dispõe o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho que “O desenvolvimento da *moderna doutrina dos princípios constitucionais* se inspirou, sobretudo, nas constatações empíricas (máxime após a Segunda Guerra Mundial) de que as ordens jurídicas, quando interpretadas ou apreendidas apenas pelas suas formulações escritas, podem conduzir a resultados da mais sofisticada opressão às pessoas, reduzindo-as a *objetos* de suas disposições.” (MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **As normas escritas e os princípios jurídicos: o dilema da justiça nas decisões judiciais**. Fortaleza: Impreco, 2012, p. 170).

Alexy que enquanto os princípios anunciam, de um modo *generalizado*, um determinado valor¹⁸ a ser realizado em suas dimensões fática e jurídica, as regras prescrevem um fato de modo a delimitá-lo, enfatizando as possíveis consequências jurídicas pelo seu descumprimento. Em suas palavras:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹⁹

Por fim, no que pertine a aplicação das regras e dos princípios, é interessante transcrever o entendimento do Professor Glauco Barreira Magalhães Filho, o qual segue o mesmo pensamento já defendido neste trabalho. Veja-se o que diz prefalado doutrinador:

(...) havendo conflito entre as regras, uma norma é aplicada com a exclusão da outra, caso não seja possível uma interpretação que dê a ambas um sentido compatível. Consiste a aplicação da regra na submissão do fato concreto à norma que o regula por meio de uma reconstrução do fenômeno de incidência, de modo a se concluir pela existência de uma relação jurídica.²⁰

Ainda com relação ao modo de aplicação das regras e dos princípios, complementa o professor Glauco Barreira que

A colisão entre princípios constitucionais (enunciados de valorização explícita) não redundam, pois, em supressão de um em proveito de outro, mas em harmonização ou concordância prática (Konrad Hesse). Para dirimir a colisão axiológica, que aparece no caso concreto, faz-se necessária uma ponderação dos valores. No plano abstrato, os princípios, apesar de estarem em “tensão”, não estão

¹⁷O professor Marcel Mota menciona que a fundamentação das decisões judiciais encontra-se apoiada em normas jurídicas que possuem a estrutura de regras ou de princípios, em suas palavras: “Somente é juridicamente admissível uma decisão jurídica, se estiver fundada racionalmente em normas jurídicas válidas, que podem ter a estrutura de regras ou de princípios.” (MOTA, Marcel. **Direitos fundamentais e antecipação da tutela**. Fortaleza: Omni editora, 2011, p. 49).

¹⁸Quanto ao termo *valor*, ensina o professor Glauco Barreira Magalhães filho que:

“Os valores tem uma existência objetiva em um mundo ideal que, como o das verdades matemáticas, transcende a temporalidade, o que garante certo grau de objetividade às ciências culturais. Assim, eles são imutáveis, muito embora se realizem historicamente, e logo, sobre conjunturas específicas, subordinadas ao espaço e ao tempo.

A realização histórica dos valores torna-se, muitas vezes, complexa, não pela razão de os valores serem relativos, mas pelo nosso relativo conhecimento dos fatos e pela nossa dificuldade de, muitas vezes, dimensioná-los axiologicamente. No entanto, os grandes *avivamentos* religiosos e morais na história, os quais se realizaram através de pessoas de aguçada intuição espiritual, demonstraram que, em contextos históricos muito diferentes, a valoração dos fatos pode se dar sob critérios muito semelhantes.” (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. op. cit., p. 163).

¹⁹ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008, p. 90 e 91.

²⁰MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. op. cit., p. 60.

se atritando, razão pela qual não há que se falar em conflito entre eles.²¹

Assim, no caso dos princípios, não se pode aplicar um recusando o outro, mas, antes, um princípio deve restringir e preencher o outro, segundo exigências da justiça presentes na situação do fato, procedendo-se a um sopesamento entre eles.

Dessa forma, o sistema de princípios é aberto e caracterizado pela coexistência dos valores por eles enunciados, bem como pela dependência da realidade concreta e social para o estabelecimento da devida ponderação axiológica²², o que acarreta, ao mesmo tempo, a complexidade e o dinamismo do Ordenamento Jurídico.

2.3 Princípios de Interpretação Constitucional

A Palavra “princípio” deriva do latim *principium* ou *principii*, e significa começo, início ou origem de algo ou de alguma coisa. Dessa forma, têm-se os princípios como sendo as fontes primeiras de onde promanam o conhecimento em seu *status* de concretude. No Direito, o conhecimento a *posteriori* geralmente encontra-se positivado em documentos escritos (os códigos), e se assenta por meio do estabelecimento de regras jurídicas.

Os princípios constitucionais desempenham papel de grande importância e relevância no processo interpretativo do texto da Constituição. Funcionam, na verdade, como fonte de direcionamento da atividade de cognição para a resolução de antinomias ou de lacunas no texto normativo da Lei Maior.²³

Os princípios elencados na Constituição permitem que o intérprete da norma jurídica possa voltar seu trabalho de delineamento do preceito aplicável ao caso concreto, buscando uma interpretação mais coerente e coesa com os dados dispostos pelo linguajar prescritivo primitivamente traçado pelo constituinte originário, no intuito de alcançar o máximo de conteúdo jurídico ao caso para o qual tais preceitos se propõem sejam aplicados.

Dessa forma, pode-se dizer que o papel primordial desempenhado pelos princípios é o

²¹Ibid., p. 89.

²²Neste sentido, sustenta o professor Glauco Barreira que “Os princípios constitucionais enunciam valores que devem receber atribuição de peso correspondente à intensidade com que são vivenciados pela sociedade.” (Ibid., p. 41).

²³Acerca da importância dos princípios para a interpretação da Constituição, preleciona o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho que “No nível constitucional, o interesse direto da interpretação da Constituição a partir dos seus princípios volta-se ao atendimento de propósitos práticos que podem ser assim resumidos, embora todos se completem e se identifiquem no macro-objetivo de propiciar a máxima segurança das relações jurídicas: (A) assegurar o cumprimento da Constituição na extensão de todos os seus dispositivos; (B) promover observância da unidade constitucional e da sua supremacia; (D) dar efetividade aos seus comandos e conferir atualização aos respectivos conteúdos históricos e, por fim, (E) harmonizar as normas e regras jurídicas inferiores, nestas se incluindo as oriundas da atividade jurisdicional” (MAIA FILHO, Napoleão Nunes, op. cit., p. 148).

de dar *unidade* à Constituição. Nesse sentido, entende Celso Ribeiro Bastos que “O princípio vem a ajustar-se à norma para dirimir, sem se tirar desta o seu mínimo imutável, seu preenchimento de acordo com os valores que o próprio princípio encampa, e que conferem aquela unidade ao sistema”²⁴. Do mesmo modo, sustenta Luís Roberto Barroso que

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.²⁵

Discorrendo em seu livro “Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição” acerca dos princípios de interpretação especificamente constitucional, o Professor Glauco Barreira enumera os seguintes: *Princípio da unidade da Constituição*; *Princípio do efeito integrador*; *Princípio da máxima efetividade*; *Princípio da força normativa da Constituição*; *Princípio da repartição funcional*; *Princípio da interpretação conforme à Constituição*; e *Princípio da harmonização prática ou da concordância prática*.²⁶

No presente trabalho optou-se por fazer uma abordagem rápida acerca de alguns dos princípios listados acima, mas acrescentando-se ainda a esta lista os princípios constitucionais da Proporcionalidade e da Razoabilidade. Em face disso, passa-se agora ao estudo de alguns princípios de índole constitucional, os quais servirão de vetores de orientação para a consecução da problemática das mutações constitucionais.

O primeiro princípio a se discorrer refere-se à *Supremacia da Constituição*. Por este princípio, tem-se em mente que a Constituição se perfaz em pressuposto maior do ordenamento jurídico e, como tal, se sobrepõe a todos os demais atos normativos estatais. Quanto ao princípio em questão, leciona Luís Roberto Barroso que “Por força da Supremacia da Constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”.²⁷

A ideia conceitual de Supremacia da Constituição tem sua base de fundamentação focada em dois pontos de importante relevância, quais sejam: 1) a diferenciação sobre o que se entende por Poder Constituinte e Poder Constituído; e 2) a distinção existente entre

²⁴BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit., p. 210.

²⁵BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 149.

²⁶MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. op. cit., p. 71/73.

²⁷BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 158.

constituições rígidas²⁸ e constituições flexíveis.

Quem primeiro estabeleceu a divisão entre Poder Constituinte e Poder Constituído foi o Padre Emmanuel Joseph Sieyès, o qual entendia que acima do poder constituinte existia apenas o direito natural, e que o Poder Constituído, por sua vez, seria apenas uma derivação lógica decorrente do primeiro desses poderes. Este entendimento é sustentado, inclusive, pela maioria dos doutrinadores constitucionalistas.²⁹

Já no que se refere à diferença existente entre constituição rígida e constituição flexível³⁰, observa-se que esta distinção resulta da diferenciação que também se observa entre constituição escrita e constituição não-escrita. A relação estabelecida entre estes institutos é, de certo modo, verificável por si mesma.

De fato, constata-se a presença de uma maior rigidez formal nos textos constitucionais escritos e, da mesma forma, tem-se uma flexibilidade mais acentuada nos textos não-escritos.³¹ A partir dos *instrumentos* anteriormente analisados, pode-se aferir que o Princípio da Supremacia da Constituição é utilizado como parâmetro de controle e de eficácia dos atos normativos promanados pelos entes estatais da federação brasileira.

O segundo princípio a ser analisado diz respeito ao da *Interpretação Conforme a Constituição*. Por este princípio o intérprete da norma infraconstitucional deve pautar seu entendimento do texto normativo conforme os ditames contidos no texto da Constituição.

Jorge de Miranda, tratando do prefalado princípio, entende que “Tema próximo do da interpretação constitucional, embora dele distinto, vem a ser o da interpretação da lei em face

²⁸“Da rigidez emana, como primordial consequência, o Princípio da Supremacia da Constituição. (...) significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade e que todos os poderes estatais são legitimados na medida em que ela os reconhece e na proporção por ela distribuídos”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 47).

²⁹O Professor Paulo Bonavides, contudo, coloca os dois poderes em discussão como sendo duas partes interligadas a comporem apenas o Poder Constituinte, numa dimensão *lato sensu*. Nas palavras de Bonavides: “Depois de elaborada a Constituição, a tarefa de mantê-la em conformidade com as expectativas de seus autores e destinatários se reparte entre dois novos poderes constituintes: o poder constituinte derivado, que está na Constituição mesma, é jurídico e padece de limitações; e a outra forma de poder constituinte originário, aliás, o segundo desta espécie, o qual, não tendo titularidade definida, é difuso, anônimo e político. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 187).

³⁰“Não obstante a adoção de constituições formais e rígidas, pela maioria qualificada dos Estados, o fato é que a realidade política demonstra que a Constituição sofre mudanças que não ocorrem apenas pelo processo formal e mais complexo de reforma.” (VARGAS, Denise Soares. **Mutação constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25).

³¹A diferenciação aqui estabelecida entre constituição rígida e constituição flexível e, de igual forma, entre constituição escrita e constituição não-escrita, também é feita quando se está a falar em constituição formal e constituição material. Para tanto, veja-se o escólio de Denise Soares Vargas, o qual adiante se transcreve: “Quando pensamos na constituição formal, pensamos, igualmente, no seu processo rígido e formal de constituição, ao passo que a constituição material atrela-se à ideia de uma modificação flexível e informal” (Ibid., p. 25).

da Constituição ou, num sentido muito amplo, da interpretação conforme à Constituição”³². Finaliza depois o autor afirmando que

A chamada interpretação conforme a Constituição (...) vem a ser mais do que a aplicação de uma regra de interpretação. É um procedimento ou regra própria da fiscalização da constitucionalidade, que se justifica em nome de um princípio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos actos jurídicos – e não de uma presunção de constitucionalidade da norma.³³

O Princípio da Interpretação Conforme a Constituição trata da possibilidade de escolha interpretativa de uma determinada norma legal frente a essência material comportada no texto constitucional³⁴. Conforme ensina Celso Ribeiro Bastos: “Pela interpretação conforme à Constituição, uma Lei não deve ser declarada nula quando seja passível de uma interpretação que a coloque em plena sintonia com o conjunto normativo-constitucional”³⁵.

Por fim, ainda quanto ao princípio em questão, cabe enfatizar que o mesmo configura o resultado do cotejamento avaliativo-interpretativo feito entre uma norma infraconstitucional e o corpo teórico-normativo de dispositivos expressos no texto da Constituição. Tal princípio, hodiernamente, é bastante aplicado pelos ministros da Suprema Corte Brasileira.

O terceiro princípio a ser analisado é o da *Unidade da Constituição*. Impõe tal princípio que as normas constitucionais estejam umbilicalmente interligadas, de modo a formar um todo coeso.

Não se admite, assim, uma interpretação isolada das normas da Magna Carta, uma vez que o texto constitucional não foi construído sob um ajuntamento desarticulado de normas, mas através de um sistema integrado de princípios e regras previamente estabelecidas. Para Luís Roberto Barroso:

A despeito da pluralidade de domínios que abrange, a ordem jurídica constitui uma unidade. De fato, é decorrência natural da soberania do Estado a impossibilidade de coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no âmbito de seu território. Para que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado na sua globalidade, constitui um *sistema* cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente. O elo de ligação entre esses elementos é a Constituição, origem comum de todas as normas. É ela, como norma fundamental, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico.³⁶

O Princípio da Unidade da Constituição é decorrência da interpretação sistemática (já

³²MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1987, t. II, p. 232.

³³Ibid., p. 232.

³⁴Para o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, este princípio configura “também uma técnica de promover a efetividade dos dispositivos constitucionais, associando à elaboração da solução dos conflitos e o equilíbrio que decorre da supremacia da Constituição, aproximando essa mesma solução, encontrada pelo aplicador, do *dever-ser* jurídico acolhido na Carta Magna.” (MAIA FILHO, Napoleão Nunes. op. cit., p. 169).

³⁵BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit., p. 271.

³⁶BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 192.

abordada anteriormente neste trabalho), e tem como *mola de orientação interpretativa* os princípios fundamentais previstos na Magna Carta, em especial os dispostos em seu artigo 5º.

Por fim, há que se ater agora aos princípios processo-constitucionais da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Estes princípios relacionam-se com o do Devido Processo Legal, normativa constitucional cuja previsão encontra-se inserida no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O *duo process of law* se constitui em importante instrumento de preservação e defesa dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que é utilizado para controlar a arbitrariedade do Poder legislativo e a discricionariedade do executivo. Discorrendo sobre o Princípio da Razoabilidade, Luís Roberto Barroso o define como sendo

um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva.³⁷

Quanto ao Princípio da Proporcionalidade, menciona Willis Santiago Guerra Filho (retirando sua fonte do direito alemão), que tal princípio se desdobra em três aspectos³⁸, quais sejam:

Proporcionalidade em sentido estrito, adequação (*Geeignigkeit*) e exigibilidade (*Erforderlichkeit*). No seu emprego, sempre se tem em vista o *fim* colimado nas disposições constitucionais a serem interpretadas, fim esse que pode ser atingido por diversos *meios*, entre os quais se haverá de optar. O meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser *adequado* para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Em seguida, comprova-se a *exigibilidade* do meio quando esse se mostra como “*o mais suave*” dentre os diversos disponíveis (...) Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores, com o mínimo de desrespeito de outros (...).³⁹

Complementado o pensamento do citado autor, entende o professor Glauco Barreira

³⁷Ibid., p. 219.

³⁸Acerca dos três aspectos apontados por Willis Santiago Guerra, recorda Humberto Ávila que “O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 163 e 164).

³⁹GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da Interpretação Especificamente Constitucional, in **Revista de Informação Legislativa** 128. Brasília, 1995, p. 255-259.

que o Princípio da Proporcionalidade

Se subdivide em três subprincípios: o princípio da adequação, o princípio da exigibilidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da adequação ou da conformidade prescreve que o meio deve ser apto para alcançar o fim, ou seja, o fim validará o meio. O princípio da exigibilidade ou da necessidade estabelece que o meio escolhido deve ser o mais suave, o que importar menor sacrifício para aqueles direitos fundamentais que não prevaleceram na decisão judicial. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito aponta-nos o meio que soma mais vantagens, que leva em conta, a um só tempo, o maior número de interesses em jogo.⁴⁰

Neste mesmo sentido é também o pensamento de Celso Ribeiro Bastos, para quem o Princípio da Proporcionalidade

verificar-se-á da conformidade dos meios utilizados pelo legislador para atingir os fins constitucionais. Quer isto significar que, neste último caso, o legislador já encampou os valores constitucionais. Mas só isto não lhe terá sido suficiente. Deverá ainda obedecer a uma lógica de proporcionalidade entre aquilo a que busca e os meios que a tanto oferece.⁴¹

Mesmo não se utilizando de critérios uniformes, ou tampouco precisos, terminologicamente falando, quanto ao uso prático desses princípios, ainda assim os tribunais superiores os têm utilizados largamente em suas decisões.⁴²

A falta de sistematização no emprego dos princípios em questão é denunciada por Humberto Ávila, o qual aponta, todavia, que o uso indiscriminado dos mencionados princípios não impossibilita que seja feita uma construção analítica das decisões proferidas

⁴⁰MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. op. cit. p. 212.

⁴¹BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit., p. 240.

⁴²Como exemplos disso, apresentam-se os seguintes julgados:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE. VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE 11/STF. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE OBSERVADOS. RECURSO DESPROVIDO. 1. A questão de direito tratada no presente recurso diz respeito à suposta nulidade da prisão em flagrante do recorrente, decorrente da utilização de algemas, o que, segundo argumenta, teria violado a Súmula Vinculante 11/STF. 2. A razão pela qual esta Suprema Corte foi levada a editar a Súmula Vinculante 11/STF se deu para estabelecer que o uso de algemas deve ser excepcional e observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (...)” (RHC 102962, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010, DJe-025 DIVULG 07-02-2011 PUBLIC 08-02-2011 EMENT VOL-02459-02 PP-00236).

* * *

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. FALTA GRAVE. CONFIGURAÇÃO. 1. A tese do habeas corpus consistiu na necessidade de se reinterpretar o parágrafo único, do art. 49, da LEP (Lei de Execução Penal), com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para considerar que a mera tentativa de fuga não poderia ser considerada falta grave. 2. Contudo, a argumentação desenvolvida no recurso ordinário em habeas corpus foi diversa daquela apresentada por ocasião da impetração do writ no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a inviabilizar o conhecimento do recurso interposto, sob pena de supressão de instância. 3. No mérito, não seria possível acolher a tese segundo a qual o art. 49, parágrafo único, da LEP, deveria ser interpretado à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Não há qualquer óbice a que, em razão de critérios de política legislativa, seja estabelecida idêntica sanção, às hipóteses de consumação ou tentativa de determinados ilícitos, inclusive no campo da execução da pena. 4. Recurso não conhecido.” (RHC 89459, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-02 PP-00284).

pelos cortes de justiça. Nas palavras do citado autor:

Embora as decisões dos Tribunais Superiores não possuam uniformidade terminológica, nem utilizem critérios expressos e claros de fundamentação dos postulados de proporcionalidade e de razoabilidade, ainda assim é possível – até mesmo porque isso se inclui nas finalidades da Ciência do Direito – reconstruir analiticamente as decisões, conferindo-lhes a almejada clareza. Por isso, não se pode afirmar que a falta de utilização expressa de critérios no exame da proporcionalidade e da razoabilidade não permita ao teórico do Direito saber, mediante a reconstrução analítica das decisões, quais são os princípios implicitamente utilizados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁴³

Assim, por tudo quanto se expôs até aqui, observa-se a importância dos princípios constitucionais acima comentados, os quais, em comunhão com os métodos hermenêuticos anteriormente estudados, possuem a função de auxiliar na compreensão normativa da constituição quanto a mudança informal de seu texto escrito. Neste sentido, no próximo tópico far-se-á uma análise comparativa entre o formalismo e o materialismo das normas constitucionais.

2.4 Formalismo e materialismo das normas constitucionais

Sempre houve um embate *pendular* de posições antagônicas entre o jusnaturalismo e o juspositivismo. Ao longo do tempo, essas duas correntes do pensamento jurídico estiveram sempre em conflito, ora prevalecendo uma, ora prevalecendo a outra.

Independentemente dos inúmeros estudos, e das fartas teorias que tentaram explicar (e diferenciar) quaisquer dessas correntes jusfilosóficas, o fato é que, de um modo geral, a primeira delas se liga com a parte material relacionada com a própria “essência jurídica”, ao passo que a segunda se liga mais diretamente com o formalismo codificado das leis.⁴⁴

Dessa forma, observa-se que o Direito Positivo é basicamente constituído por um conjunto de normas (regras e princípios) escritas ou positivadas num documento legislado.

Em contrapartida, o Direito Natural é eminentemente informal, não se atendo à codificação, pois seu núcleo básico se reporta à própria essência do homem, não se encontrando preso à regras plenamente postas numa *folha de papel* (para utilizar terminologia inculcada primeiramente por Ferdinand Lassalle) se as mesmas vão contra os direitos

⁴³ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 165.

⁴⁴Sobre o pensamento positivista, assim se pronuncia o Professor Hugo de Brito Segundo, *in verbis*: “Como já se pôde perceber, o pensamento positivista cinde a realidade e ocupa-se apenas da parte dela que pode ser aferida através dos sentidos. Apenas o mundo sensível pode ser estudado cientificamente, porque apenas ele pode ser medido, pesado e experimentado. Daí a desconsideração dos valores e, com eles, a tudo o que *deveria ser*, diversamente do que é. Desconsideração, em pouca palavras, aos fins. (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 42).

universais cuja decorrência deriva da própria Dignidade da Pessoa Humana.

Para Norberto Bobbio, a diferença básica existente entre o Direito Positivo e o Direito Natural estaria na *imutabilidade*, característica deste último, em compensação, o segundo seria *mutável* por se limitar (no tempo e no espaço) a um determinado povo.

Ainda para o mencionado autor, o positivismo jurídico teria reduzido a ciência normativa, pura e simplesmente, ao Direito Positivo, o que excluiria o Direito Natural da categoria de *Direito*, apesar de ainda existiria “resquícios” da aplicação de tal direito devido ao surgimento de “lacunas” no Ordenamento Jurídico⁴⁵. Essa visível distinção entre o Direito Natural e o Direito positivo é apontada também, de igual modo, pelo professor Reginaldo da Costa, o qual dispõe:

Para autores positivistas (como Kelsen) os conteúdos *em si* são neutros, isto é, não são nem jurídicos e nem antijurídicos. Contrariamente aos positivistas, os jusnaturalistas, para os quais há um direito natural, reclamam para a identificação da juridicidade um elemento material, um conteúdo, que tem como referencial, por exemplo, os ditames da natureza humana, a natureza das coisas, etc. Para os positivistas, portanto, o direito é positivo e posto por autoridade, no entanto, para os jusnaturalistas há como referencial para o direito positivo um direito dado pela natureza e passível de ser reconhecido pela razão.⁴⁶

Assim sendo, pode-se afirmar que o Direito Positivo é posto pelo legislador através do estabelecimento de normas jurídicas, enquanto que o Direito Natural se pressupõe no espírito humano, e sua via de manifestação usual se dá através da razão com o emprego flexível dos princípios. Neste sentido, o professor Glauco Barreira Magalhães Filho sustenta que

Partindo da definição de Cossio, do Direito (gênero) como conduta em interferência intersubjetiva, podemos asseverar que o Direito Positivo é a conduta em interferência intersubjetiva medida por normas, e o Direito Natural é a conduta em interferência intersubjetiva medida por princípios. Através do Direito Positivo, a conduta é qualificada como lícita ou ilícita, e, mediante o Direito Natural, a conduta é qualificada como justa ou injusta.

A licitude ou ilicitude são qualificações criadas pelas normas, mas a justiça ou injustiça são categorias que pertencem à natureza ou à valoração de referência da conduta específica. A norma e, principalmente, a decisão judicial, *deveriam ser* baseadas no Direito Natural, mas o Direito Positivo e Judicial podem sofrer deturpações.⁴⁷

⁴⁵Com relação a questão das *lacunas*, Norberto Bobbio menciona que a resolução de tal problemática poderia ser obtida com a adoção dos seguintes meios: “Diante de uma lacuna, se aplicarmos a norma geral exclusiva, o caso não regulado será resolvido de modo oposto ao regulado; se aplicarmos a norma geral inclusiva, o caso não regulado será resolvido de modo idêntico ao regulado. Como se vê, as consequências da aplicação de uma norma geral ou de outra norma são bem diversas, ou melhor, são opostas. E a aplicação de uma ou de outra norma depende do resultado da indagação sobre o fato de o caso não regulado ser ou não similar ao regulado. Mas o ordenamento, em geral, não nos diz nada sobre as condições com base nas quais dois casos possam ser considerados similares. A decisão sobre a semelhança dos casos cabe ao intérprete. E, sendo assim, cabe ao intérprete a decisão se, em caso de lacuna, ele deve aplicar a norma geral exclusiva, e, desse modo, excluir o caso não previsto na disciplina do caso previsto. Na primeira situação, diz-se que adota o *argumentum a contrario*; na segunda, o *argumentum a simili*. (BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 130).

⁴⁶COSTA, Reginaldo da. **Ética e filosofia do direito**. Fortaleza: ABC editora, 2006, p. 40.

⁴⁷MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. op. cit., p. 203.

O formalismo e o materialismo, presentes, num e noutro caso, no Direito Positivo e no Direito Natural, relacionam-se de perto, quando trazidos para uma perspectiva constitucional, com o que já se afirmou linhas atrás acerca das constituições rígidas e das constituições flexíveis⁴⁸ e, por conseguinte, sobre as constituições escritas e as constituições não escritas.

A Constituição formal, ou seja, aquela formalizada documentalmente em um texto escrito e idealizado pelo constituinte originário possibilita o que se pode chamar de *segurança jurídica*, pois “A ideia de uma norma jurídica resultante de um documento legal acarreta a pretensa segurança e a precisão contidas nas amarras das palavras”.⁴⁹

Assim, observa-se que na classificação costumeiramente feita à atual Constituição Brasileira de 1988, no que se refere ao ser aspecto formal, tem-se a mesma como sendo uma Constituição rígida, dotada de um laborioso e dificultoso processo técnico-formal de modificação do seu texto escrito.

O que acarreta, a um só tempo, duas características que lhe são inerentes, quais sejam: 1) a estabilidade plena dos mecanismos democráticos que lhe servem de sustentação (cláusulas pétreas); e 2) a segurança dispositiva de seu texto escrito, que constitui garantia de eficácia normativa da própria essência histórica na qual a Constituição teve sua origem.

Essa ideia de rigidez constitucional através da positivação legal do próprio materialismo da Constituição tem sua base remota no advento mesmo das Revoluções Liberais Burguesas, quando se sedimentou a ideia de que o materialismo constitucional deveria se vincular ao formalismo de suas normas, no intuito de, com a positivação, tolher-se os *mandos* e os *desmandos* do Absolutismo então em voga.

Denise Soares Vargas, referindo-se a esse período, em especial às Revoluções Americana e Francesa de 1776 e 1789 (respectivamente), menciona que

São esses dois capítulos que substituem o Absolutismo – em que a ordem social embasava-se nas ideais de desigualdade e privilégios – por uma Codificação, com o reconhecimento do princípio da legalidade aperfeiçoado com a ideia das constituições rígidas que submetem o legislador à lei constitucional, de forma que nas atuais democracias constitucionais não mais existem poderes absolutos, soberanos, pois todos estão submetidos à lei, formal e materialmente.⁵⁰

Mais à frente, a citada autora enfatiza que “As revoluções americana e francesa universalizaram, portanto, a concepção de constituição escrita em que a realidade do Estado

⁴⁸“Estas não exigem qualquer requisito especial para sua modificação, podendo ser reformadas, portanto, pelo processo legislativo de elaboração ou reforma de uma lei ordinária. As rígidas, ao seu turno, são aquelas que demandam um procedimento legislativo formal, solene e mais complexo para a sua reforma que o aplicado nas demais leis.” (VARGAS, Denise. op. cit., p. 23).

⁴⁹Ibid., p. 18.

⁵⁰Ibid., p. 21.

está plasmada em um documento supremo composto por regras ou normas jurídicas”.⁵¹

A visão formalista da Constituição contém em si duas concepções jurídico-filosóficas ligadas ao texto constitucional que não apenas atribui à Magna Carta a característica de segurança de suas normas, mas também a característica de superioridade das mesmas, tais concepções são: 1) a rigidez; e 2) a supremacia.

Contudo, apesar da segurança e da supremacia observadas no formalismo dos textos constitucionais, há que se salientar que a Magna Carta Nacional não se limita, em sua essência, ao que se encontra posto no bojo de seu texto positivado, pois os mecanismos e dispositivos espalhados no documento escrito não são capazes, por si só, de espelharem todo o “sentimento constitucional” presente na Lei Maior.

De um outro modo: não há como se aplicar as normas-regra da Constituição sem que sejam observadas as normas-princípio, pois se tal fosse possível, estar-se-ia indo de encontro a parte materialmente concreta da própria Constituição.⁵²

Na obra “Que é uma Constituição?”, Ferdinand Lassalle aborda, num linguajar *enxuto* e direto, os fundamentos que devem servir de alicerce na confecção da Magna Carta de um país. Tomando por base a Constituição Prussiana de 1848, Lassalle sustenta que não se forma o *conceito* de uma Constituição apenas com a apresentação de sua *matéria concreta*. Para ele é preciso algo mais que ultrapasse o mero conteúdo material disposto numa *folha de papel*. Haveria, pois, para se definir *realmente* uma Constituição, a necessidade de se buscar o que Lassalle entende como sendo a “essência constitucional”.⁵³

Neste sentido, defende o autor que a Constituição de qualquer país pode ser conceituada como “a fonte primitiva da qual nascem a *arte* e a *sabedoria* constitucionais”⁵⁴. E, para o desenvolvimento deste *conceito*, Lassalle estabelece o *método comparativo* de semelhanças e diferenças “entre a coisa cujo conceito não sabemos com outra”⁵⁵ que seja com ela equivalente.

Seguindo o método antes mencionado, o primeiro ponto de abordagem comparativa

⁵¹Ibid., p. 23.

⁵²Sobre este assunto, pontua Denise Soares Vargas que não existe uma separação concreta entre a Constituição formal e a Constituição material, o que se tem é uma *visão dual* do que se entende por Constituição. Nas palavras da autora: “Assim, percebe-se a existência de uma visão dual de Constituição. De um lado, a constituição consolidada num documento escrito, ou seja, a constituição formal. De outro, as normas referentes aos assuntos fundamentais, independentemente de sua origem formal, isto é, a constituição material. (Ibid., p. 27).

⁵³LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** 2 ed. São Paulo: Kairós Livraria Editora Ltda., 1985. p. 10.

⁵⁴Ibid., p. 11.

⁵⁵Ibid., p. 11.

enfrentado pelo autor é a *semelhança/diferença* entre Lei e Constituição, onde esta última se constituiria numa *Lei* de conteúdo e abrangência maior do que uma “simples lei ordinária”⁵⁶.

Este conteúdo constitucional, de aspecto mais amplo, adviria daquilo que Lassalle nomeia como sendo o “espírito unânime dos povos”⁵⁷, expressão que dar ao Texto da Constituição uma conotação de “qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”.⁵⁸

Nestes termos, a Constituição não seria apenas uma lei tal como as outras, mas a *Lei Fundamental* da nação. Todavia, dessa designação surgiria, para Lassalle, a seguinte indagação: “*e como distinguir uma 'Lei Fundamental' de outra qualquer do ordenamento jurídico?*”.⁵⁹

Para responder ao questionamento acima suscitado, Lassalle vislumbra três possíveis soluções (as quais se complementam), quais sejam: 1^a) a Lei Fundamental possuiria tal *status* por se constituir em *lei básica*; 2^a) sendo *lei básica*, funcionaria como *fundamento de validade* de todas as demais leis, *irradiando-se* sobre todo o ordenamento jurídico do país; 3^a) a ideia de *fundamento* traria, de modo indireto, “a noção de uma *necessidade ativa*, de uma força eficaz que torna por *lei da necessidade* que o que sobre ela se baseia *seja assim e não de outro modo*.”⁶⁰

Para Lassalle, o texto normativo de uma Constituição encontra-se atrelado aos *Fatores Reais de Poder*, visto constituírem os mecanismos norteadores da *validade* e da *aceitação* da Constituição perante a sociedade. Tais fatores encontram-se presentes no convívio social, constituindo “força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço”.⁶¹

Sustenta o autor retromencionado a existência de um “paralelismo” entre os *Fatores Reais de Poder* e as *Instituições Jurídicas*, enfatizando que a Constituição é constituída pela “soma dos fatores reais do poder que regem um país”.⁶²

Deste modo, a parte formal (escrita) da Constituição constituiria apenas a *positivação* (em um documento) destes *fatores reais de poder* presentes (*in concreto*) na sociedade.

⁵⁶Ibid., p. 12.

⁵⁷Ibid., p. 13.

⁵⁸Ibid., p. 13.

⁵⁹Ibid., p. 14.

⁶⁰Ibid., p. 14 e 15.

⁶¹Ibid., p. 17.

⁶²Ibid., p. 30.

Lassalle chama esta *positivação documental da Constituição* de “verdadeiro direito nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e, por conseguinte é punido”.⁶³

Mais à frente, Lassalle destaca a importância comparativa entre a Constituição *real e efetiva*, “integralizada pelos fatores reais e efetivos que regem a sociedade”⁶⁴ e a Constituição de *papel* (ou escrita), formalmente válida, mas muitas vezes destoante da realidade prática advinda dos *Fatores Reais de Poder*. Para tanto, defende que

Onde a Constituição *escrita* não corresponder a *real, irrompe* inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças do país. (...). De nada servirá o que se escrever numa folha de papel se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder.⁶⁵

Desta forma, prega o mencionado autor a necessidade de que seja estabelecida uma correlação direta entre o texto constitucional escrito e *o que se realiza* quotidianamente no convívio social. Em sentido correlato ao defendido por Lassalle, o professor Paulo Bonavides argumenta que

Cada país tem ordinariamente duas Constituições: uma no texto e nos compêndios de Direito Constitucional, outra na realidade; uma que habita as regiões da teoria, outra que se vê e percebe nas trepidações da vida e da *práxis*; a primeira, escrita do punho do legislador constituinte em assembleia formal; a segunda, que ninguém redigiu (...) a verdadeira Constituição está no texto e na realidade.⁶⁶

Logo depois, o renomado constitucionalista brasileiro complementa que a constituição possui não apenas um, mas dois poderes constituintes originários. Enquanto o primeiro é reconhecido e encontra-se sujeito à disciplina jurídica, o segundo é remanescente e está afeito às categorias sociais, motivo pelo qual atua à margem do formalismo normativo estatal, perfazendo o cerne material da Constituição⁶⁷. Nas palavras de Bonavides:

Asseveramos que dois poderes constituintes sobrevivem à feitura de uma Constituição, mas os juristas em geral só admitem um deles e isso não é verdade. O outro poder constituinte, desconhecido ou remanescente, não se sujeita à disciplina jurídica, porquanto, como já dissemos, pertence às categorias sociais que atuam à margem do quadro normativo formal. É ele expressão da realidade e tem por isso feição originária, e de algum modo se caracteriza como o mesmo poder constituinte originário em estado potencial. (...) Poder constituinte, anônimo, silencioso, mas sumamente eficaz. Exercita-se por múltiplas vias. Fruto às vezes da função criativa dos juizes que interpretam a Constituição formal à luz de uma 'compreensão prévia', ele nasce impregnado de realidades existenciais, como os juristas da tópica excelentemente assinalaram em profundas reflexões de filosofia do direito.

⁶³Ibid., p. 30.

⁶⁴Ibid., p. 38.

⁶⁵Ibid., p. 51 e 55.

⁶⁶BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 188.

⁶⁷“A ideia de constituição material revela possibilidades outras de desenvolvimento, modificação e interpretação do real significado da Constituição”. (VARGAS, Denise. op. cit., p. 27).

Manifesta-se também difusamente, fora dos tribunais, à margem do texto constitucional, com a mesma força normativa. Prende-se nesse caso a instâncias mais recuadas, familiaríssimas às Constituições costumeiras.⁶⁸

Conclui-se, então, pela existência de uma Constituição dúplice: 1^a) a formal – que se encontra estabelecidamente escrita e documentada na chamada *folha de papel* de Lassalle; e 2^a) a material – a qual estipula os valores essenciais a serem seguidos pelo Estado Democrático de Direito, e que é regida pelos *fatores sociais de poder* presentes socialmente. Essa dualidade constitucional é apontada por Denise Soares Vargas do seguinte modo, *in verbis*:

Assim, percebe-se a existência de uma visão dual de Constituição. De um lado, a constituição consolidada num documento escrito, ou seja, a constituição formal. De outro, as normas referentes aos assuntos fundamentais, independentemente de sua origem formal, isto é, a constituição material.⁶⁹

2.5 O mundo do ser e o mundo do dever-ser

Feita no tópico precedente a dissociação (mas também a aproximação) entre Constituição formal e Constituição material como componentes formadores, na realidade, de um todo⁷⁰ existencial a refletir em sua inteireza a própria “razão de ser” do existir constitucional⁷¹, cabe agora tecer algumas considerações dissociativa-associativas entre o “mundo do ser” e o “mundo do dever-ser”.

De um modo mais preciso, cabe agora fazer uma “ponte de ligação” entre os dois lados abismais do que Arnold Brecht, conforme palavras do Professor Arnaldo Vasconcelos, designou como “doutrina do abismo”. No escólio literal de Arnaldo Vasconcelos:

Esse contraste entre ser e dever ser projeta-se, desde logo, nas oposições entre natureza e cultura, física e metafísica, aparência e essência, fato e valor, causalidade e normatividade. Estabelece-se, ademais, total intransitividade entre os termos da oposição, tornando-os autônomos e imóveis. Em suma: ser e dever-ser estão separados por oposição, incomunicabilidade e exclusão. Arnold Brecht, diante dessa total incomunicabilidade entre ser e dever ser, a denominou “doutrina do abismo”. Predica-se, de fato, a existência de um fosso intransponível entre o mundo do ser e o mundo do dever ser.⁷²

De conformidade com o ensinamento do doutrinador retroaludido, o *ser* e o *dever-ser*

⁶⁸BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 188.

⁶⁹VARGAS, Denise. op. cit., p. 27.

⁷⁰“O que se chama o todo é na realidade sempre incompleto e, portanto, não é verdadeiramente um todo; o todo é essencialmente mutável, de tal maneira que o seu futuro não pode ser previsto.” (STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Miguel Morgado. Lisboa: edições 70, 2009, p. 21).

⁷¹Da mesma forma como *corpo* e *alma*, em suas dualidades existenciais, espelham e refletem, conjuntamente, o real existir do ser humano.

⁷²VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Pura do Direito: repasse crítico de seus principais fundamentos**. Rio de Janeiro: editora Forense, 2003, p. 134.

constituiriam realidades paralelas que nunca se cruzariam, perfazendo-se em mundos estanques incapazes de se bifurcarem em suas existências metafísicas.

Trazendo este entendimento para o contexto das normas jurídicas e para o convívio social: seria o mesmo que sustentar a ocorrência de um total descompasso entre a norma abstrata – criada para a regulação da vida em sociedade –, e a própria concretude desse convívio social regulado pela norma em questão. Em termos metafóricos: é afirmar-se a total separatividade entre *corpo* e *alma* para o existir humano e, ainda assim, defender que o “homem existe”.

Numa concepção idealista, e em oposição ao que é comumente sustentado pela maioria dos autores, o professor Glauco Barreira Magalhães Filho defende que o “ser” e o “dever-ser”, quando colocados num grau metafísico mais elevado, ou seja, quando colocados no mundo dos *valores*⁷³, acabam constituindo-se, na realidade, em elementos que derivam, de forma mediata, do *Sumo Bem*. Nas palavras do aludido autor:

A proposta aqui desenvolvida é idealista porque se ocupa dos valores enquanto realidades que derivam do Sumo Bem onde *ser* e *dever-ser* se encontram. Adaptando o argumento ontológico de Anselmo às exigências axiológicas, pode-se dizer que há uma certeza imediata, profundamente radicada na consciência humana, de que o máximo bem e o máximo belo não são apenas pensamentos ou representações do espírito, mas uma realidade, um ser. Se não existissem nesses termos, não seriam o que são, isto é, máximos.⁷⁴

Do que foi dito acima, contudo, não se deve concluir pela ausência de diferenças pontuais, ou mesmo de *espaços de distanciamento* entre o “mundo do ser” e o “mundo do dever-ser”; entre a realidade fática e a norma que a regula; ou, ainda, entre o *corpo* e a *alma* humana⁷⁵. Em verdade, existem inúmeras diferenças entre o *ser* e o *dever-ser*, o que não implica em concluir pela cindibilidade totalizante dessas duas parcelas sensíveis da vivência cognoscente, apreensíveis pela razão prática.

O que separa, deveras, o *ser* do *dever-ser*, é unicamente o fator temporal em sua roupagem abstrata ou, diga-se antes: o “mundo do ser” e o “mundo do dever-ser” encontram-

⁷³Sobre o verbete *valor*, assim preleciona o professor Raimundo Bezerra Falcão: “*Valor* se origina do latim *valorem*, que, entre outras significações, quer dizer esforço, estimação, coragem. Filosoficamente, conceituamos *valor como sendo todo estímulo que, partindo do íntimo do ser humano, leva-o a esforçar-se para obter um determinado bem*” (FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014, p. 62 e 63).

⁷⁴MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. op. cit., p. 16.

⁷⁵Com relação a *alma humana*, há quem afirme que a mesma encontra-se dividida em três “sentidos metafísicos”: a Imagem, o Som, e o Verbo. É o que se conclui na leitura da transcrição a seguir: “A Alma, em sua condição de “essência” ou, ainda, como via cognitiva do conhecimento artístico humano possui, verdadeiramente, três sentidos fundamentais. Estes sentidos têm sua origem *per se* dentro da própria Alma e estabelecem relação direta com três dos “cinco sentidos carnis”. A percepção desses sentidos espirituais está intrinsecamente concatenada à visão, à audição e ao paladar. Tais sentidos são os que se seguem: a IMAGEM, o SOM e o VERBO! (TREBOR, Robert. **Gritos D’Alma**. São Paulo: Livre Expressão Editora, 2013, p. 20).

se apartados pelo perpassar contínuo do tempo desprovido da concretude fática que invariavelmente acompanha o seu “lento caminhar”.

Os eventos rotineiros do cotidiano social, em seus instantes temporais, tendem a *flexibilizar* a rigidez normativa idealizada e alicerçada, de modo preventivo e antecipatório, para um dado fato ou contexto social e em um determinante *tempo-próprio*. Ocorre que a repetição contínua e incessante dos eventos concretos do dia-dia, amalgamados idealmente pela norma abstrata, acaba *rompendo* com o “universo de possibilidades ideais” contido na norma em sua dimensão *lato sensu*.

Desta feita, quando a norma jurídica já não condiz com a realidade fática para a qual foi criada, faz-se necessário a sua revogação, ou substituição, por outra que esteja mais de acordo com os valores sociais defendidos pela sociedade em que ela foi elaborada, pois

a realidade social de um Estado também se mostra aceleradamente cambiante numa sociedade globalizada, conectada por meios reais de comunicação, e com a dependência econômica entre os mercados internacionais, o que implica, muitas vezes, em descompasso entre o ser e o dever-ser, entre a realidade e o texto constitucional rígido, exigindo o desenvolvimento de mecanismos jurídicos capazes de filtrar esse descompasso entre lei e realidade.⁷⁶

O intérprete da norma, ao aplicar (e concretizar) o dispositivo normativo tracejado no texto escrito, acaba *funcionando* como uma “ponte de ligação” entre o estabelecimento abstrato da lei e a sua efetivação *concreta* na sociedade onde a mesma se encontra inserida.

Nessas circunstâncias, forçoso se faz mencionar que as inúmeras “tensões” percebidas no corpo-textual da Magna Carta de 1988 decorrem, muitas vezes, de uma lei infraconstitucional *interpretada e aplicada* de maneira “dessintonizada” com a realidade fática originalmente idealizada pelo legislador quando de sua feitura.

É no sentido aqui plasmado que argumenta Arthur Kaufmann, o qual, ao dispor acerca da unidade relacional entre a aplicação da norma e o mundo dos fatos sociais, define o Direito como sendo uma correspondência estabelecida entre o *ser* e o *dever-ser*. Nas palavras do citado autor:

Como la ley sólo puede ser concretada considerando las posibles situaciones de la vida a ser regladas, así también el derecho sólo puede ser realizado considerando las situaciones reales de la vida a ser decididas. La norma como “deber ser”, no puede, en absoluto, producir desde sí misma derecho real; para ello debe incluirse un elemento propio del ser (ein seinhaftes). Sólo donde la norma y la situación concreta de la vida, “deber ser” y “ser”, uno y outro Sean puestos en correspondencia, se origina derecho real. O, dicho brevemente: derecho es la correspondencia de “deber ser” y “ser”.

El derecho es una correspondencia; así la totalidad del derecho no es un

⁷⁶VARGAS, Denise Soares. op. cit., p. 30.

*complejo de artículos, ni una unidad de normas, sino una unidad relacional.*⁷⁷

Um mecanismo jurídico que possibilita fazer a correspondência entre o “ser” e o “dever-ser”, ou seja, entre a realidade fática e a realidade idealizada em meio às dinâmicas sociais, é o fenômeno das mutações constitucionais.

Tal fenômeno constitui, pois, o objeto central do presente estudo, e que é definido por Denise Soares Vargas como sendo “O fenômeno de mudança informal da Constituição, independentemente do procedimento legislativo complexo contemplado em seu texto para que lhe seja empreendida uma reforma (...)”⁷⁸.

No capítulo seguinte tratar-se-á mais detidamente do fenômeno em comento, ocasião em que será estabelecida, de forma mais apropriada, uma base terminológica sobre o conceito de “mutação constitucional”, apontando ainda a possibilidade de existência das chamadas “mutações inconstitucionais”.

Ao fim do capítulo, serão enumerados os diversos *tipos* de mutações constitucionais apontados pela doutrina jurídica brasileira.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 Diferença entre texto e norma

Antes de adentrar no conceito de Mutação Constitucional, faz-se necessário, neste primeiro momento, estabelecer-se a separação entre *texto* e *norma*⁷⁹. Para tanto, utilizar-se-á, superficialmente, da Teoria Estruturante de Friedrich Müller. Para esse estudioso do Direito, o texto da Constituição, em seu formalismo isolado, constitui apenas a *ponta do iceberg* para a

⁷⁷KAUFMANN, Arthur. *Analogia y “naturaliza de la cosa”*: hacia una teoria de la comprension jurídica. Trad. do alemão de Enrique Barros Bourie. Chile: editorial jurídica, 1976, p. 56.

⁷⁸VARGAS, Denise Soares. op. cit., p. 28.

⁷⁹“Uma das premissas a ser observada na interpretação da constituição é de que o texto legal não deve ser confundido com a norma. (...) Assim, há que se distinguir “texto da norma” com a “norma” propriamente dita”. (Ibid., p. 48). Este também é o posicionamento do Professor Paulo Bonavides, o qual argumenta que “onde menos se conhece a Constituição é provavelmente no seu texto, não sendo, portanto, de se desprezar jamais a parte submersa e invisível das Constituições, aquela que transcorre com toda força e energia na ambiência sensível da vida”. (BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 85).

concretização da sua compreensão, ou seja, o texto, dentro de uma dimensão *stricto sensu*, ainda não configura *norma jurídica*, mais apenas o objeto normativo inicial a ser interpretado.

Assim, a norma jurídica constitucional, na realidade, constituir-se-ia no *produto* final decorrente da interpretação, da compreensão e da concretização estabelecidas pelo intérprete e aplicador da norma no momento de fazer a análise extralinguística contida na linguagem⁸⁰ constitucional. Ao combater o positivismo jurídico que apenas identificava o Direito como sendo constituído pelo texto legislativo⁸¹ emanado da vontade soberana,

Müller, mediante o uso de um método racionalista de concretização da norma, combatendo essa visão positivista, demonstra que não se pode confundir o texto legal com a norma jurídica, pois a norma é fruto de sua concretização, resultado da interpretação-concretização e não é algo dado ou preexistente.⁸²

Tal como Müller, sustenta J.J. Gomes Canotilho que “O texto legal a ser interpretado é denominado de ‘disposição’ e a norma é a parte de um texto já interpretado, ou seja, é o sentido ou significado da disposição”⁸³. O entendimento de Canotilho é também apoiado por Humberto Ávila, o qual dispõe que “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.⁸⁴

Enfatiza ainda Humberto Ávila que o sentido de um termo não está intrinsecamente ligado ao conteúdo das palavras, tornando-se essencial a observância de um processo de interpretação. O significado de um termo vai depender do momento histórico, do local, da cultura, bem como ainda de diversos outros fatores que irão influenciar o ato do intérprete.

Ávila ressalta que o intérprete não deve se prender apenas à descrição do dispositivo

⁸⁰A importância da *linguagem* é apontada por Richard Weaver no Livro “As ideias têm consequências”. Nesta obra, Weaver associa o poder da linguagem com o poder divino de não apenas nomear às coisas, mas também de controlá-las. Nas palavras do autor: “creio ser obrigatório um exame rigoroso da santa crença de que um elemento divino está presente na linguagem. A sensação de que o poder sobre a linguagem confere controle sobre as coisas está profundamente incrustada na mente humana. (...) A palavra é, além disso, o veículo da ordem, e os que a dominam são tidos como detentores de uma compreensão superior, que deve penetrar a relação necessária entre as coisas. (WEAVER, Richard. **As ideias têm consequências**. Trad. de Guilherme Araújo Ferreira. São Paulo: Realizações editora, 2012, p. 163 e 164). Também no que concerne à importância da linguagem, sustenta Edgar Allan Poe que “Quantas e quantas vezes não ouvimos a observação de que tal e qual pensamento ultrapassa a esfera das palavras?! Não acredito que um pensamento propriamente dito possa estar fora do alcance da linguagem”. (POE, Edgar Allan. **Poesia e prosa**. Trad. de Oscar Mendes e Milton Amado. Porto Alegre: Livraria do Globo, v. 3, 1944, p. 292).

⁸¹Um instituto *normativo* interessante a se observar, e que se encontra à margem do processo legislativo típico, diz respeito à questão da Súmula Vinculante, a qual, embora elaborada objetivamente pelo Poder Judiciário para a sedimentação de entendimentos jurisprudenciais conflitantes, não constitui, ainda assim, “a norma em si, ou seja, ela também pode ser interpretada por mais objetiva que seja. Até mesmo por que: *não há clareza que dispense interpretação*.” (ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. op. cit., p. 48).

⁸²VARGAS, Denise Soares. op. cit., p. 51.

⁸³CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.202.

⁸⁴ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 30.

da norma, mas, antes, deve ir além, ou seja, deve construir e reconstruir os significados das palavras contidas no texto normativo.

A reconstrução se dará de dois modos, a saber: “a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual”.⁸⁵

Desse modo, conforme afirma Ávila, pode-se aferir que as normas são construídas e reconstruídas pelo intérprete de acordo com as transformações históricas, culturais, sociais, econômicas, geográficas etc. Entretanto, não se pode perder de vista o fato de que o texto é o ponto de partida, pois nele encontram-se contidos certos sentidos que antecedem o próprio processo de interpretação da norma jurídico-constitucional.

Em sua metódica estruturante, aponta Müller que a hermenêutica Jurídica sedimentou um novo olhar sobre a norma jurídica, tendo-se estabelecido um meio mais amplo de se analisar a normatividade de um dado dispositivo normativo. Müller enfatiza que a normatividade não deve ser retirada apenas do texto da norma, mas também de elementos extralinguísticos calcados na realidade fática. Tais elementos, visivelmente encontráveis no mundo dos fatos, não se apresentam de forma aberta no texto legal. Nas palavras de Müller:

Mas um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamento conjunto de fatos de uma não identidade de texto da norma e norma (...) o teor literal de uma prescrição juspositivista é apenas a ponta do *iceberg*. Por um lado, o teor literal serve, via de regra, à formulação do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição. Por outro lado, contrário, ela resulta dos dados extralinguísticos de tipo-estatal social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua permanência.⁸⁶

Em decorrência do que foi dito anteriormente, pontua Friedrich Müller que “uma norma jurídica é mais do que o seu texto. A concretização prática da norma é mais do que a interpretação do texto”⁸⁷. Assim, uma vez visto que o texto e a norma não se confundem, abre-se margem para a possibilidade de que o aplicador da Constituição possa interpretá-la de um modo mutacional. É, pois, neste mesmo sentido as palavras de Denise Soares Vargas, ao concluir que,

⁸⁵Ibid., p. 36-37.

⁸⁶MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

⁸⁷MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

Portanto, a Constituição positivada deve ser compreendida, interpretada e concretizada, pois não se consubstancia em uma obra acabada; e, nesse processo hermenêutico, abre-se espaço para que o aplicador da Constituição dê-lhe nova interpretação, importando em uma mutação constitucional.⁸⁸

3.2 Conceito de Mutação Constitucional

A palavra “mutação” designa *mudança, transformação* ou *alteração* de algo ou de alguma coisa. Deste modo, ao se falar em “mutação constitucional”⁸⁹, não se está fazendo mais do que se referindo a *alterabilidade* do texto constitucional. Contudo, enfatize-se que isto é o que se pode chamar de sentido *lato sensu* da expressão, tomada em seu dimensionamento linguístico-literário de interpretação.

Numa análise jurídica da questão, cabem aqui algumas ponderações hermenêuticas, visto que sob o enfoque do Direito, a expressão em comento assume contornos específicos, havendo a necessidade de se fazer um estudo mais acurado da mesma. De fato, numa primeira abordagem do tema, verifica-se ser a “mutação constitucional” apenas a possibilidade de alteração do Texto Maior do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Entretanto, cabe frisar que esse viés alterativo pode se dar de uma maneira formal⁹⁰ (através de emenda) ou informal⁹¹ (situação a impor uma *nova significação* de entendimento ao texto escrito). É, pois, neste último caso, que se aplica com maior propriedade a expressão em comento.

Já no que concernem as *emendas*⁹², a mudança normativa do texto é mais conhecida por “reforma constitucional”. Todavia, em uma ou outra situação o resultado prático acaba sendo o mesmo, ou seja, a *transformação* do sentido primevo do texto constitucional, a fim de adequá-lo às mudanças constantes correntes no convívio da sociedade brasileira.

⁸⁸VARGAS, Denise Soares. op. cit., p. 57.

⁸⁹Canotilho utiliza a expressão “Transição Constitucional”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., p. 1228). Péricles Pereira de Sousa e Pedro Rafael Malveira Deocleciano entendem que “a *transição constitucional* surge como uma possibilidade de alterar o sentido e a aplicação da norma, atendendo à necessidade da “vontade atual” da sociedade. O processo de mutação emerge, portanto, como veículo de aproximação entre a Constituição e o âmbito de sua aplicação”. (MALVEIRA, Pedro Rafael; SOUSA, Péricles Pereira de. *Mutação constitucional por interpretação: promoção ou ameaça aos direitos fundamentais?*. In: **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**. MATIAS, João Luís Nogueira (coord.). São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 263.

⁹⁰“Nos Estados onde a rigidez constitucional se faz presente, da Constituição derivam regras, solenidades e limites para a modificação de seu texto, mediante um procedimento formal denominado de reforma constitucional” (VARGAS, Denise Soares. op. cit., p. 24).

⁹¹“Esses processos informais de mudança da Constituição em que se mudam o sentido, o significado, o alcance do texto, sem empreender-lhe qualquer reforma, acarreta uma mudança material denominada de mutação constitucional. Trata-se de uma mudança oblíqua ou oculta, à margem do poder reformador”. (Ibid., p. 30).

⁹²“Uma das formas de o Direito acompanhar, em velocidade relativamente lenta, o descompasso entre o ser e o dever-ser ocorre mediante processos revisionais na legislação, a exemplo das reformas empreendidas pelo Legislativo na Lei Constitucional do Estado, mediante a elaboração de Emendas. (Ibid., p. 29).

A alterabilidade interpretativa do texto constitucional deriva do alto grau de abstratividade de suas normas. Essa abstratividade (ou ainda *abertura*) dos preceitos e regras jurídico-constitucionais decorre da existência de uma *moldura interpretativa* (no dizer de Kelsen), oriunda da dubiedade dos termos ou expressões utilizadas pelo constituinte na *confeção* da Lei Maior.

Deste modo, urge que tais dispositivos literalmente construídos para um determinado momento histórico⁹³ sejam, com o tempo, paulatinamente preenchidos ou integrados por meio de mudanças estruturais concretas, ou ainda cognitivas, no âmbito da interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo o entendimento acima exposto, ensina Celso Ribeiro Bastos que “A norma Constitucional, muito frequentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado”⁹⁴. E como já se defendeu anteriormente no decorrer deste estudo, essas normas constitucionais de maior abertura são aquelas constituídas pelos princípios e foram defendidas por Alexy como possuidoras de um mesmo grau hierárquico-normativo que o das regras.

Deve-se destacar, ainda, que as dificuldades de interpretação advindas destas “normas constitucionais” são de índole tanto *qualitativa* quanto *quantitativa*. É dizer, tanto dificultam o entendimento e a aplicação da norma constitucional num sentido *vertical*, quanto em um sentido *horizontal* (posta a norma – de um modo alegórico –, em um plano cartesiano), ou seja, tanto atingem as relações jurídicas estabelecidas entre o poder público e os particulares, quanto as relações jurídicas estabelecidas pelos particulares entre si.

Assim, nesta árdua tarefa de *precisar* o sentido adequado da aplicação da norma ao caso concreto, faz-se necessário aos intérpretes das normas jurídico-constitucionais um desvelo mais cuidadoso na identificação e na determinação do conteúdo e do sentido do texto constitucional positivado⁹⁵.

Neste diapasão, afirma André Ramos Tavares que “a chamada mutação informal da (compreensão da) Constituição opera sem qualquer alteração da forma, do texto, da Constituição, motivo pelo qual acaba sendo denominada mutação constitucional informal ou

⁹³Para Péricles Pereira e Pedro Rafael Malveira, o fator *tempo* não constitui uma variável a ser observada na caracterização do fenômeno mutacional. Nas palavras dos mencionados autores: “Em verdade, não é possível definir a mutação constitucional como fenômeno que demande tempo para que possa ser tida como legítima”. (MALVEIRA, Pedro Rafael; SOUSA, Péricles Pereira de. op. cit., p. 264).

⁹⁴BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit., p. 54.

⁹⁵“Na tradição do *civil law*, apenas é possível aferir-se a importância da jurisprudência se levarmos em conta sua relação com a lei” (ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz, op. cit., p. 35).

não textual”⁹⁶. Enfatiza depois o referido autor que “Não há dúvida de que a abertura semântica das constituições, que a partir da II Grande Guerra Mundial passaram a incorporar normas principiológicas, contribui para a ocorrência e intensificação desse fenômeno”⁹⁷.

Essa mudança informal dos textos constitucionais em países de constituição rígida é também mencionada por Denise Soares Vargas, para quem “mesmo nos países de constituição rígida como os Estados Unidos, o texto pode restar intacto, modificando-se, no entanto, o sentido que lhe fora originariamente atribuído”⁹⁸. Neste sentido, aponta Luís Roberto Barroso que

No direito norte-americano, o fenômeno da mudança não formal do texto constitucional é, a um só tempo, potencializado e diluído em razão de duas circunstâncias. A primeira está associada ao caráter sintético da Constituição, na qual estão presentes normas de textura aberta, como federalismo, devido processo legal, igualdade sob a lei, direitos não enumerados, poderes reservados. A segunda diz respeito ao próprio papel mais discricionário e criativo desempenhado por juízes e tribunais em países nos quais vigora o sistema do *common law*. Em consequência dessas peculiaridades, foram desenvolvidas jurisprudencialmente inúmeras teses que não tinham previsão expressa, como a teoria dos poderes implícitos, a imunidade tributária recíproca entre os entes da Federação, a doutrina das questões políticas, o direito de privacidade, dentre outras. Não obstante isso, a experiência americana tem casos marcantes de inequívoca mutação constitucional. Dois deles são referidos a seguir. A jurisprudência formada a partir do *New Deal* rompeu frontalmente com o entendimento constitucional vigorante ao longo da denominada era Lochner, passando a admitir como constitucionalmente válida a legislação trabalhista e social proposta por Roosevelt e aprovada pelo Congresso. Até então se havia entendido que tais leis violavam a Constituição. Um segundo exemplo: a decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Brown v. Board of Education*, julgado em 1954, que impôs a integração racial nas escolas públicas. Até então prevalecia o entendimento constitucional, firmado em *Plessy v. Ferguson*, julgado em 1896, que legitimava a doutrina do 'iguais mas separados' no tratamento entre brancos e negros. Nessas duas hipóteses, a Constituição material mudou substancialmente, sem que houvesse alteração de seu texto⁹⁹.

Quanto aos limites formais de alteração do texto constitucional, a Magna Carta de 1988 estabeleceu, em seu artigo 60, § 4^o¹⁰⁰, *aquilo* que é conhecido pela doutrina como “cláusulas pétreas”. Estipula os supracitados dispositivos, *in verbis*:

Art. 60. (...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

⁹⁶TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 106).

⁹⁷TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 106.

⁹⁸VARGAS, Denise Soares. op. cit., p. 32.

⁹⁹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124-125.

¹⁰⁰“Essas limitações materiais são obstáculos intransponíveis, opostos pelo legislador constituinte originário ao legislador ordinário, sobre determinadas matérias. Os primeiros – explícitos – estão dispostos no art. 60, § 4º, da Constituição (cláusulas pétreas), são eles: a forma federativa; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de Poderes e os direitos e garantias individuais. Os segundos, limites implícitos, se espriam pela Constituição, com o objetivo de resguardar a aplicabilidade dessas cláusulas.” (MALVEIRA, Pedro Rafael; SOUSA, Péricles Pereira de. op. cit., p. 266).

- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.¹⁰¹

Entretanto, com relação aos limites informais (interpretativos) do texto da Constituição, não se encontram, a princípio, mecanismos de *refreio concreto* do poder de interpretação do hermenêuta da norma¹⁰². Isso significa dizer que os ministros do STF *podem*, de certo modo, e mediante a obediência aos limites materiais¹⁰³ acima referidos, alterar informalmente o sentido da norma como melhor lhes aprouver, mesmo que, para tanto, não se tenha mudado sua estrutura textual.

O que se pode concluir dessas considerações é o fato de que a ausência de regras quanto à existência de mecanismos informais de menor ou maior flexibilização modificadora dos dispositivos da Constituição, acaba por inviabilizar a própria decretação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade dos atos e leis infraconstitucionais do ordenamento jurídico pátrio. Neste sentido, mais uma vez apresenta-se o escólio de André Ramos Tavares, o qual assevera:

Se o significado “novo” da Constituição é, evidentemente, construído apenas no momento da decisão da Justiça Constitucional, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, a situação de inconstitucionalidade de uma lei que decorra dessa especial atribuição de significado à normatividade constitucional deveria, salvo exceção justificada, respeitar as aplicações válidas da legislação fulminada. Esta seria uma forma “fraca” de deferência por parte da Justiça Constitucional à atividade do Parlamento e às relações sociais baseadas na legislação e nas interpretações em vigor à época em que se constituíam.¹⁰⁴

E, continuando, enfatiza: “a ideia de que um dispositivo da Constituição, que comporta mais de um significado, possa ser utilizado para invalidar leis ou atos normativos inferiores é insustentável”.¹⁰⁵ Arremata o autor, por fim, que

havendo várias opções interpretativas da Constituição, não cabe à Justiça Constitucional optar por uma delas e infirmar a legislação que tenha optado por outra. Esse posicionamento ignora, portanto, o importante papel da Justiça Constitucional (substantiva) na construção dos direitos fundamentais e na realização

¹⁰¹Acerca do *caput* e dispositivos do artigo 60 da Constituição Federal de 1988, assim se manifesta Denise Soares Vargas: “No caso brasileiro, a rigidez é retirada das disposições contidas no art. 60 da Constituição Federal que estabelece um rol limitado de legitimados ativos à oferta de proposta de emendas constitucionais, bem como um procedimento que exige quórum qualificado para a aprovação dessas propostas, num sistema de deliberação bicameral simétrico. (VARGAS, Denise Soares. op. cit., p. 20)

¹⁰²“Os limites da mutação constitucional representam uma questão ainda conturbada para a doutrina, pois como é possível estabelecer limites a algo que não tem forma ou momento exato para acontecer? Não há, em verdade, meios convencionais para a sua ocorrência, pois é a realidade cambiante que dita as exigências e necessidades.” (MALVEIRA, Pedro Rafael; SOUSA, Péricles Pereira de. op. cit., p. 266).

¹⁰³Quanto a estipulação de limites para a modificação interpretativa do texto normativo da Constituição via mutação constitucional, menciona Nadja Machado Botelho que “as limitações à mutação constitucional estão condensadas em três ordens de ideias: ela deve se circunscrever aos sentidos possíveis do texto; decorrer de genuína mudança na sociedade e não avançar no campo próprio da reforma constitucional” (BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional: a constituição viva de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 34.

¹⁰⁴TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 209.

¹⁰⁵Ibid., p. 209.

plena dos comandos constitucionais.¹⁰⁶

Como visto anteriormente, a mutação constitucional perfaz-se na alteração do texto normativo da Constituição sem que ocorra, de fato, uma mudança *real* na estrutura escrita da Magna Carta. Tal alteração, que se dá muitas vezes de forma sutil, decorre, na maioria dos casos, da necessidade de se compatibilizar a Carta Constitucional à realidade político-social que se encontra regida pela mesma. Segundo esse entendimento, argumenta Denise Soares Vargas que

é no substrato da realidade política que ocorre a mutação constitucional, em que o texto fica inalterado, muda-se o sentido, o alcance para adequar o documento formal à realidade que lhe é subjacente, para que o documento formal esteja em harmonia com o espírito jurídico da sociedade.¹⁰⁷

Embora o tema não possua uma quantidade grande de autores que sobre ele tenham se debruçado, doutrinadores de renomado conhecimento jurídico traçaram um conceito satisfatório sobre a matéria. Entre eles cita-se Gilmar Ferreira Mendes que, na obra “Curso de Direito Constitucional” (em co-parceria com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco), assim definiu o referido instituto, *in verbis*:

O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de 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. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.¹⁰⁸

E, como exemplo, menciona o autor em comentário o fenômeno da inflação, o qual teria *deturpado*, em sua forma interpretativa, o Princípio Constitucional da Legalidade. Para Pedro Lenza, as mutações

não seriam alterações “físicas”, “palpáveis”, materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado. As mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, através de processos informais. Informais no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional.¹⁰⁹

Após esta definição, o autor supramencionado exemplifica, tal como fizera Luís Roberto Barroso em texto anteriormente citado neste trabalho, que a Constituição dos Estados Unidos foi muitas vezes “reinterpretada”, sem que ocorresse uma mudança *concreta* em seu

¹⁰⁶Ibid., p. 209.

¹⁰⁷VARGAS, Denise Soares. op. cit., p. 37.

¹⁰⁸MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306.

¹⁰⁹LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 68.

texto original. Menciona, ademais, a alteração ocorrida com a competência trabalhista brasileira para o julgamento de ações indenizatórias decorrentes de acidentes de trabalho, competência esta que antes pertencia à justiça comum.

Por fim, arremata Pedro Lenza, de forma sintética, que “Assim, o que nos interessa observar com este tema é que quando falamos em ‘mutações constitucionais’ estamos nos referindo a uma reinterpretação da norma, sem, contudo, alterar o texto constitucional, que permanece o mesmo”.¹¹⁰

Uadi Lammêgo Bulos, do mesmo modo, entende que “o fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas, denomina-se *mutação constitucional*”.¹¹¹ E enfatiza que tal fenômeno foi detectado primeiramente na Constituição Alemã de 1871, que sofria de arraigadas *mudanças* sem que fossem feitas *reformas constitucionais*.

Denise Soares Vargas, citando Laband, menciona o fato acima do seguinte modo: “Para Laband, ao analisar a mudança informal empreendida na Constituição do *II Reich*, de 1871, a mutação constitucional ocorre na medida das mudanças empreendidas no âmbito da Administração, da Fazenda e da Justiça Federal (...)”¹¹².

Sedimentadas as premissas iniciais acerca da definição do conceito de mutação constitucional, o presente trabalho passa então a relacionar a expressão em questão com a ideia de que esse instituto, em verdade, perfaz-se em um “meio difuso” de efetivação e de promoção dos Direitos e Garantias Fundamentais.

3.3 Mutações constitucionais inconstitucionais?

Ponto importante que não se pode deixar de destacar é a possibilidade de ocorrer mutações constitucionais que, posteriormente, venham a ser declaradas inconstitucionais, do mesmo modo como acontece com os processos formais de alterabilidade do texto normativo da Constituição.

É dizer, da mesma forma como se pode declarar a inconstitucionalidade de uma Emenda Constitucional regularmente aprovada pelo Congresso Nacional em suas duas casas

¹¹⁰Ibid., p. 69.

¹¹¹BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo. Editora Saraiva, 1997. p. 54.

¹¹²VARGAS, Denise Soares. op. cit., p. 38.

legislativas e dentro do *quorum* de 3/5 (três quintos) de seus membros, também se pode arguir a inconstitucionalidade dos meios informais de alteração da Constituição Federal de 1988.¹¹³

A afirmação alhures de que o *fator tempo* não deve ser levado em conta quando da detecção da ocorrência de mutações constitucionais também se aplica com relação às mutações inconstitucionais.

Deste modo, é certo que a decretação da inconstitucionalidade de uma mutação não encontra-se condicionada ao espaço-tempo que se levou para que a alteração interpretativa do texto da Constituição fosse feita, pois neste último caso, o critério principal a ser aferido diz respeito, do mesmo modo como no primeiro, aos limites materiais e instrumentais elencados no artigo 60 da Magna Carta, bem ainda como com relação aos demais dispositivos textuais dispostos ao longo de todos os artigos da Lei Maior de 1988.

Neste mesmo sentido, sustentam Péricles Pereira e Pedro Rafael Malveira, *in verbis*:

Assim, a mutação constitucional que ocorre em curtos períodos de tempo nem sempre pode ser considerada inconstitucional, ou seja, que a mudança tenha sido influenciada pelo temperamento social passageiro, pois não é possível precisar o momento em que uma mudança informal está suficientemente madura para servir de paradigma¹¹⁴ interpretativo. Afinal, o que se pode entender por longo período de tempo, na espécie de *dinamismo* social que se vivencia hoje?¹¹⁵

Assim, observa-se que o caráter mutacional altamente interpretativo que se relaciona com tais processos de mudança do *sentido originário* concedido para um determinado dispositivo da Magna Carta (sem a alteração *in concreto* da norma em sua dimensão fática), não pode ser utilizado como circunstância a impedir a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade do *novo entendimento* dado ao preceito inalterado em sua dimensão literal.

¹¹³Com relação à possibilidade de ocorrer mutações inconstitucionais, argumentam Péricles Pereira e Pedro Rafael Malveira que “De outro modo, não se pode entender que a mutação constitucional é livre de qualquer juízo de razoabilidade, pois, se assim o fosse, estar-se-ia a pregar pela flexibilização e relatividade das normas constitucionais, situação que comprometeria a segurança jurídica e a própria identidade da constituição. Nesse quadrante, quando da interpretação se vislumbra uma situação de contrariedade à Constituição, verifica-se a ocorrência da *mutação inconstitucional*”. (MALVEIRA, Pedro Rafael; SOUSA, Péricles Pereira de. op. cit., p. 260).

¹¹⁴Thomas Kuhn, em obra intitulada **A Estrutura das Revoluções Científicas**, 5. ed., São Paulo: editora Perspectiva S.A., 1988, p. 13 e 26, chamou de *paradigmas* a esta “mudança/aceitação” da posição estabelecida entre o conhecimento hodiernamente aceito e aquele desenvolvido numa determinada época. Em suas palavras: “Considero ‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante alguma tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. (...) são denominados de revoluções científicas os episódios extraordinários nos quais ocorre essa alteração de compromissos profissionais. As revoluções científicas são os complementos desintegradores da tradição à qual a atividade da ciência normal está ligada”.

¹¹⁵(MALVEIRA, Pedro Rafael; SOUSA, Péricles Pereira de. op. cit., p. 264).

O que importa não é a norma posta, documentalmente escrita e organizada num determinado texto, mas sim a aplicação e a interpretação que se faz dessa norma na convivência social¹¹⁶. Sobre a importância interpretativa dos comandos jurídicos da Constituição, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no seguinte sentido:

A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.” (HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE DE 6-2-2009).¹¹⁷

Se as mutações constitucionais, como visto, podem proporcionar um grau de efetividade mais dinâmico para as mudanças operadas no convívio em sociedade, as mutações inconstitucionais, por outro lado, podem (em situação correlata) acarretar o desequilíbrio e a desestabilização de instituições democraticamente estabelecidas. Neste contexto, defende Otto Bachof que “Uma norma constitucional também Pode ser ‘inconstitucional’ em virtude da violação de direito constitucional *material não escrito*”.¹¹⁸

O grande embate travado hodiernamente acerca da questão relacionada às mutações inconstitucionais teve sua origem na Reclamação 4.335-5/AC, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a qual buscou efetivar uma verdadeira *transformação* do sentido literal do artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988. Este dispositivo constitucional diz que “Compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Pelo disposto no voto do ministro Gilmar Mendes (acompanhado por Eros Grau), *deveria* ocorrer uma *alteração* não apenas de *sentido*, mas também da *letra* do referido comando constitucional, o qual passaria a fazer menção (como competência privativa do Senado Federal) apenas à “mera declaração da suspensão da lei”, visto que ao Supremo Tribunal Federal caberia suspender (efetivamente falando) a lei declarada inconstitucional.

Resumindo: as consequências do posicionamento adotado pelos ministros em questão possibilitariam que os julgados proferidos pela Corte Constitucional no controle difuso de

¹¹⁶“A finalidade de uma norma não é realizável, simplesmente, a partir da sua existência. A sua concretização está, intrinsecamente, ligada às particularidades do momento histórico em que ela emerge e, somente a partir desse envolvimento, ou condição de realidade, é que se pode enxergar a norma como referencial da conduta humana.” (Ibid., p. 262 e 263).

¹¹⁷**A Constituição e o Supremo**. Secretaria de Documentação. 3. ed., Brasília, 2010, p. 838.

¹¹⁸BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 64.

constitucionalidade passassem a ter os efeitos que bem entendesse este Tribunal, inclusive os efeitos oriundos de um *decisum* prolatado no âmbito do controle concentrado, ou seja, com eficácia *erga omnes* e de caráter vinculante.

Tal situação, na realidade, acabaria redundando na desnecessidade do Congresso Nacional determinar a suspensão da lei declarada inconstitucional, visto que isso seria feito *in loco* pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Transcrevem-se, para fins didáticos, trechos do voto proferido pelo Ministro Eros Grau, por ser o que melhor resume a questão:

(...) O eminente Relator [MINISTRO GILMAR MENDES], jurista sensível à necessidade de adequação da Constituição ao devir social, em seu voto propõe se a promova no que tange aos efeitos das decisões do Supremo no exercício do controle difuso. E o faz extraíndo o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica mutação constitucional: **ao Senado Federal está atribuída competência para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.** Eis, pois, o que nos incumbe: verificar se no caso houve — ou se não houve — mutação constitucional. (...) 6. A esta altura importa indagarmos se não terá ele excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?" (...) (sic) (destacou-se)

Mais à frente, continuando em seu voto, Eros Grau começa a discorrer acerca do próprio conceito de Mutação Constitucional, definindo esse instituto nos seguintes termos, *ad verbum*:

(...)12. Impõe-se neste ponto, parenteticamente, brevíssima digressão a propósito da mutação constitucional, fenômeno discernido por LABAND, mas do qual terá sido GEORG JELLINEK (13) o primeiro a tratar no plano teórico. A nova doutrina do direito político, recusando explicações ancoradas em perspectiva formalista, caracteriza-a, qual anota HSÜ DAU-LIN (14), como desvalorização e corrosão das normas jurídicas constitucionais por ela afetadas. A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advinha uma ruptura do sistema. (...)

13. Em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida e ele, o texto dela resultante, seja coerente com o todo, no seu contexto. Pois é certo que a unidade do contexto repousa em uma tradição que cumpre preservar. Recorro a JEAN-PIERRE VERNANT para dizer que o novo texto, para ganhar sentido, deve ser ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, compondo um mesmo espaço semântico. O que se há de indagar, neste ponto, é se o texto resultante da mutação mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A mutação não é uma degenerescência, senão uma manifestação de sanidade do ordenamento." (...)

Por fim, o ministro termina seu posicionamento analisando com mais enfoque a situação que ensejou a controvérsia de que ora se comenta, veja-se o trecho pertinente:

(...) Outra questão a ser imediatamente introduzida, anexa à anterior, diz com a impossibilidade de o Senado Federal permanecer inerte, da sua inércia resultando comprometida a eficácia da decisão expressiva do que venho referindo como poder de veto exercido pelo Supremo. A resposta é óbvia, conduzindo inarredavelmente à reiteração do entendimento adotado pelo Relator, no sentido de que ao Senado Federal, no quadro da mutação constitucional declarada em seu voto — voto dele, Relator — e neste meu voto reafirmada, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

O julgamento da Reclamação nº 4.335/AC ocorreu no dia 20 de março de 2014, tendo a Corte Suprema, por maioria de seus ministros, embora com entendimentos diversos, decidido pela procedência da mesma.

O julgamento pela procedência da reclamação decorreu do reconhecimento da existência de ofensa à Súmula Vinculante¹¹⁹ nº 26, que trata da progressão de regime em crimes hediondos, tendo ficado estabelecido que as decisões do Supremo Tribunal Federal não possuem efeito vinculante em via difusa de constitucionalidade.

Por fim, deve-se salientar que restou intacto o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, concluindo-se, dessa forma, pela inocorrência de mutação no caso em análise, quer a mutação constitucional, quer a chamada mutação inconstitucional.

3.4 Tipos de mutações constitucionais apontados na doutrina brasileira

Reiterando o que já se tinha dito antes: o fenômeno mutacional da constituição, através de sua teleologia interpretativa, ocorre, na maioria das vezes, de modo silencioso, quase imperceptível.

Só se perceberá que uma mudança de *sentido* do texto escrito veio a ocorrer do comparativo entre o entendimento que se atribuía a norma constitucional num certo período, com o texto atualizado interpretativamente em um momento posterior. Essa “mudança silenciosa” pode acontecer de várias formas, conforme se depreende do escólio adiante

¹¹⁹Acerca do Instituto jurídico da Súmula Vinculante, entendem Lênio Luiz Streck e Georges Abboud que “para que a Súmula vinculante possa ter aplicação no deslinde das demandas sem fulminar as particularidades de cada caso concreto, ela deve ser visualizada como texto normativo que quando oposto ao caso concreto, soluciona-o, não mecânica, e sim, hermeneuticamente, respeitando de forma radical a coerência e a integridade do direito.” (ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. op. cit., p. 64).

transcrito:

A mutação constitucional pode derivar de diversos fatores. Apesar de não existir unanimidade doutrinária, citam-se várias formas de manifestação, tais como: a interpretação, os usos e costumes, a construção judicial e, até mesmo, pela influência dos grupos de pressão. Ressalte-se que não se trata de um rol exauriente, tendo em vista a amplitude dos acontecimentos sociais e, portanto, a impossibilidade de esgotar todas as facetas de mutações existentes.¹²⁰

Passar-se-á, agora, a discorrer-se sobre os *tipos* mutacionais apontados na doutrina brasileira, começando pela mutação que ocorre por meio da *interpretação constitucional*. Quanto a esse processo de alteração do sentido normativo da Constituição Federal de 1988, entende Uadi Lammêgo Bulos que

o produto constitucional legislado, derivado da linguagem prescritiva do legislador, poderá gerar enganos, dúvidas, trazendo termos, frases e construções sintáticas de duvidosa inteligência. Disso resulta a necessidade da atividade interpretativa, como *conditio sine qua non* para o entendimento das normas constitucionais.¹²¹

Como esse processo interpretativo possui um grau de subjetividade muito grande, ressalta ainda o referido autor que

haverá o fenômeno, através da interpretação, quando: a) modificarem o sentido de um vocábulo; b) alterarem os fins inspiradores de uma norma; c) alargarem ou restringirem o conteúdo de uma dada expressão normativa; d) imprimirem novo significado à letra da lei; e) procurarem colmatar lacunas; e f) adaptarem a norma a novas realidades surgidas após a edição da Constituição, dentre outros infundáveis exemplos, certamente, encontrados na prática e experiência constitucionais”.¹²²

Desta feita, o papel primordialmente estabelecido pelo processo mutacional de alterabilidade da Constituição, por meio da interpretação, é o de possibilitar a existência de soluções concretas para os casos práticos surgidos no cotidiano da norma jurídica.¹²³

O hermeneuta, dessa forma, possui a importante função de fazer um sopesamento da *letra fria* da norma à realidade social vigente, sem que, para isso, tenha que *desvirtuar* os comandos normativos estruturados inicialmente.

Concluindo: no que se refere à *mudança* da Constituição através da interpretação, cabe classificar esta alteração constitucional de dois modos, quais sejam: a modalidade orgânica e a modalidade inorgânica. A primeira dessas modalidades é a que se realiza pelos órgãos dos poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário). É esta a razão de se falar em interpretação legislativa, interpretação administrativa e interpretação judiciária.

¹²⁰MALVEIRA, Pedro Rafael; SOUSA, Péricles Pereira de. op. cit., p. 265.

¹²¹BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit., p. 123.

¹²²Ibid., p. 130.

¹²³“Para se alcançar o real significado e alcance da norma, é necessário o processo de interpretação. Assim, a interpretação teria por escopo revelar um significado preexistente da norma; teria um caráter cognitivo-declaratório” (VARGAS, Denise Soares. op. cit., p. 50).

A segunda advém dos embates doutrinários dos estudiosos da norma e, como tal, apenas reflete o pensamento e a contribuição desses doutrinadores para o *universo* científico-jurídico do Direito.

No entanto, por constituírem os únicos meios *eficazes* (concretamente falando) de alteração da norma constitucional, os três modos de interpretação acima citados (o Legislativo, o Executivo e o Judicial)¹²⁴ possuem uma importância mais elevada para a efetividade da adaptação do Texto Maior às mudanças da sociedade brasileira.

A mutação que ocorre através de *construção* constitucional é definida por Uadi Lammêgo Bulos do seguinte modo: “(...) diz-se *construção constitucional* o expediente supletivo, por meio do qual se constrói ou recompõe o direito aplicável, nas circunstâncias de premência e necessidade, para suprir as deficiências ou imperfeições da manifestação constituinte originária”¹²⁵.

Da definição acima exposta, tem-se a construção constitucional como sendo uma técnica por meio da qual se obtém conclusões a partir de elementos pré-existentes à própria existência da norma posta.

Deste modo, constata-se que ela se diferencia da Interpretação Constitucional pelo fato de que nesta última o ponto de partida para a intelecção do ato cognitivo acontece através da decodificação verbalizada da linguagem em palavras, símbolos, signos ou sinais linguísticos,

¹²⁴Comentando sobre os pontos em questão, Uadi Lammêgo Bulos defende que “A interpretação constitucional legislativa corresponde ao trabalho desempenhado pelo órgão que procura determinar o sentido, o significado, o alcance e a finalidade da norma da Constituição, a fim de aplicá-la. Atribui-se ao Poder Legislativo, em princípio, essa modalidade interpretativa que se desenvolve por intermédio das denominadas leis de aplicação da Constituição. Estas, por seu turno, podem ser compreendidas como sendo aquelas que aparecem na forma de uma lei ordinária, de uma lei orgânica, de uma lei complementar etc.

(...)

Já a interpretação constitucional executiva ou administrativa delinea-se mediante atos, resoluções disposições particulares ou gerais. Não objetiva elaborar leis integrativas da Constituição, nem tampouco colima decisões jurisprudenciais, como ocorrem nas interpretações legislativas e judiciais, respectivamente. Os meios para o seu desenvolvimento variam. Podem ser através de um ato ou de uma monção ou através de um convênio. A nomeação de um Ministro de Estado, v.g., por meio de um decreto individual, pode ser fruto de uma interpretação administrativa na esfera constitucional a partir do momento em que os órgãos do poder executivo, ao tomar suas decisões, ajustem seus atos, resoluções e disposições, à égide dos preceitos constitucionais.

A Interpretação judicial é considerada a mais importante entre as modalidades interpretação constitucional orgânica, dada a grande repercussão das decisões judiciais, bem como as características que a circunscreve.

Dentre tais caracteres podemos destacar: a) *obrigatoriedade* – a interpretação constitucional judicial é obrigatória, por que o Magistrado não poderá furtar-se à imissão de julgar litígios, e. g., no papel do controle de constitucionalidade das leis e, também, do controle de constitucionalidade da atuação do legislador ordinário, que interpreta de igual modo o Texto Maior, para elaborar as leis de aplicação constitucional; b) *primariedade* – tal modalidade de interpretação ocorre por provocação, dada a máxima *Nemo iudex sine actore*, implicando dizer que ela é realizada através de processo judicial; e c) *definitiva* – essa característica é própria das Cortes Constitucionais, que possuem autoridade final para decidir litígios, dando a última palavra sobre a matéria submetida a seu crivo. (Ibid., p. 132 e 133).

¹²⁵Ibid., p. 148.

ao passo que a primeira tem seu ponto de apoio não no sentido isolado que se imprime a estes mesmos sinais ou signos, mas no próprio *sentido* que se emprega ao texto da Constituição em seu todo.

Bulos sedimenta a distinção acima enunciada do seguinte modo: “Em resumo, a interpretação consignaria a arte de encontrar o verdadeiro sentido das palavras ou símbolos, os quais não participam do construtivismo, porque este leva em conta o texto inteiro, em conexão de sentido”¹²⁶. Posteriormente, o mencionado autor, citando Henry Campbell Black na obra *Handbook on the construction and interpretation of Law*, St. Paul. Minn., West Publishing Co., 1996., arremata que a

construção é o processo ou arte de determinar o sentido, o significado real, a explicação própria dos termos obscuros ou ambíguos de uma lei, de um documento escrito ou de um contrato verbal, **tendo-se em vista a sua aplicação a um caso concreto**, quando existir dúvida, quer por motivo de aparente conflito entre normas, quer em razão de que o caso concreto não se ache expressamente previsto na lei. A interpretação, segundo Black, implica mera análise da linguagem utilizada pelo legislador. Trata-se da explanação dos termos difíceis e ininteligíveis, daquilo que se apresenta oculto. Aqui, o jurista acha-se, apenas, em face do texto legal, cujo exato sentido procura apreender. **Difere, pois, da construção que visa, antes de tudo, a aplicação do texto ao caso concreto**, quando os dispositivos legais forem aparentemente contraditórios ou, então, omissos a respeito de uma dada matéria.¹²⁷ (negritos destacados).

Através de tudo o que foi exposto até aqui, a conclusão a que se pode chegar acerca da diferencia existente entre *interpretação* e *construção* é o fato de que o primeiro destes conceitos se constitui tão somente no ato linguístico-interpretativo propriamente dito de, através da linguagem, se obter a *significação* e/ou a *definição* e a *extensão* de um determinado termo ou expressão presente em um texto qualquer analisado.

A *construção*, por outro lado, devido possuir uma abordagem mais ampla e dinâmica, se constituiria na aplicação desse mesmo texto, já delimitado anteriormente pela interpretação, a um caso concreto e específico da vida cotidiana.

Há que salientar, todavia, que alguns autores não comungam com a diferenciação estabelecida aqui entre as expressões “interpretação” e “construção” constitucionais. É o caso, por exemplo, de Inocêncio Mártires Coelho, o qual, em obra conjunta com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, sustenta que

a interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua – estabelecendo o seu sentido –, tornar possível a aplicação de enunciados normativos, **necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas.**

(...)

¹²⁶Ibid., p. 142.

¹²⁷Ibid., p. 142 e 143.

Nesse sentido, observa Antônio Osuna Fernández-Largo, com total pertinência, **que o nó górdio da compreensão normativa reside nessa antinomia entre o abstrato e o concreto** e que, por isso mesmo, o maior problema para o intérprete-aplicador do direito consiste, precisamente, em traduzir – na verdade, em trazer – para a *sua* situação histórica e para a *sua* condição de sujeito por ela afetado, uma norma que é enunciada sempre em termos genéricos e a partir de supostos típicos.

(...)

Por tudo isso, acreditamos assistir razão a Martin Kriele, quando afirma que **não se pode interpretar nenhum texto jurídico senão colocando-o em relação com problemas jurídicos concretos** – reais ou imaginários –, **com soluções que se procuram para os casos ocorrentes**, porque é somente na sua aplicação aos fatos da vida e na concretização, que assim necessariamente se processa, que se revela completamente o conteúdo significativo de uma norma e esta cumpre a sua função de regular situações concretas.

(...)

Em síntese, **sem a transformação do abstrato em concreto e do geral em particular** – porque essa é a forma de interrogá-lo corretamente –, o texto normativo nada dirá àquele que pretenda compreendê-lo.¹²⁸ (negritos destacados)

Assim, do que se pode observar das expressões destacadas nas citações de Mártires Coelho acima transcritas (o qual faz alusão a alguns autores de renome internacional), não haveria nenhuma diferenciação *entre o ato de interpretar e o ato de construir* (a norma), uma vez que ambas as situações, na prática, acabam redundando na aplicação da norma a um dado caso prático concreto.

Todavia, como já afirmado antes, ao longo deste trabalho, *interpretar* difere de *construir* (a norma). O primeiro caso trata-se de uma hipótese concebida a partir de *algo* já posto. Já na segunda situação, tem-se uma hipótese *expansionista* calcada não naquilo que fora anteriormente criado, mas naquilo que se cria rotineiramente na vida em sociedade. Trata-se, pois, como frisado outrora, de um instituto abstrato (teórico) a dar suporte (ao mesmo tempo em que dele recebe respaldo) a um instituto concreto (prático).

O motivo de alguns autores não apontarem qualquer diferença em relação às expressões ora discutidas, reside no *grau* ou *estágio* (semântico) aplicado à própria palavra “Interpretação” em si mesma. Faz-se referência ao que se convencionou chamar-se de *interpretação stricto sensu e interpretação lato sensu*.

Na primeira, o intérprete da norma se atém ao texto escrito da Constituição, não se desvencilhando dele para ir atrás de outros elementos interpretativos. Na segunda, o intérprete vai além dos limites traçados pelo constituinte originário. Nesta segunda situação, temos hipótese típica *de construção constitucional* que, no entanto, não deixa de englobar a própria *interpretação constitucional* em sua dimensão *stricto sensu*.

¹²⁸MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1 ed., 2 tir., Brasília: editora Brasília Jurídico, 2002, p. 55 e 56.

Na prática, o “construtivismo” permite que o Superior Tribunal de Federal busque (fora do texto da Constituição) a *supletividade* de uma *lacuna* no texto normativo da Magna Carta ou, ainda, a *complementaridade* e/ou *desmistificação* de um dispositivo constitucional *incompleto* e/ou obscuro. Veja-se, como exemplo, o seguinte exceto jurisprudencial da Magna Corte Nacional, *in verbis*:

(...) 8. ICMS. Incidência sobre softwares adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados (art. 2º, § 1º, item 6, e art. 6º, § 6º, ambos da Lei impugnada). Possibilidade. Inexistência de bem corpóreo ou mercadoria em sentido estrito. Irrelevância. **O Tribunal não pode se furtar a abarcar situações novas, consequências concretas do mundo real, com base em premissas jurídicas que não são mais totalmente corretas. O apego a tais diretrizes jurídicas acaba por enfraquecer o texto constitucional, pois não permite que a abertura dos dispositivos da Constituição possa se adaptar aos novos tempos, antes imprevisíveis.** (...) ¹²⁹ (negritos destacados)

Por fim, defende Bulos que “a *construction* consigna um meio eficiente pelo qual as constituições sofrem mudanças substanciais, no sentido, alcance e conteúdo dos seus preceptivos, sem a necessidade do recurso formal à revisão ou emenda constitucionais”¹³⁰.

A expressão *práticas constitucionais*¹³¹, por seu turno, possui intrínseca relação com a expressão *práticas consuetudinárias*. A bem da verdade, numa dimensão semântico-teleológica, ambos os termos se equivalem em sentido e extensão de aplicabilidade. Nada mais são, no fim das contas, do que a aplicação de julgados sobre questões cotidianas que se repetem.

Lammêgo Bulos divide tais “práticas constitucionais” em três grupos, quais sejam: 1) o dos *usos*; 2) o dos *costumes*; e 3) o de *outras figuras afins* (praxes, precedentes e convenções constitucionais)¹³². O *uso* configura o

o elemento objetivo do costume, devendo ser uniforme, constante, público e geral. *Uniforme* e *constante*, porque revela a atitude de se agir sempre do mesmo modo, sem qualquer interrupção. A uniformidade e a constância do uso não seriam possíveis sem o exercício, por período razoavelmente longo, capaz de autorizar a convicção da existência de uma norma estável (*diuturnitas temporis*); *público*, haja vista que deve obrigar a todos; e *geral*, porquanto colima alcançar todos os atos, pessoas e relações que realizam os pressupostos de sua incidência na norma consuetudinária.¹³³

¹²⁹ADI 1945 MC, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2010, DJe-047 DIVULG 11-03-2011 PUBLIC 14-03-2011 EMENT VOL-02480-01 PP-00008.

¹³⁰BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit., p. 167.

¹³¹“As práticas legislativas, os costumes e a jurisprudência têm sido fontes de mudança informal no texto da Carta Política, o que nos permite afirmar que a Constituição não pode ser vislumbrada apenas sob o ponto de vista formal, como se ela se restringisse a um direito fundamental de um documento solenemente estabelecido.” (VARGAS, Denise Soares. op. cit., p. 26).

¹³²BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit., p. 182.

¹³³Ibid., p. 183.

Os costumes refletem o comportamento, as opiniões, os anseios, a maneira de ser e de agir de uma determinada sociedade, em um determinado tempo e lugar. Constituem, talvez, a mais importante prática consuetudinária existente, devido sua ampla abrangência e perduração no tempo e no espaço. Para J.J. Gomes Canotilho “o costume deve ser considerado não como instrumento da criação de uma regra, mas como um meio de prova da existência dessa regra”¹³⁴.

Por fim, as praxes constitucionais constituem práticas consuetudinárias desprovidas do caráter obrigacional para o seu cumprimento. Por esta razão, não possuem o elemento objetivo ou psicológico inerente ao *costume*. Os precedentes constitucionais ou não judiciais, por sua vez, constituem decisões de cunho eminentemente político. Razão pela qual tais decisões são tomadas no âmbito interno dos órgãos de cada poder.

Finalmente, no que concerne às convenções constitucionais, importa destacar que elas variam de país para país, a depender do sentido e da aplicação que lhes sejam dados pelos estudiosos e aplicadores da norma jurídica em cada um dos países nos quais as mesmas se façam presentes.

¹³⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 861.

4 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Tarefa paradoxalmente fácil e, ao mesmo tempo, de difícil conceituação, refere-se à definição do que se entende por “direitos e garantias fundamentais”. Em verdade, a facilidade de se obter um conceito determinado para o tema em questão está relacionada também, de modo direto, com a igual dificuldade de se atingir uma unidade conceitual própria que abarque todas as situações jurídicas ligadas à temática em si.

De fato, a multiplicidade de conceitos e teorias suscitadas ao longo do tempo sobre o assunto tem dado vazão à inúmeras distorções jurídicas.¹³⁵ A complexidade terminológica que paira em torno dos direitos e garantias fundamentais, na realidade, tem contribuído mais para a relativização desses institutos do que para um embasamento teórico-assecuratório dos mesmos.

Tal complexidade terminológica acerca dos direitos e garantias fundamentais origina-se do “caráter quantitativo” dos diversos conceitos existentes em torno da questão, pois como

¹³⁵“A tarefa de encontrar os contornos (ainda que de uma forma precária) da categoria conhecida pela dogmática jurídica como direitos fundamentais, não constitui tarefa nada fácil. Talvez a multiplicidade de enfoques para o tema seja tributária do longo processo histórico em que foram plasmados. Ademais, seus resultados não estão de forma alguma infensos a críticas, como, aliás, quase tudo que é próprio ao conhecimento jurídico, que se constrói dialeticamente. Mas adiante-se que o resultado dessa árdua tarefa dependerá necessariamente do recorte tomado e da própria construção teórica que se opte para compreender e construir as definições desses direitos.” (RODRIGUES, Raimilan Seneterri da Silva. *A moderna interpretação dos direitos fundamentais*. In: **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**. MATIAS, João Luís Nogueira (coord.). São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 113).

ensina Edgar Morin: a *complexidade* que se atribui a um *objeto* constitui-se num fenômeno quantitativo, ou seja, num fenômeno formado por vasta gama de situações *complexas*, as quais podem decorrer tanto de eventos cotidianos quanto de eventos científicos abstratos.

Essa conjuntura de aspectos diversificados acaba redundando em uma “*certa mezcla de ordem y de desorden*”.¹³⁶ Nesse contexto, a palavra *complexidade*¹³⁷ contém uma pesada carga semântica, a variar com a mesclagem de situações envolvidas. Edgar Morin define o termo do seguinte modo:

*(...) es complejo aquello que no puede resumirse en una palabra maestra, aquello que no puede retrotraerse a una ley, aquello que no puede reducirse a una idea simple. Dicho de otro modo, lo complejo no puede resumirse en el término complejidad, retrotraerse a una ley de complejidad, reducirse a la idea de complejidad. La complejidad no sería algo definible de manera simple para tomar el lugar de la simplicidad. La complejidad es una palabra problema y una palabra solución”.*¹³⁸

Para o mencionado autor, o pensamento complexo constitui-se numa constância desafiadora de informações, razão pela qual a palavra “complexidade” tanto pode designar um “problema” quanto uma “solução”. O pensamento inverso constitui *aquilo* que Morin nomeia como “inteligência cega”¹³⁹, a significar que a redução à simplicidade conduz a uma “inteligência” *direccionada* a um ponto único, ou seja, “cega” para os demais pontos deste pensamento naturalmente complexo.

Indo de encontro ao pensamento de Morin com relação a necessidade de se desenvolver um pensamento científico amparado na complexidade e na multiplicidade dos fatores envolvidos para a resolução de um problema proposto, a presente dissertação, neste ponto, procura discorrer, de uma forma simplificada, acerca dos direitos e garantias fundamentais.

A finalidade é a de encontrar um núcleo chave que sirva de estrutura fixa no momento em que se for fazer o balanceamento axiológico-ponderativo desses direitos e garantias fundamentais, não importando, para tanto, que este objetivo conduza a chamada “inteligência cega” de Morin.

¹³⁶MORIN, Edgar. **Introducción al pensamiento complejo**. Barcelo: Gedisa, 1998, p. 60.

¹³⁷“*Al mirar con más atención, la complejidad es, efetivamente, el tejido de eventos, acciones, interacciones, retrocciones, determinaciones, azares, que constituyen nuestro mundo fenomenico. Así es que la complejidad se presenta con los rasgos inquietantes de lo enredado, de lo inextricable, del desorden, la ambigüedad, la incertidumbre*” (Ibid., p. 32).

¹³⁸Ibid., p. 27.

¹³⁹“*(...) destruye los conjuntos y las totalidades, aísla todos sus objetos de sus ambientes. No puede concebir el lazo inseparable entre el observador y la cosa observada. Las realidades clave son desintegradas. Pasan entre los hiatos que separan a las disciplinas*”. (Ibid., p. 30 e 31).

E a estrutura fixa nuclear que norteia como tensor de ponderação dominante as nuances, as tensões, e os substratos do convívio – tanto da vida pública quanto da vida privada – é, por uma questão não apenas histórica, mas também valorativa, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.¹⁴⁰

Este princípio tem como previsão expressa o artigo 1º, inciso III da Carta Republicana de 1988, e constitui a base do atual Estado Democrático de Direito. Discorrendo sobre o referido princípio, nos mesmos moldes acima plasmado, enfatiza o Professor Glauco Barreira Magalhães Filho que

A dignidade da pessoa humana é a fonte ética dos direitos fundamentais, não sendo estes senão emanções do valor básico mencionado. Por esse motivo, fala-se hoje em dimensões¹⁴¹ e não mais em gerações de direitos fundamentais, sendo a relação deles com a dignidade da pessoa humana equiparada àquela que há entre existência e o Ser. Nessa perspectiva, revela-se descabida a teoria de Jellinek, segundo a qual os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos resultantes da autolimitação da soberania. Na realidade, os direitos fundamentais, bem como toda ordem jurídica, têm como assento material o valor da pessoa humana, do que se deduz que os chamados *direitos públicos subjetivos* não são conferidos pelo Estado, mas apenas reconhecidos por ele.¹⁴²

Por tudo isso, observa-se que uma definição concreta e objetiva sobre o que constituiria, precisamente, os “direitos e garantias fundamentais”, somente é possível quando considerada a ideia anteriormente defendida de Dignidade da Pessoa Humana. É, inclusive,

¹⁴⁰“Por ser uma categoria aberta e abrangente, aplicável tanto às situações da vida pública quanto às situações da vida privada, a dignidade humana há de ser considerada o princípio dos princípios constitucionais. É o parâmetro, por excelência, do sentido formal e material de justiça, que a tudo e a todos julga. Por isso, nada escapa, seja no terreno das ações e omissões do Poder Público, seja na órbita das relações e dos negócios privados, ao crivo de sua incidência pedagógica e à sua missão edificante de uma ordem jurídica comprometida com os direitos humanos e os valores da solidariedade.” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006, p. 161). A importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é também apontada pelo Professor Glauco Barreira Magalhães Filho, o qual, relacionando tal princípio com o artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos, assim estipula: “O art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos (...) estabelece a exigência de que todos sejam tratados segundo uma regra isonômica decorrente do reconhecimento da igualdade entre os homens, naquelas qualidades que lhes constituem a essência ou natureza, ou seja, naquilo que os distingue dos demais seres, sendo esse elemento individualizador o que responde pela dignidade humana, pressuposto da dignidade da *pessoa* humana. (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. op. cit., p. 123 e 124).

¹⁴¹Preferindo a terminologia “dimensões” à terminologia “gerações”, pontua Willis Santiago Guerra Filho “Que ao invés de 'gerações' é melhor se falar em 'dimensões de direitos fundamentais', nesse contexto não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, p. 13-21, jan./mar. 1998. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/pdf_137/r137-02.pdf. Acesso em 06 de agosto de 2014.

¹⁴²MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. op. cit., p. 124.

com sustentáculo neste princípio que o Professor George Marmelstein elabora a sua conceituação de direitos fundamentais. Pontua referido doutrinador que

os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.¹⁴³

Com base na definição acima transcrita, o Professor George Marmelstein divide os direitos fundamentais em dois aspectos. O primeiro desses aspectos – o ético – possui uma estrutura material subdividida na “Limitação do Poder” e na “Proteção da Dignidade Humana”; e o segundo desses aspectos – o normativo – possui uma estrutura formal subdividida na *Institucionalização* e na *Constitucionalização*¹⁴⁴.

Ao discorrer sobre o conceito de direitos fundamentais elaborado pelo Professor George Marmelstein, a Professora Teodolina Batista da Silva argumenta que, em verdade

A definição acima transcrita é composta por cinco princípios basilares¹⁴⁵: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia. Estando presentes em um determinado caso concreto, esses princípios poderão configurar direito fundamental. Além dos que constam dos arts. 5º a 17 da Constituição de 88, outros também existem, uma vez que o aludido rol não é *numerus clausus*. Esses direitos podem ser previstos até mesmo em preceitos extraconstitucionais, como reafirma o art. 5º, § 2º da CR/88 (...).¹⁴⁶

Dessa forma, o conceito teórico-prático empregado neste trabalho quanto aos direitos e garantias fundamentais segue o esquema utilizado pelo professor Marmelstein em seu “Curso

¹⁴³MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011, p. 20.

¹⁴⁴Ibid., p. 20.

¹⁴⁵Acerca desses princípios basilares, assim discorre George Marmelstein: “Falar que os direitos fundamentais são normas constitucionais significa, por exemplo, aceitar a sua supremacia formal e material, uma das características mais importantes desses direitos (princípio da supremacia dos direitos fundamentais), bem como realça a sua força normativa, elemento essencial para se permitir a máxima efetivação desses direitos (dimensão subjetiva e princípio da máxima efetividade) (...). Ao mesmo tempo, reconhecer que os direitos fundamentais possuem uma importância axiológica capaz de fundamentar e legitimar todo o ordenamento jurídico implica reconhecer que esse direitos representam um “sistema de valores” com força suficiente para afetar a interpretação de qualquer norma jurídica (dimensão objetiva e princípio da interpretação conforme os direitos fundamentais) (...). Por outro lado, vinculá-los à ideia de Estado democrático de direito nos induz a pensar que os valores neles contidos são potencialmente conflitantes, já que, em uma sociedade pluralista e democrática, deve-se respeitar a diversidade ideológica, de modo que os interesses de todos os grupos sociais, inclusive das minorias, merecem ser respeitados e tratados com igual consideração. Daí se falar, por exemplo, em colisão de direitos e em princípio da proporcionalidade (...). Por fim, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é um elemento intrínseco ao conceito de direitos fundamentais, qualquer comportamento que vá em direção oposta, ou seja, que contribua para a destruição dessa dignidade, não merecerá ser considerado como direito fundamental (princípio da proibição de abuso). Em outras palavras: nenhuma pessoa pode invocar direitos fundamentais para justificar a violação da dignidade de outros seres humanos. Daí por que, por exemplo, a incitação de ideias racistas ou nazistas não pode ser considerada como alvo de proteção das normas jusfundamentais, conforme já decidiu o STF ao julgar o Caso Ellwanger (...)”. (Ibid., p. 21 e 22).

¹⁴⁶CÂNDIDO VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva. **Ativismo judicial**: uma nova era dos direitos fundamentais. São Paulo: Baraúna, 2013, p. 39.

de Direitos Fundamentais”, tendo como norte paradigmático o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

No tópico seguinte, far-se-á a classificação desses direitos e garantias fundamentais seguindo a linha de divisão temporal das chamadas “gerações de direitos”¹⁴⁷.

4.1 Desenvolvimento histórico dos direitos e garantias fundamentais

Os modelos jurídico-classificatórios, bem como todas as demais formas de classificação, de um modo geral, são, em maior ou menor grau, meios arbitrários utilizados pelo homem para sedimentar o conhecimento parcial de sua complexa realidade, a qual “não respeita as divisões estanques que o homem faz na tentativa de melhor compreendê-la”¹⁴⁸. Em verdade

Nosso cérebro é máquina dedicada a descobrir, no fluxo da realidade complexa e muitas vezes pouco inteligível, padrões recorrentes. Como não conseguimos dominar a complexidade como tal da realidade, reduzimo-la a padrões regulares, até o ponto de identificarmos o ‘conhecido’ e o ‘regular’. (DEMO, Pedro. *Metodologia do conhecimento científico*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 16). Esses padrões, contudo, são criações do homem, que neles tenta encaixar a realidade, encaixe que, precisamente por conta da maior complexidade e variância da realidade, não acontece com perfeição.¹⁴⁹

Sustenta o Professor Arnaldo Vasconcelos que no tema das classificações das normas jurídicas raras são as ocasiões em que ocorrem unanimidades, uma vez que os mais diversos autores possuem a tendência de introduzir *inovações* de terminologia duvidosa. Segundo o mencionado jurista, não “apenas variam os critérios, como diverge a própria nomenclatura classificatória. Os autores gozam, nesse terreno, de ampla liberdade. Poucos são os que por ele passam sem introduzir inovações, quando menos terminológicas”¹⁵⁰.

Deste modo, o que se deve ter em mente acerca do problema das classificações é o fato de que a criação ou extinção de seguidas subdivisões, ou subclassificações no âmbito do Direito acaba por *fragilizar* o estudo aprofundado do próprio fenômeno jurídico-social.

É como se as inúmeras divisões classificatórias pudessem ser comparadas aos vários compartimentos constituintes de uma casa, os quais, depois de submetidos à intensa reforma,

¹⁴⁷“A classificação dos direitos fundamentais em gerações recebeu por parte da doutrina severas críticas, notadamente porque enseja a ideia de que uma geração substitui a outra, o que é um erro, já que o processo é de acumulação e não de sucessão, daí por que a moderna doutrina opta por utilizar o termo *dimensão*, que passa a ideia de campos de interação”. (BASTOS, João Felipe Bezerra. Uma análise do filme “Robin Hood” na perspectiva da evolução histórica dos direitos humanos. In: **Direitos fundamentais, cinema e literatura: propostas interdisciplinares II**. FROTA, Régis (coord.). Fortaleza: Edições UFC, 2013, p. 418)

¹⁴⁸MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. op. cit., p. 65.

¹⁴⁹Ibid., p. 61.

¹⁵⁰VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 162.

perdem a *identidade* que tinham individualmente como divisões particulares da residência e, após derrubados, transformam a casa num grande armazém ou *galpão* vazio.

O problema do grande número de classificações não encontra-se adstrito apenas à área jurídica, na realidade tal problema é ponto comum de todas as áreas do conhecimento humano. Valmir Adamor da Silva, por exemplo, discorrendo em seu livro “A história da loucura” acerca do caos classificatório em que se encontrava a psiquiatria, sustenta que foi necessário que alguém surgisse (no caso Kraepelin) reduzindo o excesso de classificações das doenças da mente, a fim de possibilitar um estudo psiquiátrico mais apurado.

Nas palavras do mencionado autor:

Como se disse de início, Kraepelin veio tirar a psiquiatria da confusão em que se encontrava pelo excesso de classificações. Não se distinguia, especificamente, uma doença mental de outra. Comentando esses fatos, diz Hans Gruhle:

“- As classificações haviam-se acumulado desde os princípios do século, porém com a ajuda da neurologia e de outros ramos da Medicina, a psiquiatria logrou criar grupo de estados cuja etiologia se chegou a conhecer, estabelecendo-se seus entes nosológicos. Quanto ao resto das psicoses, reinava o mesmo estado de confusão que existira durante cem anos.”

Kraepelin trouxe, porém, uma nova era para a psiquiatria, modernizando-a, ampliando-a, enriquecendo-a sobretudo com uma nova técnica de tratamento para psicoses, através de uma classificação que permitia diagnosticar com segurança. Os hospícios sofreram grande reforma a ponto de perderem o aspecto de hospitais, dando agora aparência de uma casa residencial, a fim de não impressionar mal os doentes. Enormes mansões foram adaptadas, com mobiliários na entrada, causando agradável bem-estar nos que se internam. Mais tudo ele pensou e se esforçou para proporcionar aos doentes todo o conforto necessário.¹⁵¹

A ciência jurídica, como ciência voltada ao intercâmbio da vida em sociedade, está sujeita a todo tipo de classificações. De fato, recorre-se a modelos classificatórios no intuito de sedimentar, de modo específico, uma parte da realidade cognoscente. Embora os modelos classificatórios constituam, num primeiro momento, um bem necessário, a recorribilidade de se buscar inúmeros modelos para se classificar um mesmo objeto acaba ocasionando a deturpação do próprio objeto que se pretendia classificar.

Concernentemente aos direitos e garantias fundamentais, a existência de diversos modelos classificatórios quanto ao assunto também não é nenhuma novidade. E dentre os inúmeros modelos apontados não apenas na doutrina brasileira, mas também na doutrina internacional, opta-se, no presente trabalho, pela adoção do modelo histórico-geracional idealizado pelo tcheco naturalizado francês Karel Vasak.

¹⁵¹SILVA, Valmir Adamor da. **A história da loucura**: em busca da saúde mental. Rio de Janeiro: Edições de ouro, 1979, p. 127.

O modelo elaborado por Vasak possui inspiração direta na temática tricotômica da Revolução Francesa, a saber: *liberdade, igualdade e fraternidade*.¹⁵² Referindo-se a Vasak, Marmelstein sustenta que as chamadas "gerações de direito" encontram-se estruturadas da seguinte forma:

- a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas;
- b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados;
- c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.¹⁵³

Esse modelo de tripartição dos direitos fundamentais, conforme "evolução" histórica desses mesmos direitos, é amplamente empregado no cenário jurídico-mundial, tendo sido também utilizado em vários julgados do Supremo Tribunal Federal, como se pode perceber, exemplificativamente, no julgado abaixo transcrito, *in verbis*:

(...) enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.¹⁵⁴

Esses direitos geracionais encontram-se atrelados, numa dimensão política, aos assim chamados "Estados de Direito", cuja dimensão histórica também segue o *modelo geracional* antes citado.

Dessa forma, o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático ligam-se, sob determinados aspectos, às gerações de direito da Revolução Francesa. Devendo-se destacar o fato de que não se pode desvincular, sob o argumento do *fator temporal*, um direito de 1ª

¹⁵²Erhard Denning, numa perspectiva econômica, propõe hodiernamente a substituição deste paradigma tricotômico por outro mais sintonizado com os anseios progressistas das sociedades de então. Com esse objetivo, ele escreve um artigo cujo título já deixa claro a sua intenção de alterar a ideologia apontada. O título do artigo de Denning é o seguinte: '*Security, Diversity, Solidarity*' Instead of '*Freedom, Equality, Fraternity*'. Ou seja, propugna Denning que a temática da *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*, própria da Revolução Francesa, seja substituída pela temática da *Segurança, Diversidade e Solidariedade*, própria dos tempos atuais. (DENNINGER, Erhard. '*Security, Diversity, Solidarity*' instead of '*Freedom, Equality, Fraternity*', in *Constelations*, volume 7, nº 4.200. Blackwell Publishers Ltda., 108 Cowley Road, Oxford, 2012. p. 516 e 517).

¹⁵³MARMELSTEIN, George. op. cit., p. 41.

¹⁵⁴STF, MS nº 22164/SP, julgado em 30/10/1995.

geração de um direito de 2ª geração ou, ainda, um direito de 3ª geração de um direito de 1ª geração, vez que

torna-se descabida a supervalorização dos direitos civis ou políticos em detrimento dos direitos sociais e vice-versa. Afinal, na batalha pela consolidação desses direitos, os cidadãos, as instituições e o Estado precisam atentar para a real efetivação daqueles mesmos direitos de forma conjunta, sob pena de não serem suficientemente atendidos os ideais de um Estado verdadeiramente democrático.¹⁵⁵

Historicamente, a ciência do Direito passou por diversos *estágios* de amadurecimento jurídico, indo desde um Estado Liberal (absenteísta) até o atual Estado Democrático de Direito (sedimentado na Dignidade da Pessoa Humana). O primeiro desses Estados de Direito – o Liberal –, de feição absenteísta, tinha como mote o anseio de liberdade dos indivíduos e mostrava-se contrário ao Estado Absolutista então imperante. Dalmo de Abreu Dallari, escrevendo sobre este primeiro período estatal, sustenta que

O Estado liberal, com um mínimo de interferência na vida social, trouxe, de início, alguns inegáveis benefícios: houve um progresso econômico acentuado, criando-se as condições para a revolução industrial: o indivíduo foi valorizado, despertando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as técnicas de poder, surgindo e impondo-se a ideia do *poder legal* em lugar do *poder pessoal*.¹⁵⁶

Contudo, apesar das conquistas iniciais, tal Estado Liberal acabou conduzindo a classe proletariada a uma *verdadeira* “condição escravagista” nas mãos da burguesia, que passou a ser a detentora do poder estatal. Esta situação degradante é apontada por Paulo Bonavides na obra “Do Estado Liberal ao Estado Social”, onde ele enfatiza que a atividade de produção em massa, própria daquele período industrial,

expunham, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, se equiparar.¹⁵⁷

Do mesmo modo, o professor João Luís Nogueira Matias argumenta que “A mudança do Estado Liberal para o Estado Social foi significativa, importante para a correção de rumo da economia, mas insuficiente para atender as necessidades da complexa sociedade contemporânea e garantir a liberdade e igualdade materiais”.¹⁵⁸ É nesse mesmo sentido o pensamento de João dos Passos Martins, o qual enfatiza que

¹⁵⁵CÂNDIDO VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva. op. cit., p. 53.

¹⁵⁶DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 277.

¹⁵⁷BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 57.

¹⁵⁸NOGUEIRA MATIAS, João Luís. **A Ordem Econômica e o Princípio da Solidariedade na Constituição Federal de 1988**. In: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC – NOMOS. Fortaleza/Ceará: ed. Universidade Federal do Ceará, v. 292 – jul/dez – 2009/2. p. 75.

Com a evolução dos acontecimentos, ficou evidente que o Estado Liberal, se bem limitava o arbítrio monárquico, favorecia a exclusão da numerosa classe dos trabalhadores dependentes ou assalariados do proveito efetivo dos valores liberais. A proliferação da pobreza urbana mostrou que, na verdade, o jugo do rei acabara substituído pela opressão do rico, e os estratos materialmente carentes da população estavam deixados ao abandono pela autoridade política (...). É no meio dessa crise que uma nova concepção de Estado encontrará seu lugar.¹⁵⁹

O Estado Social, por outro lado, surgido como resposta à crise do Estado Liberal anterior, e embora levantando a bandeira da igualdade entre os indivíduos, não conseguiu, resolver os problemas sociais existentes, pois apenas solucionou a crise presente na economia e nas falhas de mercado, não tendo cuidado das necessidades emergenciais dos cidadãos, e tampouco se ocupado com o valor da função social da propriedade privada, valor este tão entusiasticamente defendido hoje em dia.

Sobre esse Estado Social, e em contraponto ao Estado Liberal anterior, pontua Virgílio Afonso da Silva que

Ao contrário do que ocorre nos casos de restrições à dimensão negativa das liberdades públicas, em que o Estado, que *prima facie* deve permanecer inerte, age no sentido de restringir uma ou várias liberdades, nos casos de direitos sociais o que ocorre é o oposto: o Estado que deveria agir para realizar esses direitos, permanece inerte.¹⁶⁰

Por fim, como síntese agregadora dos dois períodos anteriores (o Liberal e o Social), tem-se o atual Estado Democrático de Direito¹⁶¹, com especial destaque para a Dignidade da Pessoa Humana. No Estado Democrático de Direito deve-se destacar ainda o Princípio da Solidariedade Social, o qual possui *status* de norma constitucional expressamente prevista no artigo 3º, inciso I da Constituição, e que dispõe como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Por fim, cabe destacar que os direitos fundamentais, amparados na Dignidade da Pessoa Humana, não se encontram adstritos apenas às gerações (ou dimensões) de direitos antes aludidas, as quais encontram consonância histórica nos três Estados de Direitos já mencionados, pois como bem estipula Teodolina Batista da Silva,

¹⁵⁹MARTINS, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos.** Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo/SP. RT. 2003. fl. 109.

¹⁶⁰SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** Malheiros Editores. São Paulo. 2009. p. 204.

¹⁶¹“A crise do Estado Social viabilizou o surgimento do Estado Democrático de Direito que ainda se encontra em construção. Representa uma tentativa de síntese que teve por tese o Estado Liberal e por antítese o Estado Social. Nesse contexto de crise e diante da flagrante dificuldade do Estado em atender às prestações sociais assumidas, ganhou força na doutrina a teoria do Estado mínimo, ou seja, o poder público tem como obrigação garantir o mínimo necessário à dignidade da pessoa humana. Nos Estados Unidos, a concepção do Estado mínimo teve expressão a partir dos trabalhos de Ronald Coase.” (JUCÁ, Danielle Nascimento. Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito: um enfoque nas Constituições Brasileiras. In: **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais.** MATIAS, João Luís Nogueira (coord.). São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 144).

a batalha pela conquista da dignidade humana é permanente na história dos povos. Hodiernamente tem-se, *verbis gratia*, todo um cenário tratando de novos direitos que chegam até mesmo à biotecnologia com contornos complexos, tais como clonagem humana, pesquisa em células tronco embrionárias, avanços tecnológicos (cibernéticos), a bioética e outros. Daí, falar-se em direitos de quarta, quinta, sexta e sétima gerações.¹⁶²

4.2 Eficácia vertical e horizontal dos direitos e garantias fundamentais

Inicialmente, deve-se atentar para o fato de que o tipo de eficácia – se vertical ou horizontal – dos direitos e garantias fundamentais tem sua razão de ser na diferenciação que se costuma estabelecer entre o Direito público e o Direito privado. Razão pela qual impõe-se que seja feita uma rápida digressão acerca da origem histórica a distinguir dicotomicamente o Direito público do Direito privado.

Neste sentido, entende Vicente Rao que um “dos mais árduos problemas da ciência jurídica contemporânea é o da distinção do direito objetivo em direito público e direito privado”¹⁶³, a razão dessa dificuldade reside no crescente processo de intervenção, costumeiramente observado, do Estado na vida privada de seus cidadãos, o que gera uma “intromissão progressiva do direito público na esfera do direito privado”.¹⁶⁴

De fato, a tendência nos dias atuais é a da assim chamada *Publicização do Direito Privado*, com amparo na Constituição Federal de 1988. Antes da proclamação da atual Carta Política o quadro era, em verdade, bem diferente, ou seja, predominava a *Privatização do Direito Público*, respaldado no Código Civil de 1916.

Tal alteração situacional pode ser constatada no pensamento de Pontes de Miranda, o qual enfatiza ser natural que “à medida que se saía do Estado de Polícia, se procurasse no direito civil a regra para o que ocorria, igualmente, no direito público”.¹⁶⁵

Assim, quanto a esta questão, o *nó Górdio* a se desatar neste primeiro momento diz respeito a seguinte pergunta: a distinção entre Direito Público e Direito Privado é de origem histórica ou lógica? Respondendo a esta indagação, os autores acima mencionados sustentam a existência de uma origem histórica, ou seja: *a posteriori* (mediata e localizada); e não uma existência lógica: *a priori* (imediate e de validade absoluta e universal).

¹⁶²CÂNDIDO VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva. op. cit., p. 51.

¹⁶³RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 219.

¹⁶⁴RAO, Vicente, op. cit., p. 219.

¹⁶⁵MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999. p. 122.

Defendendo a distinção entre Direito público e Direito privado como tendo também um viés nitidamente histórico, o Professor Arnaldo Vasconcelos menciona que a análise da História do Direito comprova esta assertiva. Para tanto, o citado autor traça todo um apanhado histórico acerca do surgimento da referida distinção, indo desde o período da Democracia Grega¹⁶⁶ até o Direito Cristão da Idade Média, sem se esquecer de discorrer sobre o Direito Romano¹⁶⁷. Para ele a

indistinção [*entre Direito Público e Direito Privado em Roma*] prevaleceu durante vários séculos. Só quando o poder estatal se fortalece e se agiganta, somando poderes para a dominação internacional, é que ocorre o divórcio entre os interesses do Estado e do indivíduo, aí surgindo à tensão entre a liberdade e a autoridade. O *jus civile*, que antes era Direito público, privatiza-se, passando a constituir o bastião de defesa dos cidadãos contra as investidas do Estado.¹⁶⁸

E, mais à frente, enfatiza:

A privatização do Direito servia à democratização política do regime. O resultado foi a emergência do individualismo jurídico, que já nasceu apoiando-se nas noções de liberdade contratual, de proporcionalidade privada e de sucessão hereditária, convertidas pelos teóricos das revoluções liberais em dogmas do moderno Estado de Direito.¹⁶⁹

Escrevendo sobre a dicotomia aqui trabalhada entre Direito público e Direito privado, Pontes de Miranda também deambula pelo terreno da história, pois sustenta que a distinção entre estes dois ramos jurídicos parte de uma perspectiva histórica e não lógica. E da mesma forma que os autores anteriormente citados, Vicente Rao utiliza-se do aspecto histórico para fazer o comparativo entre o Direito público e o privado. Para ele, tal diferenciação passa por uma

Fase de transição que se processa em tumulto, por meio de uma desordenada multiplicidade de normas reveladoras de intervenção crescente do Estado na ordem privada e, por via de consequência, de uma intromissão progressiva do direito público na esfera do direito privado.¹⁷⁰

¹⁶⁶“Predominou na Grécia democrática o sentido de vida pública, realizado, até hoje, de forma inigualável. Nação e Estado formavam o todo indissolúvel, que era a Polis.” (VASCONCELOS, Arnaldo. op. cit., p. 214).

¹⁶⁷Fustel de Coulanges, em obra intitulada *A Cidade Antiga*, da editora Martin Claret, 2. ed., 2007, p. 248, discorre sobre a ausência, durante o Império Romano, de quaisquer diferenças entre o direito público e o direito privado. Em suas palavras: “O homem nada tinha de independente. O seu corpo pertencia ao Estado e era destinado à sua defesa; em Roma o serviço militar era obrigatório até aos quarenta e seis anos, e em Atenas e Esparta, por toda vida. Sua fortuna estava sempre à disposição do Estado; se a cidade precisasse de dinheiro, podia ordenar às mulheres que lhe entregassem suas jóias, aos credores, que abrissem mão de seus créditos, e aos proprietários de oliveiras, que lhe cedessem gratuitamente o azeite que tinham fabricado”. Neste mesmo sentido, Tommaso Campanella, na obra *A cidade do Sol*, da editora Escala, tradução de Ciro Mioranza, 2008, p. 26 e 27, sustenta que os *habitantes daquela cidade* “(...) nutrem imenso amor por sua pátria, coisa que é realmente estupenda e muito superior à que é atribuída aos romanos; e tanto maior é esse amor à medida que se desinteressam pelos bens particulares”.

¹⁶⁸VASCONCELOS, Arnaldo. op. cit. p. 214.

¹⁶⁹Ibid., 2000, p. 214.

¹⁷⁰RAO, Vicente. op. cit. p. 219.

Em sua tentativa de diferenciar estes dois ramos do Direito, Rao traça vários critérios distintivos, os quais podem ser resumidamente delineados (de uma maneira livre) do seguinte modo:

O Direito público é o conjunto sistemático de princípios e de normas que disciplinam a organização e a atividade política e jurisdicional do Estado e das entidades políticas ou administrativas por ele criadas, bem como as suas relações, de igual caráter, mantidas com os indivíduos, regulando, ademais, os meios tendentes a assegurar a defesa da ordem jurídica, dentro da comunhão social.

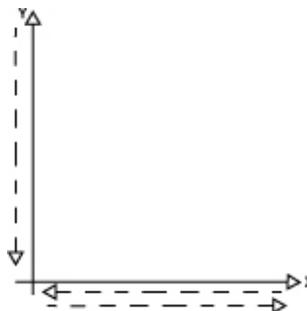
Direito privado é o conjunto assistemático de princípios e de normas que disciplinam as relações, desprovidas de natureza política ou jurisdicional, que os indivíduos mantêm entre si, ou com o Estado, ou com as entidades por ele criadas para a realização de seus perfis.¹⁷¹

Entende Rao que não são só as leis comuns que criam a confusão entre o Direito público e o privado. Tal confusão pode ser verificada, inclusive, nas próprias Constituições, as quais consagrariam normas que somente poderiam ser encontradas no Direito privado.

Para Kelsen, a diferença entre o Direito público e o Direito privado é, em verdade, “uma diferença entre relações jurídicas em que ambas as partes são iguais e relações jurídicas em que uma das partes é inferior à outra. Qualquer pessoa privada é igual a qualquer outra e é inferior apenas ao Estado”.¹⁷² Isto significa dizer que

O direito privado representa uma relação entre sujeitos em posição de igualdade – sujeitos que têm juridicamente o mesmo valor – e o Direito público uma relação entre um sujeito supra-ordenado e um sujeito subordinado – entre dois sujeitos, portanto, dos quais um tem, em face do outro, um valor jurídico superior.¹⁷³

Kelsen defende que “a relação típica do Direito público é a de que existe entre o Estado e o súdito”¹⁷⁴. Em cima deste pensamento kelseniano pode-se estabelecer o seguinte gráfico:



Onde:

Y ——— representa o sujeito supra-ordenado (Estado) em posição jurídica superior ao indivíduo, visto representar toda a coletividade (verticalidade de baixo para cima), através do exercício de um comando autocrático;

¹⁷¹Ibid., p. 220.

¹⁷²KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 292.

¹⁷³KELSEN, Hans. Op. cit., p. 292.

¹⁷⁴Ibid., p. 310.

↓ — a seta pontilhada (verticalizada de cima para baixo) representa o sentido cogente que os comandos autocráticos emanados pelo Estado impõem aos indivíduos que o compõem;

X — representa os sujeitos particulares em posição de igualdade jurídica na lei (num sentido horizontal), quando da realização de negócios jurídicos autônomos (contratos em geral) entre si, feitos dentro do campo da autonomia de suas vontades (comando democrático);

↔ — as duas setas pontilhadas (em direções opostas) representam a dialeticidade presente nos contratos entabulados entre os particulares, em observância ao Princípio da *Pacta Sunt Servanda* e ao artigo 5º, inciso II da Constituição de 1988.

Neste sentido, entende Kelsen que a distinção entre Direito público e Direito privado é, na verdade, uma distinção entre *atos de produção jurídica*. No âmbito do Direito público, por exemplo, o sujeito que vai ser obrigado a cumprir a norma não possui (pelo menos não diretamente) *participação na criação da norma vinculante*, uma vez que é o Estado quem a determinará, por constituir este um processo de *criação normativa autocrática*.

No âmbito do Direito privado, por sua vez, os sujeitos que se submeterão ao processo de vinculação participam ativamente da criação da norma vinculante, como no caso dos contratos realizados entre particulares. Neste último caso, trata-se de um processo democrático-direto de criação da norma jurídica.

Pelas considerações anteriormente feitas, observa-se que enquanto o Direito privado estabelece *relações próprias de Direito* (numa concepção *strito sensu*), o Direito público estabelece *relações jurídicas mais amplas*, que atingirão uma contingência maior de indivíduos (formadores de um determinado *Corpo Social*) – os quais se encontram interligados ao Estado por “relações de poder e de domínio”.

Assim, para Kelsen, a dicotomia entre Direito público e Direito privado constituir-se-ia, na realidade, em uma distinção entre Direito público e Poder ou, mais precisamente falando, entre Direito e Estado. Nas palavras de Kelsen: “(...) a distinção entre Direito privado e público tem tendência para assumir o significado de uma oposição entre Direito e poder não jurídico ou semijurídico, e, especialmente, de um contraste entre Direito e Estado”¹⁷⁵.

Desta forma, Kelsen sustenta a inexistência *ideológica* da separação entre o Direito Público e o Direito Privado, uma vez que nos negócios jurídicos realizados em ambos os casos não existiria mais do que um *prolongamento* da vontade estatal, ou seja: contratos privados regidos pelo Código Civil e respaldados pelo texto normativo da Constituição.

Ao fim, defende Kelsen que a sua Teoria Pura do Direito tem a vantagem de

¹⁷⁵KELSEN, Hans. op. cit. p. 312.

relativizar a oposição estabelecida pela ciência jurídica tradicional entre o Direito público e o Direito privado, em razão de alterar o foco da discussão de uma oposição “extra-sistemática” para uma oposição “intra-sistemática”.

Essa ruptura da ciência jurídica clássica com relação à dicotomia em questão acaba conduzindo à mudança de paradigma da concepção anteriormente aceita, o que só comprova o caráter científico da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen. Nas palavras do autor em análise:

Por esta forma, a Teoria Pura do Direito relativiza a oposição, tornada absoluta pela ciência jurídica tradicional, entre Direito privado e público, transformando-a de uma oposição extra-sistemática, quer dizer, de uma distinção entre Direito e não-Direito, entre Direito e Estado, numa distinção intra-sistemática; e precisamente porque, desse modo, também decompõe e destrói a ideologia que está ligada à absolutização da oposição em causa, comprova o seu caráter de ciência.¹⁷⁶

Ou seja, para Kelsen, a distinção entre Direito público e Direito privado é meramente de ordem política, motivo pelo qual ele denominou tal distinção (movido por seu ideal de pureza do Direito) de uma dicotomia *funestíssima*. Da mesma forma que Kelsen, Pontes de Miranda também argumenta a favor da inexistência de uma diferenciação entre os dois prefalados ramos jurídicos. Nas palavras de Miranda:

O direito privado existe se e quando há regras jurídicas que tratam os homens somente como indivíduos em relação uns com os outros. Desde que o interesse geral, ou algo que se tem como tal, passa à frente, o direito é público, porque admite a situação de poder dos entes coletivos que correspondem àqueles interesses.¹⁷⁷

Mais à frente, Pontes de Miranda cita exemplos no intuito de sustentar seu argumento quanto à *indiferenciação* entre o Direito público e o Direito privado. Em suas palavras: “(...) o negócio jurídico de que nascem relações jurídicas entre o Estado e o funcionário público não é de direito civil; é de direito público”¹⁷⁸. Outro exemplo citado pelo autor diz respeito ao instituto da prescrição, o qual, segundo ele, permearia tanto o Direito público quanto o Direito privado. Ainda nas palavras de Miranda:

O adjetivo 'público' está, na dicotomia, 'público e privado', em sentido de em relação com o Estado, sem ser necessariamente direito construtivo e constitutivo do Estado. Direito público e direito privado podem emanar, igualmente, de lei, que o Estado faz; ambos pertencem ao círculo social do Estado; mas as regras jurídicas que se dizem de direito público são regras jurídicas cujo sujeito ou cujo objeto está em relação imediata com o Estado.¹⁷⁹

Desta forma, a relação estabelecida tanto por Pontes de Miranda, quanto por Hans Kelsen, refere-se a um grau de proporcionalidade mediata e imediata a demarcar a distinção entre Direito privado e Direito público.

¹⁷⁶Ibid., p. 312.

¹⁷⁷MIRANDA, Pontes de. op. cit. p. 121.

¹⁷⁸Ibid., p. 121.

¹⁷⁹Ibid., p. 122.

Discordando do pensamento de Kelsen, o Professor Arnaldo Vasconcelos argumenta que “Na verdade, inexistiu oposição essencial, absoluta, entre Estado e Direito”¹⁸⁰, uma vez que “Emenda-se o parcialismo consistente em atribuir politicidade apenas aos direitos públicos, quando os direitos privados a possuem em igual sentido e intensidade”¹⁸¹. Para o Professor Arnaldo

Kelsen só concebe a distinção para significar os métodos diversos de criação das normas jurídicas. Se os sujeitos vinculados participam da criação da norma, caso da produção contratual do direito, tem-se a relação de Direito Privado; se dela não tomam parte, hipótese do ato administrativo, tido por comando ou ordem, tem-se a relação de Direito Público. A formulação da Teoria Pura, sublinha Kelsen, além de relativizar o contraste entre Direito Público e Privado, destrói a ideologia que a ciência jurídica tradicional colocara em sua base.¹⁸²

E, utilizando-se das próprias palavras de Kelsen para mostrar a contradição do pensamento deste último, arremata o Professor Vasconcelos no sentido da persistência quanto a fundamentação ideológica, “porque uns e outros, se bem que por forma diferente, detêm uma co-participação na chamada formação da vontade estatal – ou seja, afinal, na dominação política”¹⁸³.

Como visto no tópico anterior, os direitos e garantias fundamentais foram inicialmente implementados e paulatinamente desenvolvidos no intuito de salvaguardar os indivíduos dos *mandos* e *desmandos* do Estado Soberano, razão pela qual o particular encontrava-se sempre na posição de sujeito ativo, ou seja, na condição de detentor desses direitos.

O polo passivo era comumente ocupado pelo Estado, pois existia apenas uma relação de verticalidade autocrática que partia sempre de cima para baixo: do Estado-soberano para o indivíduo-súdito.¹⁸⁴

Hodiernamente, contudo, com a aceitação da dimensão objetiva dos direitos e garantias fundamentais¹⁸⁵, verifica-se que os valores neles defendidos irradiam-se não apenas nas relações plenamente assentadas entre Estado e indivíduo, mas também entre os indivíduos uns com os outros, numa verdadeira relação horizontal de *troca* de direitos e deveres entre particulares.

¹⁸⁰VASCONCELOS, Arnaldo. op. cit. p. 218.

¹⁸¹Ibid., p. 218.

¹⁸²Ibid., p. 217.

¹⁸³VASCONCELOS, *apud* KELSEN, op. cit. p. 218.

¹⁸⁴“É o que se pode chamar de **eficácia vertical** dos direitos fundamentais, simbolizando uma relação (assimétrica) de poder em que o Estado se coloca em uma posição superior em relação ao indivíduo”. (MARMELSTEIN, George. op. cit., p. 370).

¹⁸⁵A dimensão objetiva dos direitos fundamentais aqui apontada teve seu reconhecimento com o julgamento do caso Lüth em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Neste sentido, Daniel Sarmento, chamando atenção para o fato de que não apenas o Estado pode causar opressão e violar direitos fundamentais, como o indivíduo também pode fazê-lo (tanto de forma isolada, quanto em união associativa com outros indivíduos), estipula que

no contexto da economia capitalista, o poder crescente de instâncias não estatais como as grandes empresas e associações, tornaram-se uma ameaça para os direitos do homem, que não poderia ser negligenciada, exigindo que a artilharia destes direitos se voltasse também para os atores privados. Estes, que até então eram apenas titulares de direitos humanos oponíveis em face do Estado, assumem agora, em determinados contextos, a condição de sujeitos passivos de tais direitos. Se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas travadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada mais lógico do que estender a estes domínios o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários em que eles se lastreiam.¹⁸⁶

Complementando o pensamento de Daniel Sarmento, o Professor George Marmelstein atenta para o fato de que

Em decorrência dessa constatação de que a sociedade também pode tyrannizar tanto quanto o Estado e também pode cometer violações aos mais básicos direitos do ser humano, fala-se hoje na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, esses direitos deixaram de ser um mero instrumento de limitação do poder estatal para se converter também em uma ferramenta de conformação ou modelação de toda ação pública e privada. É o que se pode chamar de **eficácia horizontal** dos direitos fundamentais.¹⁸⁷

Finalmente, deve-se salientar que o presente trabalho coloca-se no sentido da adoção do posicionamento de Pontes de Miranda quando ele sustenta a ausência de uma diferenciação real entre o Direito público e o Direito privado.

Por sua vez, em decorrência da assunção de tal postura jurídica, defende-se também a ideia quanto a se considerar a aplicabilidade direta dos direitos e garantias fundamentais nas relações estabelecidas entre particulares, a fim de não se fazer qualquer distinção aplicatória entre estas últimas relações e aquelas estabelecidas verticalmente entre o Estado e os particulares.¹⁸⁸

4.3 Diferenças pontuais entre direitos, deveres e garantias fundamentais

¹⁸⁶SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25.

¹⁸⁷MARMELSTEIN, George. op. cit., p. 371.

¹⁸⁸Quanto a isso, sustenta o Professor George Marmelstein que “a última opção é considerar que os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma **direta** às relações entre particulares, da mesma forma como são aplicados na relação entre o Estado e os indivíduos, ainda que com temperamentos”. (Ibid., p. 376)

Embora este trabalho dissertativo não tenha estabelecido, até o presente momento, qualquer distinção entre direitos e garantias fundamentais, tendo tratado ambos os institutos de maneira indiscriminada, como se os mesmos constituíssem, *lato sensu*, faculdades jurídicas atribuídas aos indivíduos na salvaguarda dos valores essenciais, intrínsecos à própria ideia de Dignidade da Pessoa Humana; impõe-se agora, no presente tópico – até mesmo por uma questão de didatismo jurídico –, fazer a diferenciação em comento, a qual deverá conter não apenas a momentânea separação pontual entre os elementos em análise, mas ainda o acréscimo dos deveres jurídicos às duas estruturas precedentes.

De um modo específico, pode-se dizer que os direitos fundamentais, em sua acepção *lato sensu*, possuem duas dimensões definidoras. A primeira dessas dimensões detém um caráter material: são os direitos substanciais dispostos ao longo de todo o corpo textual da Constituição, em especial no artigo 5º, o qual trata, em sua maior parte, dos direitos individuais.

A segunda dimensão, por sua vez, possui um caráter tipicamente processual¹⁸⁹: são os direitos, ou mais estritamente falando, as garantias adjetivas, cujo cunho assecuratório presente no texto constitucional tem como meta primeira a efetivação mesma dos direitos substanciais¹⁹⁰.

¹⁸⁹“Quando se fala em dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição, introduz-se uma distinção que, como sempre, tem dois lados. Em um dos lados, situa-se aquilo que há de processual nos direitos fundamentais, que são o seu aspecto garantístico, em que se têm direitos, de natureza processual, que são direitos, material ou formalmente.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, n. 137, p. 13-21, jan./mar. 1998. Disponível em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/pdf_137/r137-02.pdf. Acesso em 06 de agosto de 2014.

¹⁹⁰Com relação a efetivação dos direitos fundamentais por meio das garantias fundamentais, dispõe Carla Caldas Fontenele Brizi que “Uma garantia que torna esse tratamento dos princípios processuais como princípios constitucionais e também como direitos fundamentais é o direito de ação, que concretiza, em segundo plano, o acesso ao Judiciário, consagrado, no Brasil, pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal”. Mais à frente a autora enfatiza que “O direito de ação e o princípio do contraditório são, portanto, verdadeiros direitos processuais fundamentais, sem os quais não se viabiliza o amplo e pleno acesso ao Judiciário determinado pela Carta Política de 1988. É tamanha a relevância do direito de ação, em suas diversas expressões que é considerado uma “garantia das garantias”, sejam essas ações ordinárias ou constitucionais”. (BRIZZI, Carla Caldas Fontenele. O aspecto processual dos direitos fundamentais como medida assecuratória de sua eficácia. In: **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. MATIAS, João Luís Nogueira (coord.). São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 44 e 45).

Quanto aos deveres¹⁹¹, sustenta o Professor Francisco Gérson Marques de Lima que eles (os deveres) “são tão importantes quanto os direitos, havendo uma simbiose essencial entre estas duas categorias, ambas da mais alta relevância para a vida em sociedade”, uma vez que “o sistema se equilibra justamente nestas duas realidades”¹⁹².

O autor ressalta que as teorias acerca dos direitos humanos e dos direitos fundamentais já foram alvo de vários estudos acadêmicos, impondo-se nesse contexto um estudo mais acurado referente aos “deveres”. De fato, o *problema* que permeia a gama de “direitos” concebidos no atual Estado Democrático não se relaciona mais com a suposta ausência de um substrato teórico, mas na efetivação prática desses direitos. Com relação aos deveres, o *problema* é maior, pois remonta ainda a uma falta de fundamentos teórico-jurídicos acerca dos mesmos¹⁹³.

Conforme o pensamento de Locke e Hobbes, os “deveres” teriam sua origem no *contrato social*, uma vez que em seu estado de natureza o homem era detentor unicamente de direitos, motivo pelo qual, amparando-se nessa óptica, poder-se-ia sustentar a existência de uma *desconexão* entre direitos e deveres.

J.J. Gomes Canotilho, de outra forma, entende como errônea a visão de que para todo *direito* fundamental deve existir, como seu correspondente, um *dever* fundamental. Concorde ele, no entanto, com a existência de “deveres desconexos com direitos fundamentais”¹⁹⁴. Defende o prefalado autor, afinal, a existência de deveres eminentemente *cívico-políticos*, em contraponto a *deveres geracionais*, tal como ocorre com os direitos fundamentais em suas várias dimensões.

Trazendo a concepção de “deveres” para o texto constitucional, observa-se que o Capítulo I do Título II da Constituição Federal, o qual trata “Dos Direitos e Deveres

¹⁹¹Para José Ferrater Mota, o termo *dever* “se relaciona de maneira indistinta com o termo *obrigação*. Neste raciocínio, alguém *deve* algo a alguém quando a este *algo* se obriga”. E enfatiza que “Em todos os deveres há um conteúdo moral, sendo o dever moral o mais alto da categoria”. (MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Título original: Dicionário de Filosofia (*vérsion* abreviada). Tradução: FERREIRA, Roberto Leal & CABRAL, Álvaro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, verbete “dever”, p. 175). Em seu Dicionário de Tecnologia Jurídica, Pedro Nunes classifica o referido termo em “geral ou absoluto, relativo, jurídico, moral, cívico e dever-ser”. (NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 12 ed. 2. tir. RJ, Freitas Bastos, 1993, verbete “dever”, p. 325).

¹⁹²MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: **Constituição e Democracia**. BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson & BEDÊ, Fayga Silveira. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 253.

¹⁹³“Sistematizar os deveres, descortinar o ambiente em que se espraiam, teorizar a seu respeito, cotejá-los com os direitos, criar senso de responsabilidade nos indivíduos... Estes são os objetos fundamentais deste apanhado (...)”. (Ibid., p. 253).

¹⁹⁴CANOTILHO. J.J. Gomes. op. cit., p. 843.

Individuais e Coletivos”, e cujo enfoque é o artigo 5º, não faz qualquer distinção entre *direitos e deveres*.

Ao contrário dos direitos fundamentais, os deveres fundamentais não possuem uma aplicabilidade imediata, o que lhes impõe a necessidade de uma *concretização* legal do seu conteúdo constitucional. Com relação aos direitos e às garantias fundamentais, entende Alexandre de Moraes que no Direito brasileiro a diferença existente entre ambos os institutos

remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.¹⁹⁵

Por fim, ainda quanto à diferenciação entre direitos e garantias fundamentais, oportuna é a transcrição do ensinamento de Jorge de Miranda, o qual estipula que

Clássica e bem actual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se, por isso, directa e imediatamente, nas respectivas esferas jurídicas, enquanto as garantias só nelas se projectam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção juracionista inicial, os direitos *declaram-se*, e as garantias *estabelecem-se*.¹⁹⁶

Do transcrito acima, tem-se que os direitos representam, por si só, certa quantidade de bens, os quais são albergados processualmente com o uso das garantias. Dessa forma, os direitos são principais, enquanto as garantias são acessórias; os direitos permitem a realização própria das pessoas, enquanto as garantias só se projectam no mundo jurídico quando de sua utilização como mecanismos processuais de efetividade dos direitos; por fim, enquanto os direitos são declarados, as garantias são estabelecidas.

¹⁹⁵MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo. Editora Atlas, S/A. – 1991 p. 81.

¹⁹⁶MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Editora, 1990. 4 t. p. 88 e 89.

5 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO DIFUSO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

5.1 *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*¹⁹⁷

Tem-se observado ultimamente uma verdadeira tendência mutacional de *jurisprudencialização legiferante* dos órgãos do Poder Judiciário, para a qual vem se atribuindo o termo *tribunalização*. Tal fato decorre, em grande parte, da inércia, bem como da aparente atrofia do Poder Legislativo, fatores estes que acabam servindo como bases justificadoras do movimento hipertrófico do Poder Judiciário.¹⁹⁸

A omissão do Poder Legislativo na consecução de seu ofício como *instituidor* das leis tem possibilitado ao Judiciário exercer (atipicamente) a função legislativa de *confeccionador* do direito positivo, a par do exercício de seu *mister* constitucional de aplicador da norma posta.

¹⁹⁷“Quem é o Guardião da Constituição?” KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 1 ed. São Paulo: editora Martins, 2003, p. 237.

¹⁹⁸“Pode parecer, a princípio, que o tema não é dotado de qualquer novidade. Todavia, é muito recorrente, mesmo nas cátedras, haver uma certa ojeriza à competência concretizadora do Poder Judiciário para empreender a compatibilização do ser e do dever-ser, mediante mutação constitucional.” (VARGAS, Denise Soares. op. cit., p. 14).

Assim, em havendo omissão do Congresso Nacional na elaboração do comando normativo, abre-se margem para que o Judiciário possa suprir tal lacuna através da aplicação subsidiária de outro *dispositivo* àquele inexistente. Quanto a isso, sustenta Hans Kelsen que “Pode haver situações em que a Constituição não se efetiva, mesmo em pontos essenciais, de modo que as garantias, ao permanecer inoperantes, perdem todo o sentido”.¹⁹⁹

Um exemplo de mecanismo por meio do qual o Supremo Tribunal Federal *pode suprir* ou pelo menos *amenizar* a “ausência legislativa do Congresso Nacional” encontra-se disposto no *corpo* da própria Constituição Federal de 1988, conforme se verifica no enunciado do artigo 5º, inciso LXXI da Constituição (que trata do Mandado de Injunção), o qual dispõe:

Art. 5º. (...)

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A utilização meritória do dispositivo acima citado passou de uma corrente não concretista (a qual apontava o Mandado de Injunção como sendo um remédio constitucional desprovido de um núcleo positivado de efetivação prática), para uma corrente concretista em que se *permite* a elaboração da norma a ser aplicada a um determinado caso concreto.

De fato, dentre as ações constitucionais²⁰⁰ previstas no corpo textual da Magna Carta Brasileira, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão configuram as duas medidas paliativas colocadas pelo constituinte originário de 1988 para solucionar a problemática da ausência de manifestação legislativa.

Ambas as medidas constituem inovações introduzidas no texto da Constituição com a finalidade de combater a chamada *Síndrome da Inefetividade Constitucional*. Nas palavras de Lammêgo Bulos: “O mandado de injunção tem a natureza de uma ação civil, de caráter essencialmente mandamental e procedimento específico, destinado a combater a síndrome da inefetividade das constituições”.²⁰¹

Existem inúmeras diferenças entre o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, as quais não configuram, todavia, o objeto do presente

¹⁹⁹KELSEN, Hans. op. cit., p. 239.

²⁰⁰“As ações constitucionais elencadas pela Constituição são as seguintes: o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), o mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, LXIX e LXX), o mandado de injunção (art. 5º, LXXIII), o *habeas data* (art. 5º, LXXII), a ação popular (art. 5º, LXXIII), a ação direta de inconstitucionalidade (arts. 102, I, a, e 103), a ação declaratória de constitucionalidade (art. 103) e a ação civil pública (art. 129, III, e seu § 1º).” (BRIZZI, Carla Caldas Fontenele. op. cit., p. 45). Para este trabalho importa em especial o mandado de injunção, uma vez que é através dessa ação mandamental que se torna viável o *exercício dos direitos e liberdades constitucionais*.

²⁰¹BULOS, Uadi Lammêgo Bulos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 237.

estudo. Quanto a estas diferenças, o presente trabalho dissertativo se limita apenas a transcrever as palavras do Prof. Dirley da Cunha Júnior, para quem o

o mandado de injunção foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi ideada como instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão, empenhado na defesa objetiva da Constituição. Isso significa que o mandado de injunção é uma ação constitucional de *garantia individual*, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional de *garantia da Constituição*.²⁰²

Para a impetração do Mandado de Injunção faz-se necessário que alguns requisitos sejam obrigatoriamente preenchidos, sob pena do não conhecimento desta ação mandamental. Tais requisitos encontram-se elencados no *caput* do dispositivo (acima transcrito) que regula o referido remédio constitucional, e se resumem basicamente aos seguintes pressupostos: I – existência de um direito constitucional de quem o invoca; II – ausência de norma regulamentadora desse direito.

Por não possuir uma legislação própria disciplinando suas peculiaridades instrumentais, o Mandado de Injunção segue o mesmo rito do Mandado de Segurança. Embora possa ser impetrado de modo tanto individual quanto coletivo (em analogia ao artigo 5º, inciso LXX da Constituição), a jurisprudência de nossos tribunais superiores é assente quanto a impossibilidade de concessão de medida liminar para o Mandado de Injunção.²⁰³

Como se destacou anteriormente, no que concerne aos efeitos da decisão que julga o Mandado de Injunção há, por parte da doutrina e da jurisprudência, duas teorias bem sedimentadas sobre o assunto, quais sejam: 1) a Teoria Não-Concretista; e 2) a Teoria Concretista. Esta última se subdivide ainda em *geral*, *individual* e *intermediária*.

A Teoria Não-Concretista estabelece ao Poder Judiciário apenas o reconhecimento formal da inércia legislativa. A Teoria Concretista Geral preconiza que, diante da ausência de norma regulamentadora, resta ao Poder Judiciário o suprimento da lacuna para todos os interessados (efeitos *erga omnes*). A Teoria Concretista Individual dispõe que, diante da lacuna, o Poder Judiciário deve *criar* a regulamentação própria para o caso específico (efeitos

²⁰²DIRLEY da Cunha Júnior. **Controle das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 553.

²⁰³Por maioria de votos, o Tribunal reconheceu a legitimidade ativa de entidades sindicais para a propositura de mandado de injunção coletivo, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos constitucionais de seus membros (...). Precedentes citados: MI 20-DF (DJU 22.11.96), MI 73-DF (DJU 19.12.94), MI 361-RJ (RTJ 158/375). Prosseguindo no julgamento, o Tribunal julgou prejudicado o mandado de injunção pela superveniência de medida provisória disciplinando o art. 7º, XI, da CF, objeto da ação. Vencido, neste ponto, o Min. Sepúlveda Pertence. MI 102-PE, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/acórdão, Min. Carlos Velloso, 12.2.98 (cf. Inf. 99/STF). Vide, ainda, MI 342-4-SP, rel. Min. Moreira Alves, RT 713/240, admitindo legitimidade dos sindicatos (artigo 8º, inciso III).

inter partes).

Por fim, a Teoria Concretista Intermediária impõe ao Poder Judiciário, em um primeiro momento, que se limite a declarar a omissão do órgão responsável pela elaboração da norma regulamentadora.

Num segundo momento, contudo, tendo expirado o prazo assinalado pelo Judiciário, ficaria este último Poder autorizado a suprir, no caso concreto, a lacuna deixada pelo Poder Legislativo. Como precedente da utilização desta última corrente, tem-se a aplicação analógica da Lei de Greve dos trabalhadores do setor privado aos servidores das carreiras públicas.

Neste momento urge destacar que o direito à greve, de um modo geral, somente veio a ser implementado com a promulgação da Magna Carta de 1988. Anteriormente a isso, a sociedade brasileira foi palco de inúmeros movimentos grevistas, os quais redundaram na aprovação de uma lei que estabelecia como *Crime de Segurança Nacional* “a paralisação ou diminuição do ritmo normal do serviço público ou atividade essencial definida em lei, com o fim de coagir qualquer dos Poderes da República”.²⁰⁴

Após a Constituição de 1988, todavia, muitas celeumas foram ainda travadas quanto a legitimidade ao *exercício do direito de greve* pelo funcionalismo público. Atualmente, referido direito encontra-se expressamente previsto no artigo 37, inciso VII da Constituição²⁰⁵, e inicialmente estipulava que o exercício se daria “nos termos e nos limites definidos em Lei Complementar”.

A Emenda Constitucional nº 19 de 1988 alterou a parte final do citado dispositivo, substituindo a expressão *Lei Complementar* por *Lei Específica*. Para a doutrina, a mudança em questão possibilita que o direito à greve dos servidores públicos seja efetivado através de mera Lei Ordinária, não havendo a necessidade do quórum de aprovação por maioria absoluta exigida pela Lei Complementar.²⁰⁶

Tentando suprir a lacuna deixada pelo constituinte originário, o legislador infraconstitucional publicou em 28 de junho de 1989 a Lei 7.783, que regulamentou a

²⁰⁴ Art. 35 da Lei nº 6.620/1978, o qual estipulava pena de reclusão de 1 a 3 anos.

²⁰⁵ Art. 37 da Constituição: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

²⁰⁶ Art. 69 da CF/88: As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.

aplicação do direito à greve para a iniciativa privada, mas deixou de fora o funcionalismo público.

Na busca de resolver esta omissão legislativa, vários Mandados de Injunção foram impetrados por servidores públicos. No entanto, o Supremo Tribunal Federal sempre julgava no sentido de apenas confirmar a omissão legislativa (aplicação da Teoria Não-Concretista). Com tal atitude, a Corte em não fazia mais do que *comunicar* ao Congresso Nacional a inexistência de norma para a defesa do direito perseguido.

O julgado histórico que sedimentou este ultrapassado entendimento foi estabelecido por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção nº 20 do Distrito Federal. Naquela ocasião, a decisão foi no sentido de que “O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política”.²⁰⁷

Tal posicionamento perdurou até o ano de 2007, quando eclodiram em todo país diversas greves nos setores não apenas da administração pública direta, mais também da indireta. Situação esta que atingiu atividades essenciais e órgãos públicos importantes, tais como INSS, Receita Federal, Ibama, Polícia Civil e até o próprio Poder Judiciário.

Em decorrência desse *caos grevista*, os sindicatos dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo (Sindpol), dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep) impetraram os Mandados de Injunção de números 670, 708 e 712²⁰⁸, a fim de assegurarem para seus filiados o referido direito à greve no serviço público.

O último desses Mandados de Injunção foi julgado pela Suprema Corte em 25 de outubro de 2007, tendo o tribunal em questão decidido por 8 votos a 3 pela mudança de seu posicionamento no tocante aos efeitos do Mandado de Injunção.

Dessa feita, o Supremo Tribunal Federal passou a aplicar a Teoria Concretista em seus mais diversos aspectos, o que possibilitou, por analogia, que a Lei de Greve dos trabalhadores do setor privado fosse utilizada também para os servidores das carreiras públicas. Ainda por ocasião desses históricos julgamentos, o Ministro Celso de Mello se manifestou do seguinte modo:

²⁰⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 20/DF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 22/11/1996.

²⁰⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 708, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 25/10/2007, Plenário, **DJe** de 31/10/2008. No mesmo sentido: MI n. 670, Rel. p/o ac. Ministro GILMAR MENDES, e MI n. 712, Rel. Ministro Eros Grau, julgado em 25/10/2007, Plenário, **DJe** de 31/10/2008.

A jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal, **a partir** do julgamento do **MI 107/DF**, Rel. Min. MOREIRA ALVES (RTJ 133/11), **fixou-se** no sentido de proclamar que a finalidade, a ser alcançada pela via do mandado de injunção, **resume-se à mera declaração**, pelo Poder Judiciário, **da ocorrência de omissão inconstitucional**, a ser meramente comunicada ao órgão estatal inadimplente, **para que este promova a integração normativa** do dispositivo constitucional invocado como fundamento do direito titularizado pelo impetrante do “*writ*”.

Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica **para a qual foi concebido**, pelo constituinte, **o mandado de injunção**, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, **pela inaceitável omissão** do Congresso Nacional, **impedindo-se**, desse modo, **que se degrade** a Constituição **à inadmissível** condição subalterna de um estatuto **subordinado** à vontade ordinária do legislador comum.²⁰⁹

Como salientado anteriormente, a votação pela mudança de entendimento quanto aos efeitos do Mandado de Injunção foi de 08 (oito) a 03 (três) no Supremo Tribunal Federal. Os três ministros que divergiram dos votos dos demais foram: Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

Os dois últimos votaram pela aplicabilidade da Teoria Concretista Individual, ou seja, impuseram requisitos para que a Lei de Greve da Iniciativa Privada fosse aplicada aos servidores públicos. A alegação destes ministros para a aplicação desse posicionamento sustentou-se no caráter específico das atividades estatais exercidas pelos trabalhadores das carreiras públicas.

Quanto ao ministro Lewandowski, este continuou defendendo a posição anterior (Teoria Não-Concretista) que afastava a aplicação da Lei 7.783/89 ao *funcionalismo* público. A fundamentação do referido ministro para a manutenção do posicionamento anteriormente aceito teve como causa a existência de uma *suposta* “ruptura” no Princípio da Separação dos Poderes.²¹⁰

Essa foi a primeira vez que um julgado do Supremo Tribunal Federal impôs ao Congresso Nacional a aplicação de uma lei em decorrência da ausência de norma específica da competência do Poder Legislativo tratando sobre o assunto.

²⁰⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 708, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 25/10/2007, Plenário, **DJe** de 31/10/2008. (p. 114 e 115 do acórdão).

²¹⁰O Princípio da Separação de Poderes encontra-se previsto no artigo 2º da Constituição Federal, o qual dispõe: “São poderes da República, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Acerca da mutabilidade interpretativa operada com o mencionado princípio, assim se pronuncia Denise Soares Vargas: “Não obstante a intangibilidade da separação dos poderes, que se consubstancia no plano constitucional vigente como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF), o fato é que a leitura desse princípio, ao longo da aplicação da atual constituição, foi modificando empiricamente na visão da Suprema Corte brasileira numa real mutação constitucional” (VARGAS, Denise Soares. op. cit., p. 88).

Como a decisão determinou que a lei em questão seja aplicada por analogia, seus efeitos só perdurarão até o momento da promulgação de Lei Específica discorrendo sobre a matéria, tal como determinado expressamente no texto constitucional.

5.2 Princípio da Separação de Poderes e o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal

Tomando por base o caso citado no tópico anterior, faz-se necessário, neste instante, responder ao seguinte questionamento: o *novo posicionamento assumido pelo Supremo Tribunal Federal no caso das greves no funcionalismo público, de algum modo, atenta contra o Princípio da Separação de Poderes?*

A resposta à pergunta feita é necessariamente *negativa*, e pode ser respaldada em dois motivos distintos. Em primeiro lugar porque o Supremo Tribunal Federal, no caso mencionado, não *elaborou* lei nenhuma, mas apenas sedimentou a aplicação de lei *já* existente a uma situação concreta. E, em segundo, porque ao formular de forma supletiva a norma regulamentadora, o Poder Judiciário está exercendo função tipicamente normativa e não legislativa.

Deste modo, a atuação *positiva* do Poder Judiciário apenas concedeu efetividade ao próprio comando constitucional, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, ao assumir postura nova quanto ao instituto do Mandado de Injunção, passou a exercer tão somente o papel normativo de Guardião da Constituição, em atendimento ao artigo 102 da Constituição.²¹¹

Diante dessa realidade, verifica-se frequentemente a inoperância do Poder Legislativo no exercício da função típica que lhe fora atribuída quando da separação clássica do Poder Estatal. Situação esta que impôs a necessidade de que o Supremo Tribunal Federal viesse a intervir na condição de guardião da *Lex Legum*, como Função Estatal garantidora da eficácia e da aplicabilidade dos dispositivos jurídico-normativos da Magna Carta Brasileira.²¹²

²¹¹Art. 102 da Constituição de 1988: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”.

²¹²Com relação ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e ao Princípio da Separação de Poderes, destaca Teodolina Batista da Silva: “Inegável a profunda intersecção entre o ativismo judicial e o clássico sistema de *checks and balances*, cujo desiderato maior se encontra fulcrado no equilíbrio das competências entre os poderes fundamentais do Estado: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário”. (CÂNDIDO VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva. op. cit., p. 76).

Tal panorama contribuiu para que alguns doutrinadores sustentassem a tese de que, nos tempos atuais, o Poder Judiciário *deveria* ocupar um “lugar de destaque” com relação aos outros poderes.

Neste sentido, veja-se o posicionamento de Willis Santiago Guerra Filho, para quem “o Judiciário deve assumir, na atualidade, a posição mais destacada, dentre os demais Poderes estatais, na produção normativa”.²¹³ Por outro lado, Hans Kelsen põe em discussão a possibilidade da Constituição de um Estado encontrar-se sob a égide de um *determinado órgão estatal*:

caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo –, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados. A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.²¹⁴

Saliente-se, contudo, que não se está aqui indo contra a ideia geral de que o Supremo Tribunal Federal é a pilastra mestra que dá suporte e sustento à Lei Maior (até porque, como antes mencionado, o artigo 102, inciso I da própria Constituição é bem enfático quanto a esta questão), mas apenas chamando atenção para uma discussão que já foi objeto de algumas celeumas no campo doutrinário e que não constitui o objeto central deste trabalho dissertativo, razão pela qual não se tecerá maiores comentários a respeito do assunto.

Contudo, como corolário da importância do Supremo Tribunal Federal na condição de *protetor* da Lei Maior, veja-se trecho do voto proferido por esse Tribunal quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 26.603, da Relatoria do Ministro Celso de Mello:

O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do Poder. – No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la.”²¹⁵

²¹³GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 2 ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Celso Bastos editor, 2002. p. 101.

²¹⁴KELSEN, Hans. op. cit., p. 240.

²¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 26.603, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 04/10/2007 e publicado no DJe-241.

Nesta mesma senda, veja-se ainda o voto proferido no Mandado de Segurança nº 25.579-MC, e cujo Relator designado para o Acórdão foi o Ministro Joaquim Barbosa. Transcreve-se o trecho pertinente:

Na qualidade de guarda da Constituição, o STF tem a elevada responsabilidade de decidir acerca da juridicidade da ação dos demais Poderes do Estado. No exercício desse mister, deve esta Corte ter sempre em perspectiva a regra de autocontenção que lhe impede de invadir a esfera reservada à decisão política dos dois outros Poderes, bem como o dever de não se demitir do importantíssimo encargo que a Constituição lhe atribui de garantir o acesso à jurisdição de todos aqueles cujos direitos individuais tenham sido lesados ou se achem ameaçados de lesão.²¹⁶

Por tudo isso, solidifica-se o entendimento quanto a grande importância da Corte Suprema como guardiã dos mandamentos normativos e dispositivos jurídico-políticos da Magna Carta Brasileira de 1988. Deste modo, observa-se que a parcimônia do Congresso Nacional possibilita ao Supremo Tribunal Federal assumir uma postura necessariamente intervencionista na consecução de seu papel como *guarda-costas* constitucional.

Ou seja, pode-se dizer que se encontra atualmente superada a visão tradicionalmente imputada ao Supremo Tribunal Federal de *mero legislador negativo*, na medida em que apenas deve aplicar *cegamente* a Constituição ao caso concreto, para um órgão estatal com o poder de *efetivar* também o comando político-normativo da Constituição de 1988, agindo legitimamente como *agente* de transformação social da Sociedade Brasileira.

Resulta de tudo isso uma conclusão que não deixa de ser polêmica: a de que a separação das funções estatais, *tal como originariamente idealizada* por Montesquieu²¹⁷, não encontra mais guarida em nosso Estado. E esta afirmação é tão certa quanto a circunstância de que este movimento de mutabilidade dos Poderes do Estado tem como razão maior de sua existência a exigibilidade da própria Sociedade Nacional às mudanças correntes em suas estruturas massificadas.

²¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 25.579-MC, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, julgado pelo Plenário em 19/10/2005, e publicado no DJ de 24/08/2007.

²¹⁷Menciona Montesquieu que “A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder Legislativo está reunido ao poder Executivo, não existe liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse unido ao poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 172.

²¹⁸BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 555.

Discorrendo sobre o Princípio da Separação dos Poderes, Paulo Bonavides sustenta que tal princípio

tomou nas formas constitucionais contemporâneas, depois de iluminado por uma compreensão interpretativa sem laços com a rigidez do passado, um teor de juridicidade só alcançado por aqueles axiomas cuja importância fundamental ninguém contesta nem fica exposta a sérias dúvidas doutrinárias.²¹⁸

Da mesma maneira é o escólio de José Afonso da Silva, o qual transcreve-se:

Essa função interventiva do Poder Judiciário visando não apenas defender, mas promover os direitos assegurados no texto básico, implica na superação da função judicial na sua concepção clássica de “legislador negativo” e no reconhecimento de uma atuação positiva, embora não tão ampla como a do Poder Legislativo, na criação do direito. Nesse diapasão fica também superada a vetusta concepção de separação de poderes que não reconhecia nenhuma atividade produtora e/ou agregadora de sentido na interpretação judicial.²¹⁹

Um *decisum* proferido pelo Supremo Tribunal Federal no qual se pode perceber o ativismo jurídico do Poder Judiciário com relação aos demais poderes é o do julgamento do AI nº 640.272 – AgR, da Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (julgado em 2-10-2009 pela Primeira Turma daquele Tribunal), o qual dispõe, *in verbis*:

Separação dos poderes. Possibilidade de análise de ato do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. (...) Cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais, e, em vislumbrando mácula no ato impugnado, afastar a sua aplicação.²²⁰

Assim, em decorrência dos argumentos acima adunados, tem-se por ativismo judicial como sendo o conjunto de mecanismos possibilitados ao Poder Judiciário de evitar, através do exercício positivo da judicatura, a ocorrência de possíveis danos oriundos de uma omissão legislativa do Congresso Nacional, ou de uma decisão desarrazoada do Chefe do Poder Executivo. Tal conceito representa a ampliação dos poderes do Judiciário frente às demais funções estatais.

E como ficou patenteado nos Mandados de Injunção 708 e 712 concernentes ao direito de greve dos servidores públicos, o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal se mostra mais premente na ocorrência de lacunas legislativas na Constituição.

Cabe enfatizar aqui a postura assumida pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a mesma teve por cunho a salvaguarda de Direitos Fundamentais presentes na Magna Carta de 1988, os quais necessitavam de regulamentação para que pudessem ser concretamente

²¹⁸²¹⁹SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 98.

²¹⁹

²²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI n. 640.272 - AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 02/10/2009 pela Primeira Turma daquele Tribunal.

efetivados. O ativismo judicial da Suprema Corte objetiva a proteção e a defesa desses direitos, imprescindíveis ao bem-estar social.

Temas relevantes abarcados por essa causa envolvendo direitos e garantias fundamentais são os que fazem menção ao aborto, ao caso dos fetos anencefálicos, às células-tronco²²¹, ao casamento entre homossexuais²²², ou ainda à questão do nepotismo. Quanto a este último caso, *mister* se faz mencionar as críticas feitas ao instituto da Súmula Vinculante, inserido na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.²²³

A crítica em questão refere-se especificamente à edição da Súmula Vinculante nº 13²²⁴. Sustenta a doutrina que através da confecção desta Súmula, o Poder Judiciário teria usurpado às funções do Poder Legislativo, estando, no caso em comento, mais legislando do que sedimentado a jurisprudência dos tribunais “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”.

Críticas à parte, as Súmulas Vinculantes (mal comparando) constituem para o Poder Judiciário o que as Medidas Provisórias representam para o Poder Executivo, ou seja, a possibilidade de *burlar* a morosidade legiferante do Poder Legislativo.

Ademais, deve-se salientar que esse ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal acarreta, antes de tudo, em mecanismo propulsor de eficácia e normatividade ao texto da Constituição Federal, uma vez que visa concretizar e delimitar o momento histórico no qual se insere a Magna Carta de 1988. Konrad Hesse, na obra *Die Normative Kraft Der Verfassung*²²⁵, assim se pronuncia sobre o assunto:

²²¹Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3510, Rel. Min. Carlos Britto, Diário da Justiça de 04/06/2008. No referido *leading case*, o Supremo Tribunal Federal acrescentou várias regras para compatibilizar a lei com os dispositivos constitucionais acerca do direito à vida e à pesquisa, permitindo o uso de células-tronco embrionárias oriundas de fertilização *in vitro* e congeladas há mais de três anos.

²²²“A justificativa constitucional geralmente apresentada para defender as discriminações contra casais de mesmo sexo é o art. 226, § 3º, da Constituição de 88, que estabelece: ‘para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável **entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’.” (negritos no original) (MARMELSTEIN, Georg. op. cit., p. 450).

²²³Art. 103 – A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

²²⁴**Súmula Vinculante nº 13** – A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

²²⁵HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 24.

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os *limites* da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).

Por fim, destaque-se que o ativismo judicial tem possibilitado ao Poder Judiciário um dinamismo cada vez mais crescente na tomada de decisões sobre qualquer temática constitucional, o que incrementa a consecução de uma justiça mais célere e de acordo com os valores vigentes e socialmente aceitos.

5.3 Casos de mutação constitucional envolvendo direitos e garantias fundamentais

Após uma análise teórico-jurídica, passa-se agora a fazer uma análise prático-política de alguns casos de mutações constitucionais – envolvendo direitos e garantias fundamentais – ocorridos após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Para tanto, há que se ter em mente, frise-se, que a adequação do texto constitucional à ideia de mutação constitucional se deve ao caráter *elástico* que permeia os dispositivos normativo-principiológicos contidos na própria Constituição.

E como já se afirmou anteriormente, esses dispositivos principiológicos presentes expressa e materialmente no corpo textual da Magna Carta dizem respeito, em grande escala, aos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II – artigos 5º ao 17), bem como aos comandos referentes à Ordem Econômica e à Ordem Social (artigos 170 ao 181, e artigos 193 a 232, respectivamente). T

Tais dispositivos, com efeito, são os que comumente constituem *objetos* de mutação constitucional.

Além disso, pode-se vislumbrar também a existência de normas e princípios cujos núcleos estruturantes discrepam em concordância e aplicabilidade práticas, situação a ensejar uma solução rápida e desburocratizada do Poder Judiciário.

A conclusão inarredável que se extrai disso tudo é a de que o *grau de flexibilização* das normas-princípio da Constituição Federal de 1988 permite ao hermenêuta uma possibilidade mais ampla de análise e mudança mutacional.

Uma classificação doutrinária atinente ao fenômeno das mutações constitucionais, e que tem sido muito utilizada pelos juristas, é a apresentada pelo Professor Wellington Márcio Kubliskas.²²⁶ O Professor Kubliskas aborda o assunto dividindo-o em quatro tópicos: I – Mutação constitucional e Direitos Fundamentais; II – Mutação constitucional e Princípio Federativo; III – Mutação constitucional e regras do processo democrático; e, por fim, IV – a Reclamação nº 4.335-5/AC.

Este último ponto já foi motivo de uma anterior análise deste trabalho, razão pela qual torna-se despidendo tecer maiores considerações a respeito. Quanto às outras temáticas, importa apresentar, de passagem, os casos relacionados com os direitos e garantias fundamentais.

Primeiramente, destaca-se o *habeas corpus* nº 82.424/RS (que estabeleceu o dimensionamento da palavra “*racismo*” – artigo 5º, inciso XLII da Constituição de 1988), conceituando e delimitando essa terminologia no âmbito dos direitos humanos. No julgado em questão, o Supremo Tribunal Federal, sob a Relatoria do Ministro Moreira Alves, reconheceu a prática do racismo como constituindo crime inafiançável e imprescritível.

No caso em análise, estavam em conflito o direito à liberdade de expressão, consistente na possibilidade de escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica; e o direito à honra, com espeque no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Na solução do litígio, a Suprema Corte Nacional atentou para o fato de que a adesão do Brasil a acordos e tratados multilaterais que repudiam quaisquer formas de discriminações raciais, tais como “as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islamafobia” e o anti-semitismo”²²⁷, impunha que fosse adotado um posicionamento contrário a adoção de tais práticas danosas.

²²⁶No que tange a esta classificação, vide a obra do mencionado autor. (KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: editora Atlas, 2009, p. 251/261).

²²⁷HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004.

A interpretação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no caso em comento foi a teleológica, comungada com a interpretação sistêmica da Constituição, a qual conjuga a análise de fatores históricos, políticos e sociais presentes na confecção do próprio diploma constitucional. Por fim, na prolação do voto para a publicação do acórdão, entenderam ainda os ministros que

As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (...) Ordem denegada.²²⁸

Além deste caso, Kubliskas menciona também a alteração ocorrida no termo “casa”, contido no artigo 5º, inciso XI da Magna Carta Brasileira. A palavra *casa*, presente no referido dispositivo da Lei Maior, pode significar, se se a interpretar de uma maneira ampla, mas do que um simples local de moradia. De fato, o conceito comporta sentidos outros que a ele podem ser comparados. Assim, tal termo também pode ser aplicado para designar o escritório de um advogado ou mesmo de um médico.

Além disso, há que se destacar que a expressão em comento serve ainda para abranger não apenas o seu *todo nuclear*, mas também os *complementos* em seu entorno (mesmo aqueles não materialmente a ela unidos), razão pela qual o signo *casa* também engloba o jardim, o quintal, a garagem ou qualquer outro elemento que, de qualquer forma, *dela faça parte*. O artigo 150, § 4º do diploma penalista tenta definir o termo ora discutido nos seguintes termos:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: (...)
 § 4º - A expressão "casa" compreende:
 I - qualquer compartimento habitado;
 II - aposento ocupado de habitação coletiva;
 III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Da definição acima exposta, tem-se que o inciso I traz uma designação genérica, na medida em que basta haver um *compartimento habitado* para se ter configurado (em sua dimensão ampla) a *casa*. Já o inciso II vem a definir o termo como sendo de *habitação coletiva* (o que redimensiona restritivamente o seu significado).

Por fim, o inciso III delinea o que já se havia dito sobre a possibilidade do conceito ser utilizado para designar o local de trabalho dos profissionais liberais, devendo chamar-se

²²⁸HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004.

atenção para o início deste último inciso, ou seja, para a expressão *compartimento não aberto ao público*, a qual fala por si só.

Atribuindo-se ao termo *casa* significados diversos, a própria interpretação da palavra impôs, ao longo do tempo, uma mudança difusa no inciso XI, artigo 5º da Constituição, sem que tenha havido nenhuma agressão à letra normativa constitucional do texto inicialmente idealizado pelo constituinte originário. Nesse sentido, transcreve-se o seguinte trecho do voto proferido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, *in verbis*:

Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, "embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita" (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). - O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do "privilège du préalable", não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina.²²⁹

Aponta ainda o autor retrocitado o *Habeas Corpus* nº 74.051-3/SC – que dispõe sobre a proteção da pessoa estrangeira em *trânsito* pelo Brasil (artigo 5º, *caput* da Constituição). Veja-se o excerto jurisprudencial tratando sobre o caso:

²²⁹HC 93050, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008.

EXTRADIÇÃO - TRATAMENTO IGUALITÁRIO DE BRASILEIROS E ESTRANGEIROS RESIDENTES NO BRASIL. O alcance do disposto na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal há de ser estabelecido levando-se em conta a remessa aos diversos incisos. A cláusula de tratamento igualitário não obstaculiza o deferimento de extradição de estrangeiro. (...).²³⁰

Deve-se incluir também nesta lista (apesar de não ter sido mencionado por Kubliskas), o caso relativo à prisão civil do depositário infiel, bem como ainda o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF.

Nas duas ações constitucionais por último citadas, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como sendo uma entidade familiar, mudando não apenas o entendimento interpretativo do texto constitucional, mas incutindo também verdadeira transformação mutacional da literalidade do artigo 226, § 3º da Magna Carta Nacional.

Com relação à temática primeira do depositário infiel, basta apenas que se mencione o fato de que a Corte Maior, com base no pacto internacional de *San José da Costa Rica* firmado pelo Brasil, decidiu por despenalizar penalmente tal prática contratual, abolindo, com isso, a prisão civil em casos desse jaez. Por fim, ainda com relação ao tema em questão, cabe destacar os trechos do julgado cujos fundamentos tiveram por base o instituto da mutação constitucional. Neste sentido, transcreve-se:

A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais e econômicos.²³¹

²³⁰Ext nº 1028, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2006, DJ 08-09-2006

²³¹Ext nº 1028, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2006, DJ 08-09-2006

Pelo exposto, observa-se a impossibilidade de prisão civil no caso de depositário infiel. No que concerne à segunda das temáticas acima apontadas, referente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, resta enfatizar que após o julgamento das ações antes mencionadas, o casamento homoafetivo passou a ser evento civil permitido legalmente pelo Direito material brasileiro. O voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, quanto a isso, foi no sentido de que

O Supremo Tribunal Federal entendeu que os homossexuais têm direito de receber igual proteção legal e constitucional, sendo, portanto, arbitrário e inaceitável qualquer diploma legal que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual.²³²

Acerca desses julgamentos paradigmáticos envolvendo direito fundamental a união civil entre pessoas homoafetivas, Denise Soares Vargas se posiciona do seguinte modo, *in verbis*:

No caso em tela, o Supremo Tribunal Federal afirmara estar manejando a técnica da interpretação conforme para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Assim agindo, na verdade, interpretou que o dispositivo do Código Civil ao omitir a união homoafetiva da proteção do Estado incorreu em exclusão odiosa, que mereceria uma decisão aditiva, integradora e isonômica.

Todavia, é mister observar que, ao estender a união estável às uniões homoafetivas, inclusive, fora do texto expresso na CF, empreendeu, por meio de uma sentença aditiva, uma mutação constitucional, pois exerceu, na concretização da norma constitucional, uma atividade interpretativa, de perfil aditivo, a criação de uma situação não expressamente contemplada na Constituição, mas compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia.²³³

²³²Ext n° 477554, Relator: Min. CELSO DE MELLO, 2ª turma. DJe-164, publicado em 26-8-2011.

²³³VARGAS, Denise Soares. op. cit., p. 99.

Finalmente, atinente as mutações constitucionais classificadas por Kubliskas como referindo-se ao Princípio Federativo e as regras do processo democrático, basta que se diga que existem diversos casos relacionados com essas temáticas, dentre os quais podem ser mencionados os que fazem referência ao artigo 22, inciso XI da Constituição; os que determinam a competência para legislar sobre bingos (artigo 22, XX); bem como os que estipulam o alcance das competências municipais (mais especificamente os relativos a expressão “assunto de interesse local” – prevista no artigo 30, I da Magna Carta; bem como ainda aqueles casos que discutem informalmente as reformas ocorridas no *jogo político*.

Tais reformas relacionam-se mais de perto com a fixação proporcional da quantidade de vereadores (RE nº 197.917-8/SP – artigo 29, IV) e com a fidelidade partidária (MS 26.603-1/DF – artigo 17, § 1º).

Assim, diante dos exemplos apresentados, deve-se ter em mente que as mutações constitucionais podem servir como meios de eficácia e dinamização dos institutos agregadores dos direitos e garantias fundamentais, servindo também como meio promocional de efetivação célere desses mesmos direitos.

6 CONCLUSÃO

Após discorrer sobre o importante fenômeno das mutações constitucionais, visto no presente trabalho dissertativo como meio difuso de efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Após ter tratado não apenas do tema, de uma forma geral, mas tendo-o delimitado também em seus pontos cruciais, ou seja, após ter estudado as várias possibilidades interpretativas que o assunto proporciona, cabe agora tecer comentários finais acerca desse importante instrumento de promoção de direitos fundamentais.

As mutações constitucionais, como o próprio nome sugere, possibilitam a mudança informal, abstratamente idealizada do texto normativo da Constituição, sem que ocorra, em sua dimensão material, uma alteração visível de suas normas postas.

O ponto mais relevante desse instituto de mudança da realidade constitucional é a sua capacidade de amoldar com extrema elasticidade o texto normativo-constitucional defasado para um texto que se compatibilize com a nova realidade circundante em que a sociedade brasileira se encontra inserida.

Nesse contexto, as mutações possibilitam ao Supremo Tribunal Federal assumir uma postura necessariamente intervencionista na consecução de seu papel de *guarda-costas* constitucional, possibilitando ao Judiciário agir como verdadeiro “confeccionador” da norma faltante e contribuindo para agilizar as *trocias sociais*, o que permite uma atividade mais enérgica na tomada de decisões cruciais para o contexto social-democrático brasileiro.

Diante disso, pode-se dizer que se encontra atualmente superada a visão tradicionalmente imputada ao Supremo Tribunal Federal de *mero legislador negativo* – na medida em que apenas deve aplicar “cegamente” a Constituição ao caso concreto – para um órgão estatal com o poder-dever de *efetivar* também o comando político-normativo da Constituição Federal de 1988, agindo legitimamente como *agente* de transformação da realidade nacional.

Nesse sentido, cabe enfatizar aqui a nova postura assumida pelo Supremo Tribunal Federal relativa aos Mandados de Injunção de números 670, 708 e 712 com relação à aplicação da Lei nº 7.783/90 aos trabalhadores estatais, uma vez que a mesma buscou salvaguardar direitos sociais dos servidores públicos presentes na Constituição, os quais necessitavam de uma regulamentação para que pudessem ser concretamente efetivados.

Ademais, é de se salientar que o *ativismo judicial* do Supremo Tribunal Federal acarreta em mecanismo propulsor de eficácia e normatividade ao texto da Constituição, pois permite concretizar e delimitar o momento histórico da Magna Carta de 1988.

Assim, a “transformação” *hermenêutico-constitucional* ocasionada com o Mandado de Injunção, apenas buscou adaptar o texto da Constituição à realidade política e social que o período de greves coletivas ocorridas no ano de 2007 com os servidores públicos da federação brasileira impunha, transmutando este importante *remédio constitucional* de uma corrente não-concretista para uma corrente concretista de efetivação prática.

Por outro lado, a crítica que se faz ao instituto da mutação constitucional diz respeito ao fato de que por meio desse *instrumento* o Judiciário muitas vezes age como legislador positivo, usurpando as funções do Poder legislativo e *quebrando* a separação clássica do Poder Estatal em funções “independentes e harmônicas entre si”.

Críticas à parte, o fenômeno das mutações constitucionais possibilita uma maior atuação do Judiciário na tomada de decisões envolvendo a coletividade brasileira (ativismo judicial), o que possibilita também a ampliação da defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais para as camadas menos privilegiadas do país.

Deste modo, mostra-se premente e fundamental o estudo do tema em questão, a fim de que por meio de seu desenvolvimento o Poder Judiciário possa cumprir com seu papel constitucionalmente delineado de Guardiã da Magna Carta Nacional.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.
- AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho.** 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 11. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.
- BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra. Livraria Almedina, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional.** São Paulo. 3. ed., 2002.
- BASTOS, João Felipe Bezerra. Uma análise do filme “Robin Hood” na perspectiva da evolução histórica dos direitos humanos. In: **Direitos fundamentais, cinema e literatura: propostas interdisciplinares II.** FROTA, Régis (coord.). Fortaleza: Edições UFC, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 2. ed. São Paulo: edipro, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. **Do estado liberal ao estado social.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional: a constituição viva de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BRIZZI, Carla Caldas Fontenele. O aspecto processual dos direitos fundamentais como medida assecuratória de sua eficácia. In: **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais.** MATIAS, João Luís Nogueira (coord.). São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional.** São Paulo. Editora Saraiva, 1997.
- _____. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 20/DF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 22/11/1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 708, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 25/10/2007, Plenário, **DJe** de 31/10/2008. No mesmo sentido: MI n. 670, Rel. p/o ac. Ministro GILMAR MENDES, e MI n. 712, Rel. Ministro Eros Grau, julgado em 25/10/2007, Plenário, **DJe** de 31/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 26.603, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 04/10/2007 e publicado no DJe-241.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 25.579-MC, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, julgado pelo Plenário em 19/10/2005, e publicado no DJ de 24/08/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI n. 640.272 - AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 02/10/2009 pela Primeira Turma daquele Tribunal.

CÂNDIDO VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva. **Ativismo judicial**: uma nova era dos direitos fundamentais. São Paulo: Baraúna, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006.

CAMPANELLA, Tommaso. **A cidade do Sol**. Trad. de Ciro Mioranza. São Paulo: editora Escala, 2008.

COSTA, Reginaldo da. **Ética e filosofia do direito**. Fortaleza: ABC editora, 2006.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: editora Martin Claret, 2. ed., 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DEMO, Pedro. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000.

DENNINGER, Erhard. *'Security, Diversity, Solidarity' instead of 'Freedom, Equality, Fraternity', in Constelations*, volume 7, nº 4.200. Blackwell Publishers Ltda., 108 Cowley Road, Oxford, 2012.

DIRLEY da Cunha Júnior. **Controle das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 2 ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Celso Bastos editor, 2002.

_____. Da Interpretação Especificamente Constitucional, *in* Revista de Informação Legislativa 128. Brasília, 1995.

_____. **A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, p. 13-21, jan./mar. 1998.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JUCÁ, Danielle Nascimento. Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito: um enfoque nas Constituições Brasileiras. In: **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. MATIAS, João Luís Nogueira (coord.). São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

KAUFMANN, Arthur. *Analogia y “naturaliza de la cosa”*: hacia una teoria de la *comprension jurídica*. Trad. do alemão de Enrique Barros Bourie. Chile: editorial jurídica, 1976.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 1 ed. São Paulo: editora Martins, 2003.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: editora Atlas, 2009.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**, 5. ed., São Paulo: editora Perspectiva S.A., 1988.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** 2 ed. São Paulo: Kairós Livraria Editora Ltda., 1985.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte. Mandamentos, 2002.

_____. **Teoria dos valores Jurídicos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **As normas escritas e os princípios jurídicos**: o dilema da justiça nas decisões judiciais. Fortaleza: Imprece, 2012.

MALVEIRA, Pedro Rafael; SOUSA, Péricles Pereira de. Mutações constitucionais por interpretação: promoção ou ameaça aos direitos fundamentais?. In: **Neoconstitucionalismo e**

direitos fundamentais. MATIAS, João Luís Nogueira (coord.). São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: **Constituição e Democracia.** BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson & BEDÊ, Fayga Silveira. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito:** conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.

MARTINS, João dos Passos. **Direitos Fundamentais:** conceito, função e tipos. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo/SP. RT. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais,** 1. Ed., 2. Tir., 2002, editora Brasília Jurídico. Brasília, Distrito Federal.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra, 1987, t. II.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Campinas: Bookseller, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis.** Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais.** 2 ed. São Paulo. Editora Atlas S/A., 1991.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia.** Título original: Dicionário de Filosofia (*vérsion* abreviada). Tradução: FERREIRA, Roberto Leal & CABRAL, Álvaro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORIN, Edgar. **Introducción al pensamiento complejo.** Barcelo: Gedisa, 1998.

MOTA, Marcel. **Direitos fundamentais e antecipação da tutela.** Fortaleza: Omni editora, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Metodologia do direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOGUEIRA MATIAS, João Luís. **A Ordem Econômica e o Princípio da Solidariedade na Constituição Federal de 1988.** In: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC – NOMOS. Fortaleza/Ceará: ed. Universidade Federal do Ceará, v. 292 – jul/dez – 2009/2.

_____. **Metodologia do direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 12 ed. 2. tir. RJ, Freitas Bastos, 1993.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

POE, Edgar Allan. **Poesia e prosa**. Trad. de Oscar Mendes e Milton Amado. Porto Alegre: Livraria do Globo, v. 3, 1944.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

RODRIGUES, Raimilan Seneterri da Silva. A moderna interpretação dos direitos fundamentais. In: **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**. MATIAS, João Luís Nogueira (coord.). São Paulo: Editora Atlas, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. Malheiros Editores. São Paulo. 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Juídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Miguel Morgado. Lisboa: edições 70, 2009.

STF, Secretaria de Documentação. **A Constituição e o Supremo**. 3. ed., Brasília, 2010. Superior Tribunal de Justiça. Disponível na Internet em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>

Supremo Tribunal Federal. Disponível na Internet em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

TREBOR, Robert. **Gritos D'Alma**. São Paulo: Livre Expressão Editora, 2013.

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Disponível na Internet em: <http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?jsessionid=ABB7590A98623E21814C431436EA1CD7.cjsg1>

SILVA, Valmir Adamor da. **A história da loucura: em busca da saúde mental**. Rio de Janeiro: Edições de ouro, 1979.

VARGAS, Denise Soares. **Mutação constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Pura do Direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: editora Forense, 2003.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

WEAVER, Richard. **As ideias têm consequências**. Trad. de Guilherme Araújo Ferreira. São Paulo: Realizações editora, 2012.