



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

ANTÔNIO ARMANDO FREITAS GONÇALVES

**POSSIBILIDADES E LIMITES DAS MUTAÇÕES INFORMAIS DA
CONSTITUIÇÃO: O CASO DA PERDA DO MANDATO PARLAMENTAR NA
AÇÃO PENAL 470**

FORTALEZA

2016

ANTÔNIO ARMANDO FREITAS GONÇALVES

POSSIBILIDADES E LIMITES DAS MUTAÇÕES INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO: O
CASO DA PERDA DO MANDATO PARLAMENTAR NA AÇÃO PENAL 470

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional. Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Augusto Vasconcelos Diniz

FORTALEZA

2016

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

-
- G635p Gonçalves, Antônio Armando Freitas.
Possibilidades e limites das mutações informais da Constituição: o caso da perda do mandato parlamentar na Ação Penal 470 / Antônio Armando Freitas Gonçalves. – 2016.
128 f. ; 30 cm.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2016.
Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.
Orientação: Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz.
1. Direito constitucional - Brasil. 2. Hermenêutica (Direito) – Brasil. 3. Interpretação constitucional. I. Diniz, Márcio Augusto de Vasconcelos (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Mestrado em Direito. III. Título.



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (*STRICTO SENSU*)
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO



**“POSSIBILIDADES E LIMITES DAS MUTAÇÕES INFORMAIS
DA CONSTITUIÇÃO: O CASO DA PERDA DO MANDATO
PARLAMENTAR NA AÇÃO PENAL 470”**

ANTÔNIO ARMANDO FREITAS GONÇALVES

Dissertação defendida em 04/02/2016, às 16h30min.,

com menção:

APROVADO

COMISSÃO EXAMINADORA:



Professor Doutor Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz - da UFC
(Orientadora e Presidenta)



Professor Doutor Gustavo César Machado Cabral - da UFC (Membro
Interno)



Professor Doutor Bruno Leonardo Câmara Carrá - da FA7
(Membro Externo à Instituição)

A Deus.

Ao meu pai, Ronaldo (in memoriam), obrigado
por tudo, saudades.

AGRADECIMENTOS

À Amanda, minha esposa, pelo amor, companheirismo e cumplicidade. Amo-te. À minha filha Maitê, que, apesar de ainda não ter saído da barriga da mamãe, já nos trouxe muita luz e felicidade.

Ao meu pai Ronaldo, meu grande ídolo, pela grandeza de sua vida. À minha mãe Margarida, pela força e perseverança no enfrentamento dos obstáculos que a vida nos impõe. Aos meus irmãos Ronaldo Júnior e Felipe, por estarem sempre ao meu lado.

Ao Professor Dr. Márcio Augusto Vasconcelos Diniz, pela enriquecedora orientação, que Deus ilumine o seu caminho e o de sua família.

Aos professores Dr. Gustavo César Machado Cabral e Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, pela disponibilidade de participarem como examinadores da presente dissertação.

Aos queridos colegas de turma do mestrado, pela imensa colaboração através de reflexões e críticas.

“Nada é permanente, exceto a mudança”.

(Heráclito de Éfeso)

RESUMO

Uma Constituição não pode consistir no mero reflexo da realidade política e social. Ela não é somente a expressão de um ser, mas, também, de um dever ser, que busca imprimir ordem e conformação à realidade política e social que lhe é subjacente. No entanto, a Constituição não pode mostrar-se fechada à realidade. Deve funcionar como um sistema aberto, se atualizando em conformidade com as mudanças a ela externas, sob pena de perder sua força normativa. É nessa esteira que surge a importância do fenômeno da mutação constitucional, consistente em um processo de mudança constitucional por meio do qual, em virtude de uma mudança na realidade social, se altera, através da interpretação ou dos costumes constitucionais, o sentido de uma norma constitucional sem qualquer mudança do texto expresso da Constituição. A questão ganha especial relevância, quando se constata uma expansão do poder judicial (fenômeno que se convencionou chamar de judicialização da política) e a tendência de intensificação de decisões judiciais que têm por objeto questões eminentemente políticas que seriam de competência do Poder Legislativo. Nesse sentido, observa-se uma tendência de intensificação de decisões judiciais de duvidosa compatibilidade com a Constituição, principalmente aquelas empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, por vezes, acaba por, sob o manto da necessidade de uma interpretação corretiva, reescrever a Constituição. Nesse contexto, a presente dissertação teve como escopo a análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Penal nº 470 (AP 470), que determinou a perda imediata dos mandatos parlamentares, afastando o juízo político do Congresso Nacional, modificando a interpretação do Art. 55, inciso VI e §2º, da Constituição Federal, com vistas a verificar se se operou uma mutação constitucional do referido dispositivo ou se ocorreu um simples *overruling* do entendimento anterior. Desse modo, a partir de uma análise da compreensão contemporânea da teoria das mutações constitucionais, alinhada à compreensão atual acerca das Constituições, com destaque para a tese da força normativa da Constituição de Konrad Hesse, concluiu-se que a decisão proferida pelo STF na AP 470, apesar de promover uma alteração da jurisprudência anterior, não promoveu uma mutação constitucional do Art. 55, §2º, da Constituição Federal, visto que exacerbou os limites semânticos do texto normativo, provocando, ao contrário, uma flagrante inconstitucionalidade, uma mutação inconstitucional.

Palavras-chave: Constituição. Mutação Constitucional. Interpretação. Ação Penal 470.

RESUMEN

Una Constitución debe funcionar como un sistema abierto, siendo actualizada de acuerdo con los cambios sociales. En caso contrario, no habrá ninguna fuerza normativa. En este sentido que viene la importancia del fenómeno de la mutación constitucional, que consiste en un proceso de cambio constitucional a través del cual, en virtud de un cambio en la realidad social, el sentido de una norma constitucional cambia sin el cambio de su texto expreso. La cuestión gana importancia cuando se nota una tendencia de intensificación de las decisiones judiciales de compatibilidad dudosa con la Constitución, especialmente las llevadas a cabo por el Supremo Tribunal Federal, que a veces, por de la necesidad de una interpretación correctiva, termina por reescribir la Constitución, actuando como un verdadero legislador positivo y olvidando que no tiene representación para hacerlo. En este contexto, el presente estudio fue el alcance del análisis de la decisión dictada por el Supremo Tribunal Federal en el caso de la acción penal No. 470 que llevó a la pérdida inmediata de los mandatos parlamentarios, lejos del juicio político del Congreso Nacional, cambiando la interpretación de Art. 55, VI, 2º, de la Constituição Federal, con el fin de verificar se ocurrió una mutación constitucional del dispositivo o un overruling del entendimiento anterior. Así, desde un análisis de la comprensión contemporánea de la mutación constitucional, de acuerdo con el conocimiento actual de las Constituciones, en especial la tesis de la fuerza normativa de la Constitución de Konrad Hesse, se concluyó que la decisión del STF en el AP 470, a pesar de cambiar el entendimiento anterior, no promovió una mutación constitucional del Art. 55, 2º, de la Constituição Federal. En verdad, el Supremo Tribunal Federal he exacerbado los límites semánticos del texto legal, lo que lleva, en cambio, a una inconstitucionalidad flagrante, una mutación inconstitucional.

Palabras-clave: Constitución. Mutación Constitucional. Interpretación. Acción Penal 470.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PERMANÊNCIA E MUDANÇA CONSTITUCIONAL	13
2.1 Ferdinand Lassalle e os Fatores Reais de Poder: A Constituição “Folha de Papel” e seu contexto	13
2.1.1 Contexto Histórico	13
2.1.2 A tese de Ferdinand Lassalle	15
2.2 Konrad Hesse e a Força Normativa da Constituição: A “Vontade de Constituição”	22
2.2.1 Contexto histórico	23
2.2.2 A tese de Konrad Hesse	25
2.3 Da pretensão de permanência das normas constitucionais: o acerto da tese de Konrad Hesse e o espaço para mutações informais da Constituição	32
3 TEORIA DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS	39
3.1 Definição de Mutação Constitucional	39
3.1.1 O marco inicial: as contribuições de Paul Laband e Georg Jellinek	40
3.1.2 A compreensão da mutação constitucional no debate da República de Weimar: as ideias dinâmicas de Constituição de Heller e Smend e a sistematização de Dau-Lin	45
3.1.3 Os contornos atuais: a concepção de Hesse, Müller e Canotilho	52
3.2 Fundamento e Pressupostos das Mutações Constitucionais	55
3.3 Características das Mutações Constitucionais	60
3.4 Modalidades de Mutação Constitucional	62
3.4.1 Interpretação Constitucional	62
3.4.2 Costume Constitucional	70
3.5 Mutações inconstitucionais	75
4 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	79
4.1 O uso da expressão “mutação constitucional” no STF: um estudo empírico e a impossibilidade de construção de um sentido único	79
4.1.1 Mutação constitucional usada como sinônimo de reforma constitucional	80
4.1.2 Mutação constitucional como sinônimo de mudança de entendimento do tribunal	82
4.1.3 Um sentido aproximado ao da doutrina contemporânea	83
4.2 Enfrentando o tema de forma direta: o julgamento da Reclamação 4335-5/AC	85
4.2.1 Um resumo do caso e dos posicionamentos adotados pelos ministros	85
4.2.2 A mutação inconstitucional do Art. 52, X, da Constituição Federal	92

4.3 A judicialização da política como fenômeno catalisador de mutações (in)constitucionais empreendidas pelo STF.....	96
<i>4.3.1 Noção e requisitos da Judicialização da Política.....</i>	<i>97</i>
<i>4.3.2 Exemplos Nacionais de Mutação (in)constitucionais a partir da Judicialização da Política.....</i>	<i>101</i>
5. A CONDENAÇÃO CRIMINAL E A PERDA DO MANDATO PARLAMENTAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A ATUAÇÃO DO STF NA AÇÃO PENAL Nº470.....	107
5.1 A perda do mandato parlamentar por condenação criminal na jurisprudência do STF: A construção de um posicionamento tradicional acerca do art. 55, §2º da CF em face do art. 92, I do Código Penal.....	107
5.2 A perda do mandato parlamentar por condenação criminal na jurisprudência do STF: o caso da ação penal nº 470.....	113
<i>5.2.1 Notícia histórica.....</i>	<i>113</i>
<i>5.2.2 A mudança de entendimento do STF e sua repercussão: Mutação constitucional do art. 55, §2º da CF ou overruling do entendimento anterior?.....</i>	<i>114</i>
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	121
REFERÊNCIAS.....	123

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas atuais do Direito Constitucional consiste na busca de uma compatibilização entre a necessária maleabilidade da Constituição, tendo em vista as mudanças ocorridas na realidade fática (sociais, políticas, econômicas, entre outras), e a também necessária permanência das normas constitucionais.

A doutrina constitucional contemporânea, na busca por uma solução, afirma que uma Constituição não pode consistir no mero reflexo da realidade política e social, que se conforma, inexoravelmente, às mudanças observadas nos fatores reais de poder. Ela não é somente a expressão de um ser, mas, também, de um dever ser. Por força de sua pretensão de eficácia, de sua força normativa (Hesse), busca imprimir ordem e conformação à realidade política e social que lhe é subjacente.

No entanto, a Constituição não possui uma existência autônoma frente à realidade, uma vez que sua pretensão de eficácia é inseparável das condições históricas de sua realização. Tais condições conjugam-se de forma interdependente, erigindo regras que não podem ser ignoradas

Portanto, a Constituição não pode mostrar-se fechada à realidade. Deve funcionar como um sistema aberto, se atualizando em conformidade com as mudanças a ela externas, sob pena de perder sua força normativa. Nessa esteira, tem-se um condicionamento recíproco entre Constituição e realidade constitucional. Uma determinando e sendo determinada pela outra.

É nesse contexto que surge a necessidade de se analisar as denominadas mudanças constitucionais. De acordo com a doutrina, elas podem ocorrer formal ou informalmente. A via formal é aquela prevista expressamente pela ordem constitucional. No caso brasileiro, tem-se o uso do poder constituinte derivado reformador, com a criação de emendas à Constituição.

Já a via informal se resume à mutação constitucional, que consiste em um processo de mudança constitucional por meio do qual, em virtude de uma mudança na realidade constitucional (mudanças políticas, econômicas, culturais, etc.) se altera, através da interpretação ou dos costumes constitucionais, o sentido de uma norma constitucional sem qualquer mudança do texto expresso da Constituição (FERRAZ, 1986, p. 9).

A importância desse fenômeno reside no fato dele possibilitar uma atualização mais

dinâmica e menos traumática da Constituição, tendo em vista o tortuoso e erosivo processo formal de mudança constitucional. A mutação constitucional pode se dar, dentre outras formas, pela interpretação constitucional judicial. Nesse caso, estar-se-ia diante de uma mutação constitucional quando o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, atribuísse a um determinado texto normativo um sentido distinto daquele anteriormente atribuído, em virtude de uma mudança observada na realidade social.

Enquanto o estudo das mudanças formais da Constituição é bastante rico na doutrina nacional e alienígena, o tema das mutações constitucionais carece de tratamento doutrinário aprofundado. Os pressupostos, fundamentos e limites desse processo informal de modificação constitucional, mormente no que se refere à mutação constitucional via interpretação judicial, ainda não estão totalmente clarificados. Pelo contrário, o que se observa é uma verdadeira indefinição quanto às possibilidades do fenômeno.

Desde a sua identificação pela doutrina alemã, no final do século XIX, até a atualidade, não surgiu, apesar de relevantes incursões doutrinárias, uma disciplina clara sobre o tema, tornando-o, portanto, extremamente fecundo para as atuais pesquisas em direito constitucional.

A questão ganha ainda mais relevância quando se constata a presença de diversos fatores que tem o condão de intensificar a incidência das mutações constitucionais, tais como a expansão global do poder judicial (fenômeno que se convencionou chamar de “judicialização da política”), o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle de constitucionalidade e o surgimento de demandas cada vez mais complexas e polêmicas, inclusive referente à questões políticas.

Ademais, se vive numa época de Constituições compromissórias no mundo ocidental, recheadas de direitos e garantias fundamentais. A Constituição Brasileira, por exemplo, dado sua estrutura aberta (principiológica) e elástica, reclama do intérprete/aplicador uma contínua atualização de sentido, o que também viabiliza o surgimento de mutações constitucionais.

Nesse sentido, observa-se uma tendência de intensificação de decisões judiciais de duvidosa compatibilidade com a Constituição, principalmente aquelas empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, por vezes, acaba por, sob o manto da necessidade de uma interpretação corretiva, reescrever a Constituição, atuando como verdadeiro legislador positivo e olvidando que não possui representatividade para tanto.

Destarte, idealizou-se a presente dissertação com o intuito de analisar se a decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos da AP 470 (“Mensalão”), que determinou a perda imediata dos mandatos parlamentares, afastando o juízo político do Congresso Nacional e modificando a interpretação do Art. 55, inciso VI e §2º, da Constituição Federal, reconheceu uma mutação constitucional do dispositivo.

A presente dissertação divide-se, por questões didáticas, em três capítulos, distribuídos da seguinte forma:

O primeiro capítulo analisa, a partir da compreensão das teses de Ferdinand Lassalle e de Konrad Hesse, a tensão verificada entre a realidade social e a Constituição, averiguando em que termos se dá o condicionamento recíproco entre norma constitucional e realidade a ser normatizada.

Prossegue o estudo com a análise da teoria das mutações constitucionais, destacando-se a evolução histórica da compreensão do fenômeno da mutação constitucional, bem como os seus pressupostos, fundamentos, modalidades e limites.

O terceiro capítulo tem por objeto a abordagem do tema da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, traçando um quadro de como o tema é enfrentado e compreendido pela “corte constitucional” brasileira.

Por fim, o quarto capítulo é dedicado exclusivamente à análise da decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos da AP 470 (Mensalão), buscando determinar se a conclusão pela perda imediata dos mandatos parlamentares, com o afastamento do juízo político do Congresso Nacional, modificando a interpretação do Art. 55, inciso VI e §2º, da Constituição Federal, é caso de mutação constitucional ou de *overruling* do entendimento anterior.

2 PERMANÊNCIA E MUDANÇA CONSTITUCIONAL

O presente capítulo tem por escopo analisar tensão existente entre a necessidade de permanência e de mudança das normas constitucionais. Para atingir tal desiderato, adotou-se como referencial teórico a tese de Konrad Hesse, consubstanciada em sua obra *A Força Normativa da Constituição*. Entretanto, antes de abordar a concepção do catedrático de Freiburg, será analisada a tese de Ferdinand Lassalle acerca da essência da Constituição, visto que a compreensão de Lassalle foi o ponto de partida de reflexão de Hesse.

2.1 Ferdinand Lassalle e os fatores reais de poder: a Constituição “folha de papel” e seu contexto

Na Berlim de 1862, aos 16 de abril, Ferdinand Lassalle proferiu uma conferência para operários e intelectuais de uma associação liberal-progressista. Referida conferência consubstancia a tese que será abordada no presente tópico. No entanto, antes de explicitar as ideias de Ferdinand Lassalle, é imperioso situá-las historicamente, tarefa que será empreendida no tópico adiante.

2.1.1 Contexto Histórico

Ferdinand Lassalle nasceu em 11 de abril de 1825, em Breslau, Alemanha¹, tendo falecido aos 39 anos de vida, em 31 de agosto de 1864. Segundo Neiva (2008, *online*), Lassalle, que era advogado e militante comunista, foi contemporâneo de Karl Marx, ladeando o teórico do capital em diversos momentos históricos, com destaque para os movimentos revolucionários europeus e as tentativas de unificação alemã.

Nesse contexto, importantes as considerações feitas por Aurélio Wander Bastos, ao prefaciar a obra “*A Essência da Constituição*”, de Ferdinand Lassalle:

Lassalle e Marx estiveram juntos em muitos momentos históricos, especialmente durante a Revolução de 1848, de tendências populares e democráticas. Juntos responderam ao mesmo processo por atuação política e pregações contra o Estado na região de Rhin, na Alemanha, durante esse período marcante também para a França e Itália. Embora tenha sido Lassalle condenado, historicamente foi Marx quem prosseguiu e aprofundou os estudos sobre o capitalismo e os seus efeitos sobre as condições de vida do operariado. O pensamento marxista, superando, especialmente, a proposta das cooperativas, através de proposições mais radicais sobre a coletivização da produção, e a lei de bronze, com o desenvolvimento da teoria da mais-valia, ultrapassou definitivamente o sectarismo obreirista deste sindicalista que morreu em um duelo com um nobre, provocado por coloridas paixões por uma

¹ Breslau foi posteriormente anexada à Polônia com o nome de Wrocław.

aristocrata (LASSALLE, 2000, p. X-XI).

A revolução de 1848, portanto, aparece como importante pano de fundo na vida de Lassalle, sendo citada diversas vezes pelo alemão na conferência objeto do presente estudo.

Apesar do grande número de revoluções assistidas pelo mundo moderno, nunca sucedeu uma revolução que houvesse se espalhado tão rápida e amplamente como a de 1848. Na França, local de origem das revoluções, proclamou-se a república aos 24 de fevereiro. Em 02 de março, a revolução ganhou o sudoeste alemão. Até o dia de 18 de março, a revolução ainda ganhou a Bavária (06 de março), Berlim (11 de março), Viena (13 de março), Hungria (13 de março) e Milão (18 de março). Em questão de semanas, em uma área que hoje é ocupada por dez estados, não havia mais governo algum de pé. No entanto, dentro do breve período de 06 meses de seu início, sua derrota era iminente. Dezoito meses depois, todos os regimes que houveram sido derrubados foram restaurados, com a exceção da República Francesa, que, apesar de mantida, firmava-se distante da revolução que lhe originara (HOBSBAWM, 1988, p. 30).

Especificamente no cenário alemão, ela teve íntima relação com o ideário da *Virginia Bill of Rights*, de 1776, e da *Declaration des Droits de l'homme et du citoyen*, de 1789, que exerceram grande influência sobre a população alemã. Pôde-se observar um aumento da conscientização política de grande parte da sociedade, com a propagação dos ideais iluministas e criação de círculos de intelectuais. Ademais, a concepção de que o estado teria deveres para com os interesses dos cidadãos comuns se alastrou, mormente pela ideia de que pessoas **livres** haviam aderido ao estado, para que tivessem garantidas sua segurança e terem seus direitos promovidos. Eric Hobsbawm (1988, p. 22-23) resume bem a realidade social, econômica e política do período de 1848 à 1875, experimentada intensamente por Lassalle:

A história de nosso período é, portanto, desequilibrada. Ela é primariamente a do maciço avanço da economia do capitalismo industrial em escala mundial, da ordem social que o representa, das ideias e credos que pareciam legitimá-lo e ratificá-lo: na razão, ciência, progresso e liberalismo. E a era da burguesia triunfante, mesmo que a burguesia europeia ainda hesitasse em assumir um papel político público. Para isso – e talvez apenas para isso – a era das revoluções ainda não havia terminado. As classes médias da Europa ficaram assustadas com o povo: ‘democracia’ ainda era vista como sendo o prelúdio rápido e certo para o ‘socialismo’. Os homens que oficialmente presidiam os interesses da vitoriosa ordem burguesa no seu momento de triunfo eram nobres do campo prussiano, profundamente reacionários, uma imitação do imperador na França e uma sucessão de proprietários aristocráticos na Inglaterra. O medo da revolução era real, a insegurança básica estava entranhada. Bem para o fim de nosso período, o único exemplo de revolução num país avançado, uma insurreição em Paris quase que localizada e de vida curta, produziu um grande banho de sangue incomparavelmente superior a 1848 e uma enxurrada de nervosas

trocas de informações diplomáticas. Já nesse tempo, os dirigentes dos estados avançados da Europa, com maior ou menor relutância, começaram a reconhecer não apenas que ‘democracia’, isto é, constituição parlamentar baseada em sufrágio universal, era inevitável, como também viria a ser provavelmente um aborrecimento inofensivo politicamente. Esta descoberta já havia sido feita de há muito pelos dirigentes dos Estados Unidos.

No que tange à ciência jurídica, a época de Lassalle era caracterizada pela rígida separação entre ser e dever ser, assim como entre Direito e Moral. Era o momento do positivismo jurídico, cujas principais feições exortavam “[...] contra qualquer referência metafísica, figurando como alternativa, em sentido oposto ao jusnaturalismo preeminente no período pré-moderno, quando não havia, ainda, o monopólio estatal da produção jurídica” (SBROGIO’GALIA, 2007, p. 32).

Como bem salienta Luis Roberto Barroso (2009, p. 243): “O Estado de direito se consolida na Europa ao longo do século XIX com a adoção ampla do modelo tornado universal pela Revolução Francesa: separação de Poderes e proteção dos direitos individuais”. Lassalle, portanto, vivia no Estado Legislativo de Direito. Tal fato, somado ao positivismo imperante, influencia bastante a tese do autor. Sbrogio’Galia (2007, p. 32) analisa bem esse aspecto:

Os reflexos desse aporte sobre a institucionalização e o exercício do poder estatal faziam preponderar até então, o Estado sob a forma de Estado Legislativo de Direito, correspondente ao positivismo jurídico de fórmula hobbesiana. O princípio da legalidade e, concomitantemente, o monopólio da produção jurídica (que equivale a dizer produção legislativa), passam a conferir os critérios de validade do Direito, independentemente de sua valoração como justo. Disso segue que, em se afirmando o princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito, a ciência jurídica deixa de ser imediatamente normativa e passa a converter-se em uma disciplina tendencialmente cognoscitiva, destinada a explicar o direito positivo, tomado como objeto, e dela dissociado. Também aqui a jurisdição experimenta uma mudança de paradigma: deixa de ser produção jurisprudencial do Direito e passa a submeter-se à lei e ao princípio da legalidade como exclusivas fontes de legitimação

Lassalle, portanto, proferiu sua conferência nesse contexto de grande fracasso da revolução de 1848, de tentativas de unificação da Alemanha, de preponderância do Estado legislativo de direito e do positivismo jurídico.

2.1.2 A tese de Ferdinand Lassalle

A respeito do objeto da referida conferência, as palavras de Lassalle são claras: “Fui convidado para fazer uma conferência e para isso escolhi um tema cuja importância não é necessário salientar pela sua oportunidade. Vou falar de problemas constitucionais, isto é,

qual a essência de uma Constituição” (LASSALLE, 2000, p.3, grifos do autor).

Lassalle (2000, p. 6) assevera que se fosse perguntado a um jurisconsulto qual o conceito de Constituição ele diria que se tratava um pacto juramentado entre o monarca e o povo, no qual ficam explicitados os princípios basilares da legislação e do governo dentro de um país. Se se tratasse de um país com governo republicano, o jurisconsulto definiria a Constituição como “[...] a lei fundamental proclamada pela nação, na qual baseia-se a organização do Direito público do país” (LASSALLE, 2000, p.6).

Para Lassalle, essas respostas jurídicas não são satisfatórias, uma vez que são incapazes, por exemplo, de dizer se uma constituição é boa ou má, limitando-se a descrever como se forma uma Constituição. Suas palavras são claras sobre o tema:

Todas essas respostas jurídicas, porém, ou outras parecidas que se possam dar, distanciam-se muito e não explicam cabalmente a pergunta que fiz. Estas, sejam as que forem, limitam-se a descrever exteriormente como se formam as Constituições. Estas afirmações dão-nos critérios, notas explicativas para conhecer juridicamente uma Constituição; porém não esclarecem onde está o *conceito* de *toda* Constituição, isto é, a essência constitucional. Não servem, pois, para orientar-nos se uma determinada Constituição é, e por que, boa ou má, factível ou irrealizável, duradoura ou insustentável, pois para isso seria necessário que explicassem o *conceito* da Constituição. Primeiramente, torna-se necessário sabermos qual a verdadeira *essência* de uma Constituição, e, depois, poderemos saber se a Carta Constitucional *determinada e concreta* que estamos examinando se *acomoda* ou não às exigências substantivas. Para isso, porém, de nada servirão as definições jurídicas que podem ser aplicadas a todos do papéis assinados por uma nação ou por esta e o seu rei, proclamando-as constituições, seja qual for o seu conteúdo, sem penetrarmos na sua essência. O *conceito* da Constituição – como demonstrarei logo – é a fonte primitiva da qual nascem a *arte* e a *sabedoria* constitucionais” (LASSALLE, 2000, p. 6-7, grifos do autor).

Destarte, para buscar um conceito verdadeiro de Constituição, há um método de utilidade prática. Consiste na comparação do objeto de estudo, a Constituição, com outro similar, empenhando esforços para se aprofundar nas dessemelhanças que os afastam. Nesse contexto, pergunta-se: qual a diferença entre lei e Constituição? (LASSALLE, 2000, p. 7)

Segundo Lassalle (2000, p. 7-8), ambas, lei e Constituição, gozam de uma essência genérica comum, consistente na necessidade de aprovação legislativa. No entanto, essa similaridade não afasta as diferenças existentes entre os objetos, com destaque para o fato de a Constituição ser mais do que uma simples lei. Para comprovar tal disparidade, pode-se constatar que a aprovação de novas leis não gera protesto algum. Pelo contrário, entende-se que essas novações são necessárias, são parte do curso normal e natural dos governos. Todavia, quando se modifica a Constituição, a insatisfação popular e o protesto são quase que

imediatos. Em verdade, algumas constituições pretendem-se imutáveis, dispendo, expressamente, sobre a impossibilidade de sua alteração. Outras, se assim não o fazem, ou exigem que sua reforma não seja oriunda de uma simples maioria, mas sim de uma qualificada, ou declaram que eventual reforma deverá ser efetivada por uma Assembleia Legislativa *ad hoc*.

Nessa esteira, conclui-se que: “Todos esses fatos demonstram que, no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum” (LASSALLE, 2000, p.8).

Constatada essa importância maior da Constituição, quando comparada com uma lei, o jurista busca entender qual a origem dessa diferença. Em mais um exercício retórico, Lassalle (2000, p.8) argumenta que se perguntasse qual a diferença entre uma Lei e Constituição, lhe diriam que a última é uma lei fundamental. Todavia, isso não é suficiente, visto que se opera apenas uma troca de vocábulo, Constituição por lei fundamental, subsistindo, ainda, a pergunta: qual a diferença, então, entre uma lei qualquer e a lei fundamental?

Partindo-se do vocábulo **lei fundamental** e das ideias a ele subjacentes, é necessário que a lei fundamental, para justificar o nome que lhe é dado, seja, primeiramente, **básica**. Ademais, em um segundo plano, ela deve constituir o verdadeiro **fundamento** das demais leis, ou seja, deve informar e conformar as leis ordinárias, irradiando-se pela ordenação jurídica do país (LASSALLE, 2000, p. 9).

Além das duas características supracitadas, o jurista ainda concebe uma terceira, que é fundamental para a compreensão de sua teoria. Ele sustenta que tudo aquilo que tem um fundamento é regido pelo princípio da necessidade. É dizer, as coisas que possuem um fundamento não detêm a liberdade de serem casualmente. Elas são na exata medida em que seu fundamento exige, tal como o movimento dos planetas, que é regido (fundamentado) pela força de atração do Sol, não podendo ser de outra maneira que não a que de fato é. Portanto, a Constituição, como lei fundamental de uma nação, seria, exatamente, essa força ativa e determinante que faz com que todas as leis e instituições jurídicas de uma nação sejam o que realmente são. As palavras de Lassalle (2000, p.9-10, grifos do autor) são claras:

3º - Mas as coisas que têm um fundamento não o são por um capricho; existem porque necessariamente devem existir. O fundamento a que respondem não permite serem de *outro modo*. Somente as coisas que *carecem de fundamento*, que não as casuais e fortuitas, podem ser como são ou mesmo de qualquer forma; as que

possuem um fundamento, não. Elas se regem pela *necessidade*. Os planetas, por exemplo, movem-se de modo determinado. Este movimento responde a causas, a fundamentos exatos, ou não? Se não existissem tais fundamentos, sua trajetória seria casual e poderia variar a todo o momento, quer dizer, seria variável. Mas se de fato responde a um fundamento, se é o resultado, como pretendem os cientistas, da força de atração do Sol, isto é bastante para que o movimento dos planetas seja regido e governado de tal modo por esse fundamento que não possa ser de outro modo, a não ser tal como de fato é. A ideia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma *necessidade ativa*, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia, *fazendo-a assim e não de outro modo*.

É nesse contexto, de busca por essa força ativa, que Lassalle vai conceituar os fatores reais do poder: “Os *fatores reais do poder* que atuam no seio de cada sociedade são essa *força ativa* e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser*, em substância, *a não ser tal como elas são*” (LASSALLE, 2000, p.10-11, grifos do autor).

Uma vez conceituados, o jurista, agora, passa a tentar identificar os fatores reais de poder no seu contexto histórico, a Prússia de 1862. Para isso, Lassalle (2000, p. 11) propõe uma situação hipotética, na qual um grande incêndio queimou todos os arquivos estatais, destruiu todas as bibliotecas públicas e particulares, além de dizimar a tipografia da concessionária responsável pela impressão da Coleção Legislativa, de tal sorte que o país quedou-se sem lei alguma, sendo necessária, por óbvio, a decretação de novas leis.

Na situação sobredita, se na decretação das novas leis fosse visada à abolição da monarquia e de suas respectivas prerrogativas, o monarca se imporia, argumentando que apesar das leis estarem destruídas, na *realidade*, o exército, que põe canhões e baionetas nas ruas, ainda lhe obedeceria, e, por conta disso, ele, monarca, com base nesse poder real, não aceitaria quaisquer restrições às suas prerrogativas, fato que o torna parte da Constituição (LASSALLE, 2000, p.12).

Ainda com base na referida situação, se as novas leis buscassem, sob o manto da igualdade, acabar com a Câmara Senhorial, formada pela Aristocracia e responsável pelos destinos políticos da nação, também não seria obtido êxito, visto que os membros na nobreza, com sua grande influência na Corte, teriam garantidos, também, a saída do exército e dos canhões para a tutela de seus interesses. Logo, a aristocracia também é parte da Constituição (LASSALLE, 2000, p.12-13).

Por outro lado, se o monarca, aliado à nobreza, buscasse, através da novel legislação, restabelecer o sistema feudal, com a decretação de uma Constituição gremial, as fábricas e a

produção mecanizada seriam gravemente afetadas, tendo em vista a total incompatibilidade do sistema medieval com o grande capital. Este necessita de ampla liberdade de atuação, produção em massa e livre concorrência, aspectos de impossível efetivação no feudalismo (LASSALLE, 2000, p.13-14).

Nesse caso, os grandes burgueses teriam de fechar suas indústrias, o que provocaria, via de consequência, o fechamento dos estabelecimentos dos pequenos e médios industriais. Ademais, a dispensa de trabalhadores seria imediata, o que os levaria para as ruas para protestar contra a fome e o desemprego. Portanto, os grandes industriais também são parte da Constituição. A esse respeito, vale a transcrição das conclusões de Lassalle (2000, p.14):

Aconteceria que os senhores industriais, os grandes industriais de tecidos, os fabricantes de sedas, etc. fechariam as suas fábricas, despedindo os seus operários; e até as companhias de estradas de ferro seriam obrigadas a agir da mesma forma. O comércio e a indústria ficariam paralisados, grande número de pequenos industriais seria obrigado a fechar suas oficinas e esta multidão de homens sem trabalho sairia à praça pública pedindo, exigindo pão e trabalho. Atrás dela, a burguesia, animando-a com a sua influência e seu prestígio, sustentando-a com o seu dinheiro, viria fatalmente à luta, na qual o triunfo não seria certamente das armas.

Ademais, ainda no exercício dessa constituinte hipotética, se o governo buscasse implantar medidas frontalmente vulneradoras dos interesses dos banqueiros, não seria obtido êxito. Isso porque, em momentos de escassez financeira, que impedem a efetivação de investimentos de grandes capitais, o governo, com medo de aumentar as alíquotas tributárias, prefere contrair empréstimos junto aos particulares, em troca de títulos da dívida pública. Portanto, também os banqueiros são elementos da Constituição (LASSALLE, 2000, p.15-16).

Lassalle ainda argumenta (2000, p. 16) que se o governo promulgasse uma lei penal que punisse os pais pelos crimes cometidos pelos filhos, a eclosão de um protesto seria certa, pois, dentro de certos limites, a consciência coletiva e a cultura geral também são partes da Constituição. Nesse ponto, as lições de Lassalle merecem transcrição:

Suponhamos que o governo intentasse promulgar uma lei penal semelhante à que prevaleceu durante algum tempo na China, punindo na pessoa dos pais os roubos cometidos pelos filhos. Essa lei não poderia vigor, pois contra ela se levantaria o protesto, com toda a energia possível, da cultura coletiva e da consciência social do país. Todos os funcionários, burocratas e conselheiros do Estado ergueriam as mãos para o céu e até os sisudos senadores teriam que discordar de tamanho absurdo. É que, *dentro de certos limites*, também a consciência coletiva e a cultura geral da nação são partículas, e não pequenas, da Constituição (LASSALLE, 2000, p.16, grifos do autor).

Por fim, ainda na tarefa de identificação dos fatores reais do poder, Lassalle (2000,

p.16-17) sustenta que se a nobreza, os grandes capitalistas e os grandes banqueiros, aliados entre si, buscassem acabar com a liberdade política da pequena burguesia e do operariado, isso seria possível. Todavia, se a tentativa tivesse como objeto a liberdade pessoal, é dizer, um retorno ao medievo, onde o trabalhador é convertido em escravo ou servo, o povo não aceitaria jamais. Isso porque o povo, em situações extremas, também é parte da Constituição. Eis as conclusões do jurista:

O povo protestaria, gritando: Antes morrer do que sermos escravos! A multidão sairia à rua sem necessidade de que os seus patrões fechassem as fábricas; a pequena burguesia juntar-se-ia solidariamente com o povo e a resistência desse bloco seria invencível, pois, nos casos extremos e desesperados, também o povo, nós todos, somos uma parte integrante da Constituição (LASSALLE, 2000, p.17).

Identificados, portanto, os fatores reais do poder, Lassalle (2000, p.17, grifos do autor) conclui que: “Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: *a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação.*”

Portanto, a Constituição Jurídica, aquela escrita, normalmente referenciada pelos estudiosos, consiste, quando muito, na redução a termo da junção dos fatores reais do poder, transformando-os em instituições jurídicas. Esse processo de transição da realidade (fatores reais de poder) para o Direito é feito de tal sorte que não se apresenta, explicitamente, no documento escrito, que o rei, a nobreza, os industriais, os banqueiros e o povo são fragmentos distintos da Constituição. Tal conformação é feita de forma diplomática (LASSALLE, 2000, p.17-18).

Segundo Lassalle (2000, p.18-19), a lei eleitoral das três classes, vigente de 1849 a 1918 na Prússia, é exemplo claro dessa transição diplomática da realidade para o papel. Referida norma dividia os cidadãos em três classes, a primeira, com 153.808 pessoas, a segunda, que contava com 409.945, e a terceira, com 2.691.950. A primeira classe era de pessoas riquíssimas, enquanto a segunda era formada por eleitores de posses médias. Já a terceira era constituída por cidadãos modestos, operários e camponeses. É dizer, 153.808 pessoas possuíam o mesmo poder político dos mais de dois milhões de indivíduos pertencentes à terceira classe.

Para o jurista, a divisão supramencionada, em essência, era o mesmo que dizer que, na Prússia, o rico terá o poder político de dezessete cidadãos pobres. Vejamos suas palavras: “Verifica-se que por esse meio cômodo se chega exatamente ao mesmo resultado como se na Constituição constasse: o opulento terá o mesmo poder político que 17 cidadãos comuns, ou

melhor, nos destinos políticos do país, o capitalista terá uma influência 17 vezes maior que um simples cidadão sem recursos” (LASSALLE, 2000, p.19).

Lassalle, portanto, faz um corte claro, diferenciando duas constituições, uma real e efetiva, regida e informada pelos fatores reais do poder, e a outra uma constituição jurídica, a qual ele denomina de folha (pedaço) de papel, visto que só terá valor se corresponder, *in totum*, à constituição real. As palavras do autor são inequívocas:

Tenho demonstrado a relação que guardam entre si as duas constituições de um país: essas *constituição real e efetiva*, integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e essa outra *constituição escrita*, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar *folha de papel*” (LASSALLE, 2000, p.23, grifos do autor)

Ademais, há de se ressaltar que se o conteúdo da folha de papel não guardar correspondência com a realidade do poder, ou seja, com os fatores reais do poder, com a constituição real, um conflito será necessariamente originado, fazendo com que a constituição jurídica sucumba frente à real. É dizer, a constituição jurídica só terá durabilidade se corresponder aos elementos reais do poder (LASSALLE, 2000, p.33).

Aqui, merece transcrição trecho da obra de Lassalle na qual o jurista, através de uma metáfora, explica a sua conclusão acerca da insuficiência da constituição jurídica. Observe:

Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: “esta árvore é uma figueira.”. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos (LASSALLE, 2000, p.37).

É exatamente por isso que Lassalle (2000, p.37) aponta que “De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder”. É dizer, “Onde a constituição *escrita* não corresponder à *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 vitais do país” (LASSALLE, 2000, p. 33, grifos do autor).

Portanto, Lassalle, seguindo uma linha de raciocínio, conclui que:

Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do poder; a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na

realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar” (LASSALLE, 2000, p. 40, grifos do autor).

A tese de Ferdinand Lassalle consubstancia o que a doutrina constitucional contemporânea convencionou denominar de sociologismo constitucional, visto que ele aborda um conceito sociológico da Constituição.

Para Kubliskas (2009, p.19), “a concepção de Lassalle possui grande poder crítico, pois procura desmascarar as chamadas Constituições semânticas, que têm o claro propósito de maquiar as relações de poder existentes com uma fachada de legitimidade constitucional.” Também reforçando a importância das ideias lançadas por Lassalle, relevantes são as lições de Felipe Braga Albuquerque (2011, p.57):

Os fatores reais de poder aos quais Lassalle se refere, reforçam a importância do estudo do Direito Constitucional, demonstrando que a constituição não é um documento, por si só, autônomo. Ainda, a influência social, econômica, religiosa e outras que podem interferir na interpretação constitucional evidenciam que o Direito Constitucional é um ramo do direito que deve contar com variáveis políticas.

Já Inocêncio Mártires Coelho ressalta que a conferência de Lassalle, mesmo já decorrido mais de um século, ainda é de importância fundamental para os estudiosos do direito constitucional, visto que traz importantes lições de realismo jurídico. Eis o que diz o professor:

Proferida há mais de um século, permanece viva e atual a conferência de Ferdinand Lassalle sobre a *essência* da Constituição, em que ele identificava a soma dos *fatores reais de poder* que regem uma nação com aquela *força ativa* e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser*, em substância, *a não ser tal como elas são*. Venerada como bíblia do sociologismo jurídico, desde que veio a público em 1862, essa palestra virou texto de leitura obrigatória em todos os quadrantes do constitucionalismo moderno (COELHO, 1998, p.185, grifos do autor).

Em síntese, pode-se dizer que a tese de Ferdinand Lassalle, apesar de restar impregnada de um determinismo sociológico, e de carecer de um maior rigor formalista, é de fundamental importância para o Direito Constitucional, pois realça, com grande sucesso, o sentido sociológico da Constituição.

2.2 Konrad Hesse e a força normativa da Constituição: a “vontade de Constituição” e a retificação da hipótese de Lassalle

Do mesmo modo como feito no tópico anterior, far-se-á, antes da exposição da tese de

Konrad Hesse, um breve introito, com o fito de situar historicamente a aula inaugural de Hesse na Universidade de Freiburg, em 1959, a qual deu origem a tese da força normativa da Constituição.

2.2.1 *Contexto Histórico*

A aula inaugural de Hesse, como já dito, data de 1959. É dizer, quase um século depois da conferência de Ferdinand Lassalle. Nesse sentido, mostra-se imprescindível acentuar, em linhas gerais, o contexto histórico da “Força Normativa” de Konrad Hesse.

Barroso (2009, p. 45) aponta que “[...] o marco histórico do novo direito constitucional, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália”. É dizer, a Segunda Guerra Mundial, que ocorreu na década anterior à aula de Hesse, provocou uma forte mudança de paradigma, principalmente na Alemanha, país de sua nacionalidade.

No que diz respeito à famigerada guerra, Fábio Konder Comparato (2008, p. 214) explicita que: “A Segunda Guerra Mundial, diferentemente, foi deflagrada com base em proclamados projetos de subjugação de povos considerados inferiores, lembrando os episódios de conquista das Américas a partir dos descobrimentos.”

Nesse contexto, Flávia Piovesan (2012, p. 39) ressalta que “A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito”. Ainda nesse sentido, continua a autora: “Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar sua reconstrução” (PIOVESAN, 2012, p. 39).

Essa ruptura de paradigma provocada pela segunda guerra, como bem relata Ana Maria D’Ávila Lopes (2001, p. 59, grifos do autor), reverbera, dada sua magnitude, até os dias de hoje:

Na história da humanidade, é difícil encontrar um período de tempo no qual o tema dos direitos do homem tenha, como ocorreu desde 1945 até hoje, *una mayor y más general significación teórica y práctica*. Embora seja possível citar momentos do passado nos quais lhe foi dada uma importância crucial em um determinado Estado ou região, nunca a questão dos direitos do homem foi objeto de uma ampla generalização espacial como a atual; nem nunca como hoje o tema tem interessado tanto a todos os povos do mundo.

Portanto, depois da Segunda Guerra Mundial, “[...] democrats everywhere had to ask themselves some crucial questions: how could all this happen? How can we prevent a

recurrence of it? In other words: how can we protect the rights of the citizens in the future” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 19). Essas questões, para Vallinder (*in* ___; TATE, 1995, p. 19), estavam mais presentes na Alemanha por questões óbvias, visto que, ainda na década de 1920, o país, apesar da primeira guerra, ainda era altamente desenvolvido nos aspectos político, econômico e cultural. Ademais, os partidos totalitários, embora existentes, não eram atores importantes no cenário político.

Em um retrato bem claro da situação política da Alemanha de Konrad Hesse, especialmente nos anos que antecederam a grande guerra, Torbjörn Vallinder (*in* ___; TATE, 1995, p. 19-20) ressalta que:

During the first three years of the 1930s the political situation in Germany changed totally. In the general election in July 1932 the Nazis and the Communists together received more than 50 percent of the seats in the Reichstag. This majority, of course, was not a working one. Nevertheless, it was as antidemocratic majority emanating from a democratic election, something unheard so far. In January, formally in good constitutional order, Adolf Hitler was appointed chancellor and formed a coalition government. The Reichstag was dissolved and a general election, neither fully democratic nor totally rigged, was held in March, giving the government an absolute majority. After the election, using the notorious emergency article (no 48) in the constitution, the Reichstag was purged of Communists, thus securing an absolute majority for the Nazi party. Then the dictatorship was established through a decision of the Reichstag, only the Social Democratic Party voting against. To say that Hitler came to power in a democratic way is thus at most a half-truth. However, even half-truths may be frightening and require countermeasures. The Federal Republic of Germany took them in 1949: a new constitution, the Grundgesetz, was enacted included an extensive bill of rights, a constitutional court and judicial review.

Não é por outra razão, portanto, que a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã), de 1949, é a principal do desenvolvimento do novo direito constitucional na Europa, mormente após a instalação do Tribunal Constitucional Federal, ocorrida em 1951 (BARROSO, 2009, p. 245-246). O Professor Paulo Bonavides, em sua obra o “Do Estado Liberal ao Estado Social”, se refere à Constituição alemã como uma das que inaugurou o novo direito constitucional. Observe:

A Constituição Francesa de 1946, tão prolixa na discriminação dos direitos sociais e tão sóbria respeitante aos direitos fundamentais e tradicionais, como direitos perante o Estado, juntamente com a Constituição de Bonn, que funda sem rodeios um ‘Estado Social’, denotam a irrefragável preponderância no constitucionalismo contemporâneo, mas nem por isso enfraquecem as esperanças de que esse princípio generoso e humano de justiça não se possa compadecer com a tese não menos nobre e verídica da independência da personalidade (BONAVIDES, 1980, p. 233-234).

Surge, portanto, um “[...] constitucionalismo compromissório e principiológico com

feições claramente diretivas (tese que continuamos a defender), firmando o compromisso do povo para com as transformações sociais historicamente sonegadas” (STRECK; LIMA; OLIVEIRA; 2007, *on line*).

O positivismo jurídico, reinante na época de Lassalle, tem a sua derrocada. Em verdade, como bem ressalta Barroso (2009, p. 248) a “[...] sua decadência é emblematicamente associada a derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade”. Continua o autor: “Ao fim da Segunda Guerra a ética e os valores começam a retornar ao Direito, inicialmente sob a forma de um ensaio de retorno ao Direito natural, depois na roupagem mais sofisticada do pós-positivismo.”

É nesse contexto de ruptura de paradigmas, de crise do positivismo, de ascensão de constituições compromissadas com os direitos humanos, que Konrad Hesse leciona sua aula inaugural na Universidade de Freiburg.

2.2.2 A tese de Konrad Hesse

Como já dito, este tópico tem por objeto a aula inaugural de Konrad Hesse na Universidade de Freiburg, na Alemanha, da qual resultou o livro “A Força Normativa da Constituição” (*Die normative Kraft der Verfassung*), traduzido para o português por Gilmar Ferreira Mendes. Como bem ressalta o tradutor, logo na apresentação do livro, Hesse vai se contrapor “[...] as reflexões desenvolvidas por Lassalle, esforça-se Hesse por demonstrar que o desfecho do embate entre os fatores reais de Poder e a Constituição não há de verificar-se, necessariamente, em desfavor desta” (HESSE, 1991, p. 5).

Sintetizando a tese de Ferdinand Lassalle, Hesse (1991, p.9) salienta que o jurista, em suma, identificou as questões constitucionais como questões de poder (políticas), e não como questões jurídicas. A Constituição seria formada pelos fatores reais do poder, que consistiam nas relações resultantes da conjugação do poder militar, do poder social, do poder econômico e, em menor grau de importância, do poder intelectual. A Constituição jurídica, aquela escrita, não passaria de um pedaço de papel, devendo estar em conformidade com a Constituição real.

Para Hesse (1991, p. 11), ao se adotar a tese de Lassalle, de que só importa a

conjugação dos fatores reais de poder, acaba por se negar o Direito Constitucional enquanto ciência jurídica. Ora, se as normas constitucionais limitam-se a expressar as relações cambiantes do poder, ao Direito Constitucional não restaria alternativa que não fosse a de comentar os fatos de poder. Nesse sentido, perderia o seu caráter normativo, não se diferenciando, de forma alguma, da Sociologia e da Ciência Política, ciências da realidade. Em última instância, o Direito Constitucional cumpriria a miserável função de justificação do poder dominante.

Nesse ponto, é imperioso trazer, *in litteris*, as colocações do jurista sobre o tema:

Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; Diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto *ciências da realidade*. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a seu descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política (HESSE, 1991, p.11, grifos do autor).

Nesse contexto de negação do Direito Constitucional, há de se questionar se a Constituição jurídica, ainda que de forma limitada, contém alguma força determinante, capaz de conformar a realidade político-social. Se a resposta for positiva, a tese de Lassalle estará desprovida de fundamento. Todavia, além de buscar essa resposta, também é impreterível que se responda as seguintes indagações: se existente tal força, qual o seu fundamento e alcance? Tal força não seria uma mera ficção, que busca justificar a errônea tese de que o direito domina a vida estatal? (HESSE, 1991, p.11-12)

Para Hesse (1991, p.13), para que se responda satisfatoriamente as indagações levantadas, é mister que, primeiramente, se tenha como ponto de partida a existência de um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. Em um segundo plano, deve-se analisar os limites e as possibilidades de atuação da Constituição jurídica. Por fim, é necessária a investigação dos pressupostos de eficácia da Constituição.

No que tange ao primeiro aspecto, referente ao condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, há de se ressaltar que uma análise unilateral dos problemas constitucionais, que só valorize, por exemplo, a Constituição jurídica, só

consegue compreender a norma como vigente ou derogada, não havendo outra possibilidade. Já uma análise que só considera a dinâmica do poder, a realidade político-social, não percebe o problema em sua totalidade, podendo ser levado a ignorar, por completo, o significado da ordenação jurídica. Tratam-se de posições que separam, no plano constitucional, a norma e a realidade (HESSE, 1991, p.13).

O positivismo jurídico de Paul Laband e Georg Jellinek, bem como o positivismo sociológico de Carl Schmitt, são exemplos claros de que a doutrina constitucional estava marcada pelo paradigma desta separação entre norma e realidade, entre ser e dever ser. Tal concepção pode levar ao absurdo de se propugnar pela existência de normas vazias de qualquer elemento de realidade ou de realidades despidas de qualquer elemento normativo (HESSE, 1991, p. 13-14).

É exatamente nesse sentido que Hesse (1991, p. 14-15, grifos do autor), na busca por uma alternativa à radical separação entre ser e dever ser, sugere que:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

É dizer, a essência da norma constitucional consiste na sua *vigência*, ou seja, sua proposição normativa pretende ser concretizada no plano fático. A norma, portanto, não possui uma existência autônoma frente à realidade, uma vez que sua pretensão de eficácia é inseparável das condições históricas de sua realização. Tais condições conjugam-se de forma interdependente, erigindo regras que não podem ser ignoradas.

No entanto, não se confundem as condições de realização da norma constitucional com a sua pretensão de eficácia. Esta, por sua vez, mostra-se como elemento autônomo frente àquelas. Tal aspecto garante que a Constituição não seja a mera síntese das relações de poder na sociedade, não seja apenas a expressão de um ser, assumindo, também, um papel determinante sobre a realidade, pretendendo conformá-la às suas proposições normativas. As ideias de Hesse (1991, p.15) são claras:

Mas, - esse aspecto afigura-se decisivo – a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças a pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

No que se refere ao segundo aspecto erigido por Konrad Hesse para a compreensão da Constituição jurídica, consistente nos limites e possibilidades de atuação da mesma, o autor salienta que a compreensão das possibilidades e limites de realização da Constituição jurídica resulta, necessariamente, de seu cotejo com a realidade na qual está inserta (HESSE, 1991, p.16).

Trabalhando os ensinamentos de Wilhelm Humboldt, segundo o qual uma Constituição elaborada com base puramente na razão, sem ser confrontada com as circunstâncias históricas casuais, não pode lograr êxito, Hesse argumenta que a Constituição Jurídica só terá força normativa se, além de ser informada pelos parâmetros da racionalidade, estiver, também, vinculada a uma situação histórica específica, com suas respectivas condicionantes. Eis os seus ensinamentos:

‘Nenhuma Constituição política completamente fundada num plano racionalmente elaborado- afirma Humboldt num dos seus primeiros escritos – pode lograr êxito; somente aquela Constituição que resulta da luta do acaso poderoso com a racionalidade que se lhe opõe consegue desenvolver-se’. Em outros termos, somente a Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se. (...) ‘Cuida-se de uma consequência – acrescenta ele – da natureza completamente singular do presente’ (*aus der ganzen Beschaffenheit der Gegenwart*). ‘Os projetos que a razão pretende concretizar recebem forma e modificação do objeto mesmo a que se dirigem. Assim, podem eles tornar-se duradouros e ganhar utilidade. Do contrário, ainda que sejam executados, permanecem estéreis... A razão possui capacidade para dar forma à matéria disponível. Ela não dispõe, todavia, de força para produzir substâncias novas. Essa força reside apenas na natureza das coisas; a razão verdadeiramente sábia empresta-lhe estímulo, procurando dirigi-la. Ela mesma permanece modestamente estagnada. As Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las’ (HESSE, 1991, p.16-17, grifos do autor).

Continuando a citar os apontamentos de Humboldt, Hesse (1991, p.17, grifos do autor) aponta que:

Na monografia sobre a Constituição Alemã, de dezembro de 1813, desenvolveu Humboldt as seguintes reflexões. ‘As Constituições, afirma, pertencem àquelas coisas da vida cuja realidade se pode ver, mas cuja origem jamais poderá ser totalmente compreendida e, muito menos, reproduzida ou copiada. Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um *germe material de sua força vital* no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. Afigura-se altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente, nos princípios da razão e da experiência.’

Dessarte, Humboldt demonstrou os limites da força normativa da Constituição jurídica. Da mesma forma que a razão não pode dar forma ao que não existe, a Constituição não realizará sua pretensão de eficácia se não estiver vinculada e limitada as condições históricas, ao que existe. Eventual Constituição que se construísse somente de forma abstrata e teórica estaria fadada a eterna esterilidade. Nesse sentido, a Constituição não pode ignorar, por exemplo, as leis culturais, sociais, políticas e econômicas existentes, pois, do contrário, sua disciplina normativa não se concretizará (HESSE, 1991, p.18).

Portanto, a norma constitucional deve ser informada pelo princípio da necessidade, tendo em vista sua estreita vinculação com as tendências de seu tempo. Hesse (1991, p.18) ressalta que “A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente”.

No entanto, é importante registrar que a força normativa não pode ser reduzida a esse limite de adaptação à realidade. Ela perpassa essa conformação, visto que a própria Constituição jurídica converte-se em força ativa, na medida em que a sua pretensão de eficácia é realizada, ou seja, quando as tarefas por ela impostas são concretizadas na realidade. Isso porque apesar da Constituição, por si só, não realizar nada, ela impõe tarefas. É dizer, quanto mais existir o desígnio ou a vontade de realizar os comandos constitucionais, independentemente de juízos de conveniência, mais a Constituição exibirá essa força ativa (HESSE, 1991, p.19).

Nessa esteira, Hesse (1991, p.19, grifos do autor) aponta que “[...] a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.”

Trabalhando o conceito de vontade de Constituição, Hesse (1991, p.20) pontua que:

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na

compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Nação abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também com problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo.

Por fim, resta abordar os pressupostos de eficácia da Constituição jurídica. Segundo Hesse (1991, p. 20), tais pressupostos, de tal sorte que a Constituição desenvolva sua força ativa, decorrem, também, da natureza das coisas. Eles podem se referir tanto ao conteúdo da Constituição quanto à prática constitucional.

Quanto ao conteúdo, de início, ressalta-se que quanto mais ele se aproximar da natureza singular do presente, mais ele será concretizado na realidade. Daí porque é essencial, para a força normativa da Constituição, que ela incorpore o estado espiritual de seu tempo, e não só as condicionantes políticas, econômicas e sociais, pois só assim a consciência geral a defenderá (HESSE, 1991, p. 20).

Ademais, é indispensável que a Constituição, por encontrar-se vinculada à natureza das coisas, possua a capacidade de se modificar em razão do câmbio das condicionantes. Exatamente por isso, ela deve se adstringir à determinação de poucos princípios fundamentais que, apesar de dotados de um conteúdo mínimo, possam ser desenvolvidos. Ainda no contexto dessa mutabilidade, é prejudicial a constitucionalização de interesses particulares ou momentâneos, vez que é exigida uma constante reforma constitucional, desvalorizando a Constituição (HESSE, 1991, p. 20-21).

Por fim, mas ainda no que se refere ao conteúdo, não pode a Constituição buscar a concretização de princípios de forma absoluta, ou seja, ela não pode restar assentada em uma estrutura unilateral. É dizer, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, aos direitos fundamentais correspondem deveres, o federalismo não subsiste sem doses de unitarismo. Se a Constituição não assimilar tais estruturas contrárias, a realidade, mormente em momentos de crise, findará com sua normatividade (HESSE, 1991,

p.21).

Já no que tange à práxis constitucional, é necessário que todos partilhem a concepção de vontade de constituição. Interesses momentâneos e particulares, quaisquer que sejam, não compensam o ganho que se tem ao respeitar a Constituição. Se para que se efetive tal respeito seja necessário a renúncia à interesses particulares, que assim seja. Em verdade, é nessas situações de conflito que se mostra importante a vontade de constituição. Quem não abre mão de seus interesses em prol da Constituição, malbarata um capital significativo, que dificilmente será recuperado (HESSE, 1991, p. 21-22).

Também no campo da prática constitucional, mostram-se como pressupostos a estabilidade e inquebrantabilidade. Nesse quesito, salienta-se que as constantes revisões constitucionais, sob a justificativa da necessidade política, evidenciam que se atribui maior as exigências fáticas do que à normatividade em vigor, desvalorizando a Constituição (HESSE, 1991, p. 22).

Como último aspecto referente à prática constitucional, temos a interpretação constitucional. Ela encontra-se vinculada ao princípio da ótima concretização da norma. Tal princípio assume que, se a própria Constituição e sua pretensão de eficácia encontram-se vinculadas aos fatos da vida concreta, não poderia ser diferente com a interpretação constitucional. Nesse sentido, para Hesse, a melhor interpretação é aquela “[...] que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação” (HESSE, 1991, p. 22-23, grifo do autor).

Nesse sentido, pode-se concluir que uma mudança nas condicionantes fáticas pode (deve) ocasionar uma mutação interpretativa. Tal possibilidade é, também, garantidora da força normativa da Constituição. Todavia, essa mudança de interpretação deve estar adstrita ao sentido da proposição normativa. Não pode o intérprete sacrificar a finalidade e a vontade normativa em virtude de um câmbio na realidade fática, sob pena de se suprimir a necessária tensão entre norma e realidade. Nesses casos, em que a mudança não pode ser abarcada pela norma, deve-se partir para a revisão constitucional, senão vejamos:

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição

constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a falhar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente (HESSE, 1991, p. 23, grifos do autor).

Em síntese, pode-se concluir que, para Hesse, o Direito Constitucional remanesce enquanto disciplina científica específica, distinto da Sociologia e da Ciência Política. Em verdade, ele não é uma ciência da realidade, como estas duas, mas também não é puramente normativo, como engendrara o positivismo formalista. As palavras conclusivas de Hesse são claras:

Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), que indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado (HESSE, 1991, p. 25, grifos do autor).

Ademais, sem olvidar das diversas contribuições da tese de Hesse, mormente na questão da interpretação constitucional, é possível afirmar que sua concepção de força normativa, em última instância, se mostra como uma alternativa à separação entre ser e dever ser, entre norma e realidade, tão impregnada nas ideias de Ferdinand Lassalle. Hesse propõe que a “Constituição jurídica” não seja o simples reflexo do ser, mas, também, um dever ser, com força suficiente para conformar a realidade.

2.3 Da pretensão de permanência das normas constitucionais: o acerto da tese de Konrad Hesse e o espaço para mutações informais da Constituição

No que se refere à permanência constitucional, Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p.5) ressalta que “a Constituição de um Estado, por consubstanciar sua estrutura fundamental, presume-se estável”. No mesmo sentido é a lição de José Afonso da Silva (2000, p. 237), que retrata que as Constituições “[...] são feitas para perdurar, regendo as estruturas, situações, comportamentos e condutas que a interpretação do Constituinte teve como aferidas aos valores de convivência social dentro da comunidade a que se referem”.

Situando historicamente a ideia de permanência constitucional, Raul Machado Horta (1999, *on line*) acentua que ela é fruto do constitucionalismo revolucionário do final do século XVIII, que pregava a concepção de que a Constituição deveria durar indefinidamente, quase que de forma imutável. Daí decorre o fato das previsões de reforma constitucional, à época, estarem submetidas a regras de alto rigor, sempre no intuito de garantir a rigidez constitucional.

Nessa mesma esteira são os ensinamentos de Hsü Dau-Lin (1998, p. 23, tradução nossa), que, já em 1932, apontava que “[...] a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, se desplegaron esfuerzos enérgicos y patéticos para estabilizar las Constituciones escritas em todos los sentidos (por ejemplo, la ‘inmutabilidad absoluta’ de la Constitución, establecida em Francia) [...]”.

Todavía, acrescenta o jurista, “[...] desde finales del siglo pasado predominam las cuestiones encaminadas a destruir y minar la ‘fe romántica’ em la ‘fuerza mística de la Constitución’ [...]” (DAU-LIN, 1998, p. 23). Um dos primeiros a minar a fé nas Constituições foi Lassalle.

Como já visto, para Lassalle, a Constituição, como pretensa lei fundamental de uma nação, é uma força ativa e determinante que faz com que todas as leis e instituições jurídicas de uma nação sejam o que realmente são. Para o jurista (2000, p.9-10, grifos do autor) “A ideia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma *necessidade ativa*, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia, *fazendo-a assim e não de outro modo*”.

É nesse contexto, de busca por essa força ativa, que Lassalle vai definir os fatores reais do poder e os identificar como sendo a Constituição de determinada nação:

Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são [...] Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação” (LASSALLE, 2000, p. 10-17, grifos do autor).

Georg Jellinek, que escreveu monografia específica sobre as mutações constitucionais, era, também, um daqueles que já desacreditava na “força mística” da Constituição². O alemão

²Importante registrar que não se ignora o fato de que: “Jellinek não apresenta um substituto para o positivismo legalista, mas apenas tenta suplementá-lo com uma análise empírica ou descritiva dos processos político-sociais.” (STRECK; LIMA; OLIVEIRA; 2007, *on line*). O que se busca mostrar, todavia, é que o jurista, embora não desse tratamento normativo aos fatos, já admitia a “insuficiência” da Constituição escrita.

assinalava que:

Hoy sabemos que las leyes pueden mucho menos de lo que creía todavía hace un siglo, que espresan siempre, unicamente, un deber ser cuya transformación en ser nunca se consigue plenamente porque la vida real produce siempre hechos que no corresponden a la imagen racional que dibuja el legislador. Y este lado irracional de la realidad no significa solamente una discordancia entre norma y vida. Más bien se vuelve contra la misma norma (JELLINEK, 1991, p. 6).

Os juristas, portanto, diagnosticavam, acertadamente, a existência dessa tensão entre estabilidade e elasticidade, e diziam que o problema não seria tal constatação, mas sim a construção de um limite para a reforma da Constituição. Veja a doutrina de Dau-Lin (1998, p. 24):

En lo que concierne a la reforma de la Constitución no se ignora, temerosamente, la posibilidad de que una Constitución pueda llegar a una situación de tensión con las necesidades reales de la vida estatal, por el contrario se considera de una manera fría y tranquila. La problemática del asunto es encontrar un método para reconciliar, de modo perfecto, la estabilidad con la elasticidad de la Constitución. No obstante, em tiempos más recientes, el problema se há desplazado a la pregunta por el límite de la reforma de la Constitución.

É nesse contexto que Konrad Hesse profere sua aula inaugural na Universidade de Freiburg, na Alemanha, da qual resultou a obra “A Força Normativa da Constituição” (*Die normative Kraft der Verfassung*), analisada no tópico precedente. Para Hesse, a norma constitucional não possui uma existência autônoma frente à realidade, uma vez que sua pretensão de eficácia é inseparável das condições históricas de sua realização. Tais condições conjugam-se de forma interdependente, erigindo regras que não podem ser ignoradas. Nesse sentido, é indispensável que a Constituição, por encontrar-se vinculada à natureza das coisas, possua a capacidade de se modificar em razão do câmbio das condicionantes (HESSE, 1991, p. 20-21).

É exatamente por isso que a doutrina constitucional contemporânea, seguindo a tese de Konrad Hesse, tende a renegar as “concepções unilaterais e reconhecer que o conceito de Constituição, qualquer um que seja, não pode prescindir da conjugação entre *fato e norma*, entre *normatividade e realidade*, como componentes que se condicionam reciprocamente na formação do fenômeno constitucional” (KUBLISCKAS, 2009, p. 21, grifos do autor).

Portanto, pode-se concluir que: “Estabilidade, todavia, não significa imutabilidade. Bem ao contrário. A eficácia das Constituições repousa, justamente, na sua capacidade de enquadrar ou fixar, na ordem constitucional, as vontades e instituições menores que a

sustentam” (FERRAZ, 1986, p.5). Nessa perspectiva, a mudança é tida como uma atualização da Constituição, um aperfeiçoamento. É dizer, a mutabilidade da norma constitucional não se identifica, necessariamente, com sua desestima. Tal aspecto é bem analisado por Raul Machado Horta (1999, *online*):

A mudança na Constituição não se identifica necessariamente com a desestima da Constituição. Ela se propõe, via de regra, a introduzir aperfeiçoamentos e correções no texto constitucional. Opera no rumo da evolução. Não obstante tais inspirações, a mudança na Constituição reflete, com maior ou menor profundidade, uma insatisfação com o texto constitucional, cuja matéria se propõe alterar ou substituir.

A não aceitação dessa ideia de mutabilidade constitucional, em última instância, desvaloriza a Constituição. São essas as conclusões de Adriana Zandonade (2001, p. 197):

Aliás, de outro modo não se poderia conceber a rigidez, pois que a imutabilidade absoluta abalaria forçosamente os valores de estabilidade e de segurança jurídicas, esta definida por Montesquieu como a tranquilidade de espírito que faz com que o homem não tenha medo nem de outro homem, nem do Estado. Com efeito, a imutabilidade da Constituição impediria aperfeiçoamentos e correções do seu texto, necessários em razão da própria evolução da sociedade. Essas alterações, não se podendo introduzir por mecanismos constitucionalmente fixados, realizar-se-iam de qualquer modo, provocando uma ruptura radical, trazendo consigo, na maior parte das vezes, sérios prejuízos para a mesma sociedade, alimentando, ademais, os sentimentos de desvalorização da Constituição e contribuindo para a destruição da consciência constitucional.

Como bem aponta Luís Roberto Barroso (2009, p. 22), não se pode admitir que os vivos sejam governados pelos mortos, as gerações presentes não podem restar submetidas aos desígnios das passadas³. Loewenstein (1965, p. 164, grifos do autor), assumindo o caráter mutável das Constituições, assevera que:

Cada constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a vida mesma e está submetida à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. Uma Constituição não é jamais idêntica a si mesma e está submetida constantemente ao *pantha rei* heraclítico de tudo que vive.

Portanto, é forçoso salientar que: “A tensão entre permanência e mudança está presente em todos os ramos do ordenamento jurídico. Contudo, no âmbito do Direito Constitucional a referida tensão adquire contornos específicos e características peculiares” (KUBLISCKAS, 2009, p. 29). É dizer, “a relação entre estabilidade e mudança, ou entre a estática e a dinâmica constitucional, se apresenta qualquer que seja o tipo de ordenamento constitucional positivo” (FERRAZ, 1986, p. 5).

³ Conforme Gustavo Zagrebelszy (2005, p. 41), trata-se do famoso princípio de Thomas Jefferson: *the Earth belongs to the living*, segundo o qual “[...] ninguna ley y ninguna constitución son tan sagradas como para no poder ser cambiadas”.

José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 165, grifo do autor), ao tratar do ponto de partida fundamental para compreensão da Constituição, ressalta que a mesma “[...] é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica*, (Caliess) traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’”.

Ainda nesse sentido, caracterizando a Constituição como um sistema aberto, com base na doutrina constitucional de Canotilho, pertinentes as lições de Adriana Zandonade (2001, p. 198):

Com efeito, a Constituição como sistema normativo, de vez que, integrado por normas jurídicas, é direito positivo, estabelecendo a estrutura do Estado e garantindo direitos fundamentais. Mas, além disso, é um sistema aberto, pois, como define Canotilho, as normas constitucionais que o integram apresentam disponibilidade e capacidade de aprendizagem para captarem a mudança da realidade, estando abertas às concepções cambiantes de ‘verdade’ e ‘justiça’.

A respeito da tensão entre realidade e norma constitucional, e da consequente caracterização da Constituição como um sistema aberto, imperiosas as colocações de José Juan González Encinar (1986, p. 346):

A medio e incluso corto plazo, la alternativa a la reforma de la Constitución no es, como parecen creer algunos intérpretes de la de 1978, la inmutabilidad. La Constitución es una forma abierta a través de la cual pasa la vida, pero la vida no pasa sin dejar su rastro en la Constitución. Cuando en la realidad sociopolítica normada por aquélla se producen transformaciones de una cierta entidad, si la Constitución no cambia en su letra (reforma), cambia en su sentido (interpretación y aplicación) y si no cambia ni en su letra ni en su sentido cambia en su fuerza normativa. La posibilidad de la reforma es, por eso, en potencia, defensa de la Constitución, y el miedo a la reforma es, por tanto, um riesgo para la fuerza normativa de la Constitución. El miedo a la reforma no es ni más ni menos que el equivalente, en el Derecho Constitucional, a la táctica del avestruz.

É dizer, se a Constituição não funciona como um sistema aberto, fechando-se em si mesma, sua força normativa estará em risco. Portanto, essa abertura do sistema se coaduna com a tese da força normativa da Constituição de Konrad Hesse, visto que “a norma constitucional não possui existência autônoma em relação à realidade onde pretende ser concretizada, havendo *um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social*” (ALBUQUERQUE; SOARES, 2008, *on line*, grifos do autor).

Para Hesse (1991, p.13), existe um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica (escrita) e a realidade político-social. Uma análise unilateral dos problemas constitucionais, que só valorize, por exemplo, a Constituição escrita, só consegue compreender a norma como vigente ou derogada, não havendo outra possibilidade. Já uma

análise que só considera a dinâmica do poder, a realidade político-social, não percebe o problema em sua totalidade, podendo ser levado a ignorar, por completo, o significado da ordenação jurídica. Tratam-se de posições que separam, no plano constitucional, a norma e a realidade (HESSE, 1991, p.13).

O positivismo jurídico de Paul Laband e Georg Jellinek, bem como o positivismo sociológico de Carl Schmitt, são exemplos claros de que a doutrina constitucional estava marcada pelo paradigma desta separação entre norma e realidade, entre ser e dever ser. Tal concepção pode levar ao absurdo de se propugnar pela existência de normas vazias de qualquer elemento de realidade ou de realidades despidas de qualquer elemento normativo (HESSE, 1991, p. 13-14).

É exatamente nesse sentido que Hesse (1991, p. 14-15, grifos do autor), na busca por uma alternativa à radical separação entre ser e dever ser, sugere que:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

É dizer, a essência da norma constitucional consiste na sua *vigência*, ou seja, sua proposição normativa pretende ser concretizada no plano fático. A norma, portanto, não possui uma existência autônoma frente à realidade, uma vez que sua pretensão de eficácia é inseparável das condições históricas de sua realização. Tais condições conjugam-se de forma interdependente, erigindo regras que não podem ser ignoradas.

É essa concepção da Constituição, como um sistema aberto, que dialoga com a realidade normada, que abre espaço para as mutações informais da Constituição. A mutação informal da Constituição, também denominada de **mutação constitucional**, consiste em um processo de mudança constitucional por meio do qual, em virtude de uma mudança na realidade social, se altera, através da interpretação ou dos costumes constitucionais, o sentido de uma norma constitucional sem qualquer mudança do texto expresso da Constituição

(FERRAZ, 1986, p. 9).

Esse fenômeno, portanto, encontra-se intimamente ligado às mudanças operadas na realidade constitucional. Nesse sentido, é imperioso que se investigue como se operam tais mudanças, objetivo que só pode ser concretizado através da análise da teoria das mutações constitucionais.

3 TEORIA DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

A necessária mutabilidade das normas constitucionais pode ser efetivada por processo formais e/ou informais. As mudanças formais são definidas por José Afonso da Silva (2000, p. 64) como “processo formal de mudança das constituições rígidas, por meio de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas nas próprias constituições para o exercício do poder reformador”.

É dizer, o processo formal da mudança da Constituição consiste naquele previamente estabelecido na própria carta política. No caso brasileiro, tem-se a emenda e a revisão constitucional. Horta (1999, *on line*) ressalta que “[...] a mudança na Constituição se exterioriza em duas formas de atuação: a reforma constitucional, empregando esta expressão no sentido amplo, para abranger revisão e emenda e a mutação constitucional [...]”.

No mesmo sentido são as lições de Hesse (2009, p. 94-95, grifamos), que define as mudanças formais como revisão constitucional e as diferencia das mudanças informais, denominadas de mutação constitucional:

Por ‘revisão constitucional’ entende-se aqui, exclusivamente, a revisão do texto da Constituição, devendo-se distingui-la da ‘ruptura constitucional’ (*Verfassungsdurchbrechung*), quer dizer, da não observância do texto numa hipótese determinada (sem modificação do texto), como se admitia na prática política da República de Weimar, desde que se alcançassem as maiorias exigidas para a reforma da Constituição. **Finalmente, a ‘revisão constitucional’ deve ser distinguida da ‘mutação constitucional’ (*Verfassungswandel*), que não afeta o texto enquanto tal – permanece inalterado -, e sim a concretização do conteúdo das normas constitucionais. Com efeito, dada a amplitude e a abertura das normas constitucionais, estas podem levar a resultados distintos em face de supostos mutáveis operando, neste sentido, uma ‘mutação’. A problemática da revisão constitucional começa onde terminam as possibilidades da mutação constitucional.**

3.1 Definição de mutação constitucional

O tema das mudanças informais da Constituição, bem como a designação “mutação constitucional”, foram, primeiramente, observados pela doutrina alemã do final do século XIX e início do XX. Nesse sentido, vale transcrever a doutrina de Ana Victoria Sánchez Urrutia (2000, p. 105-106):

El problema de los cambios informales de la Constitución es destacado por la doctrina publicista alemana de finales del siglo xix y principios del xx. Em este contexto, se formula el término de ‘mutaciones constitucionales’ (*verfassungswandlung*) para describir el cambio de significado o sentido de la Constitución sin que vea alterada su expresión escrita. Son autores de la Escuela Alemana de Derecho Público los primeros en tratar de forma directa este fenómeno. Los postulados de esta escuela, em cuanto propugna el estudio dogmático del derecho público, constituyen el punto de partida necesario para plantearse el problema de la mutación constitucional em cuanto cambio de la realidad constitucional al margen de los procedimientos formales de reforma. Em este sentido, sólo puede plantearse el problema de la mutación constitucional a partir de concebir la Constitución como norma obligatoria. Laband, se plantea el problema de la mutación desde que constata que la Constitución puede transformarse fuera de los mecanismos formales de reforma a pesar de ser Ley (Gesetz) que debe dar continuidad y estabilidad al derecho em cuanto codificación de los más fundamental Estado. Jellinek hace referencia a las mutaciones constitucionales después de constatar que la rigides constitucional, em muchos casos, constituye una garantía insuficiente para asegurar la fuerza normativa de la Constitución.

Portanto, como bem resalta a autora, importante a contribuição inicial da Escola Alemã de Direito Público, com destaque para os estudos de Paul Laband (*Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresden, 1895) e Georg Jellinek (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlim, 1906).

3.1.1 A Contribuição Inicial da Escola Alemã de Direito Público: as concepções de Paul Laband e Georg Jellinek

Laband e Jellinek escreveram suas obras durante a vigência do Segundo império Alemão, produto da unificação de 1871. A Constituição Imperial reflete bem a situação alemã que antecedeu a unificação. Isso porque, embora reconhecesse a unificação, a Cosntiuição apresentava marcas do passado fragmentado, conclusão que podia ser confirmada pela significante autonomia mantida pelos estados:

Embora reconhecesse a conquista da unificação, a Constituição Imperial apresentava os traços do passado da Alemanha com um conglomerado de entidades menores, resumindo-se a um tratado laboriosamente negociado entre os estados soberanos da Confederação Germânica. Os estados federais mantiveram autonomia significativa apesar da extensão da autoridade imperial nos setores da moeda, lei, transporte, justiça, saúde e bem-estar social. Os estados mantiveram suas legislaturas, dinastias governantes e, nos casos da Saxônia, Baviera e Wurttemberg, até mesmo os exércitos, apesar de terem sido colocados sob o comando da Prússia. As artes, a religião e a educação também permaneceram prerrogativas do Estado (BARANOWSKI, 2014, p. 29)

Laband identificou as mutações constitucionais como “[...] mudanças no âmbito da Administração, da Fazenda e da Justiça federais que levaram ao aparecimento de uma situação constitucional incompatível com a Constituição de 1871, mas que se impuseram de fato [...]” (HESSE, 2009, p. 155).

Ora, não se pode compreender a concepção de Laband sem apontar sua formação enquanto jurista. Oriundo da Escola Alemã de Direito Público, fundada por Gerber e Gierke, Laband encontra-se fortemente influenciado pelo paradigma do “legal method”, que pregava a separação entre o político e o jurídico:

Two works by the civil law scholar Carl Friedrich von Gerber (1823–91) contain terms that state law positivists elaborated into an entire school of thought. Disappointment in the political situation, as well as the inclination to make peace with it, is mirrored in Gerber’s postulate that politics is ‘not the purpose, but simply the material’ of the law of the state. This postulate defines the tasks, as well as the limitations, of state law theory: to exclude the ‘purely political aspects’ of the state while including its ‘legal aspects.’ The theory of the law of the state was not intended to mirror political hopes—that is, to serve as a scholarly instrument of legal policy, as was often the case in the law of the state before 1850—but rather to begin to address the positive law of the state. This can be seen as the legal correlate to the bourgeoisie’s acceptance of the political status quo in the years after 1850 (KORIOETH, 2000, p. 42).

A teoria do Estado, para Gerber, deveria desconsiderar qualquer aspiração política enquanto objeto de estudo. A tarefa seria a de elaborar um sistema teórico autônomo, composto de conceitos coerentes entre si, como acontecia no direito privado. Não se pode olvidar, nesse sentido, que tanto Gerber quanto Laband eram juristas com formação no direito privado:

Gerber’s terminology refers to the manner in which the theory of the law of the state can do justice to its new task: the ‘creation of a theoretical system’ through formal ‘legal construction’ that would learn from and match the conceptual clarity achieved in private law. Only this could be the foundation of the ‘theoretical autonomy’ of state law (KORIOETH, 2000, p. 42).

Essa ideia ganha especial relevância quando da unificação alemã entre 1867 e 1871, bem como durante os primeiros do império, tendo em vista a necessidade de elaboração e interpretação do que viria a ser a Constituição de 1871. Ademais, a compreensão de que uma teoria constitucional prescindiria de considerações de ordem política e sociais era interessante à burguesia alemã, que, após 1850, passou a defender um liberalismo econômico, o qual pugnava um Estado absenteísta:

The finest hour of this program, soon to be called “legal method” by its supporters, began with the formation of the Empire between 1867 and 1871 [...] Gerber’s call for a systematic ordering of positive law and for the abolition of wishful political thinking from state law theory now met with strong approval, especially in the face of the need to interpret the Empire’s constitution, the first codification of state law to apply to all of Germany. The task of systematically exploring the new legal order was essentially completed by Paul Laband (1838–1918), whose background, like Gerber’s, was in civil law [...] Laband formulated the credo of positivism in the introduction to his book in a few succinct sentences: Legal treatment of state law consists, on the one hand, “of the construction of legal institutions, of retracing

individual norms to general concepts” and, on the other, of “deriving the consequences that result from these concepts.” Both consist of “purely logical intellectual endeavor,” for which “nothing can substitute.” “All historical, political, and philosophical considerations” are “with- out significance” for state law doctrine (KORIOTH, 2000, p. 42-43).

Ademais, segundo Koriioth (2000, p. 43-44), a doutrina de Gerber e Laband ainda produzia um efeito político saudável para a manutenção da Constituição de 1871. Isso porque ao negar a influência de conflitos políticos sobre a Constituição, Laband neutralizou conflitos políticos latentes entre os elementos burgueses e monárquicos no sistema político. Aliás, para Laband, a legitimidade da ordem jurídica sequer era um problema que merecedor de atenção.

É, portanto, sob esse pano de fundo que deve ser compreendida a contribuição de Laband. O jurista, portanto, ao elaborar o conceito de mutação constitucional, descreve mudanças na Constituição sem o acionamento dos mecanismos de reforma constitucional previstos no texto normativo-constitucional.

Para Laband, ainda que se considere a Constituição como norma jurídica em sentido estrito, o que, de fato, ele o faz, é possível que ela mude através de ações do Estado, independentemente de qualquer recurso às formalidades exigidas pela carta. Em uma breve sistematização de seu estudo, o jurista elenca os principais meios dessa mudança informal. A respeito do tema, vale trazer a doutrina de Urrutia (2000, p. 108):

Laband describe cuáles son los casos más importantes de mutación constitucional en el marco de la Constitución del Reich y hace referencia a la transformación informal de la Constitución del Reich por medio de tres vías distintas: regulación por parte de las leyes del Reich de elementos centrales del Estado no previstos o previstos de manera colateral por la Constitución del Reich, modificación de elementos centrales del Estado por medio de leyes del Reich que contradicen el contenido de la Constitución y alteración de los elementos centrales del Estado por medio de usos y costumbres de los poderes públicos.

Interessante notar que Laband não faz referência à mutação constitucional operada pelo poder judiciário via interpretação, limitando-se a elencar modificações oriundas de atividade legislativa do Parlamento e de usos e costumes dos poderes públicos.

Apesar de elencar diversas possibilidades de mudanças informais da Constituição, Laband afirma ser impossível haver qualquer controle jurídico de tal fenômeno. Tal conclusão reforça a ideia de que Laband, apesar de conferir força normativa à Constituição, não entende que exista uma superioridade jurídica da mesma frente aos demais atos normativos do Parlamento (URRUTIA, 2000, p. 109-110).

Portanto, o conceito de mutação constitucional surge como parte de uma teoria jurídica que pregava uma compreensão formalista da Constituição. Em verdade, a própria ideia de mutação constitucional em Laband parece reforçar o argumento de que a Constituição deve manter-se alheia aos processos de mudança políticos, sob pena de perder seu sentido.

Ultrapassada a análise da tese de Laband, chega-se ao estudo de Jellinek, que tratou do tema em monografia específica (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlim, 1906). No entanto, antes de adentrar na análise da obra em questão, é importante afirmar que Jellinek era oriundo da mesma escola que formou Laband. Portanto, aplicáveis ao professor de Heidelberg todas as considerações expostas anteriormente.

While Jellinek essentially acknowledged Laband's method in the field of state law doctrine, it is his efforts to supplement state law positivism with social-scientific analysis that have lasting significance. Like Weber, Jellinek had a dual perspective, the most famous example of which is his 'theory of the state's two-sidedness' [*Zwei-Seiten Lehre*], the centerpiece of his *General Theory of the State*. For Jellinek, the theory of the state broke down into a 'social theory' and a 'legal theory'; the sociological and legal aspects of the state could be distinguished depending on the epistemic goal of the observer. However, Jellinek was never able to specifically identify the relationship between the two, whether it involved a haphazard juxtaposition of state and legal theory or mutually dependent perspectives (KORIOTH, 2001, p. 45)

Jellinek aborda a questão da mutação constitucional de forma mais detida. Em obra específica sobre o tema, ele pontua que a investigação do fenômeno se move nas fronteiras entre o Direito Constitucional e a Política (JELLINEK, 1991, p. 3). O jurista, apesar de defender uma separação metódica entre tais disciplinas, postulava, também, por uma união científica de ambas. Isso porque mesmo as leis fundamentais do Estado estão, por vezes, submetidas à situações que fogem ao desenho normativo estabelecido pelo legislador (JELLINEK, p. 5). As palavras do autor são claras:

Hoy sabemos que las leyes pueden mucho menos de lo que se creía todavía hace un siglo, que espresan siempre, únicamente, un deber ser suya transformación em ser nunca se consigue plenamente porque la vida real produce siempre hechos que no corresponden a la imagen racional que dibuja el legislador. El legislador se enfrenta com poderes que se cree llamado a dominar pero frecuentemente se alzan, plenamente inadvertidos, contra él atreviéndose incluso a sustituirle. (JELLINEK, p. 6).

Nesse contexto, Jellinek (1991, p. 7) definiu a mutação constitucional como:

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la, o consciencia, de tal mutación.

Segundo Jellinek (1991, p. 16), o que parece, em determinado momento, inconstitucional, emerge, depois, como conforme a Constituição, mediante uma interpretação. Ademais, é importante assentar que “No sólo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales.” (JELLINEK, 1991, p. 16).

O jurista traz diversos exemplos em sua obra. Dentre tal diversidade, pode-se destacar um caso interessante da história constitucional francesa:

Además, el artículo 18 de la *Charte Constitutionnelle* dispuso que toda ley elaborarse mediante decisión libre de la mayoría de cada una de las Cámaras. Ahora bien, no precisaba qué clase de mayoría y no existía precepto alguno que lo señalara [...] Entonces según el reglamento de la Cámara de los Pares se decidió que un tercio de los Pares formaría el *quórum*, mientras que en la Cámara de los diputados era necesario, para la validez de sus resoluciones, la presencia de la mayoría de sus miembros. [...] Por lo tanto, la Cámara de los Pares realizó, por medio de su reglamento una mutación de hecho de la Constitución, estableció un *fait accompli* contra el sentido claro del artículo 18 de la *Chartre* y nadie manifestó reparos a su firmeza jurídica (*Rechtsbeständigkeit*)” (JELLINEK, p. 18)

Comentando as ideias de Jellinek e Laband, Hesse (2009, p. 154-155). acertadamente, conclui que as obras, embora importantes devido à amplitude do caráter prático, não lograram esclarecer, juridicamente, o fenômeno da mutação constitucional. Para os juristas, pode-se concluir, em síntese, que as mutações constitucionais seriam fruto de mudanças observadas na situação constitucional. Tais câmbios, resultado de forças de difícil explicação, seriam impostos à normatividade, ao direito. A conclusão, portanto, é óbvia: não existem limites para as mutações constitucionais, sendo impossível traçá-los.

A doutrina de ambos está intimamente ligada ao positivismo jurídico-público reinante nos anos finais do século XIX e iniciais do XX, que pregava a separação entre “Direito” e “realidade”, bem como a rejeição de aspectos políticos, filosóficos e históricos na argumentação jurídica. Dados tais pressupostos, restava impossível a elaboração de uma solução jurídica para problemas que ensejassem uma influência da realidade sobre as normas, como é o caso das mutações constitucionais. Portanto, o que Laband e Jellinek fizeram, em suma, pode ser resumido à explicitação de casos importantes, é dizer, uma mera descrição empírica (HESSE, 2009, p. 157).

O conceito de mutação constitucional, portanto, nasce a partir de uma concepção formalista do Direito, que separava, claramente, a dimensão político-social da jurídica. Além disso, concebia a Constituição como incapaz de regular tal realidade cambiante, sendo dotada de força normativa mínima.

3.1.2 A compreensão da mutação constitucional no debate da República de Weimar: as ideias dinâmicas de Constituição de Heller e Smend e a sistematização de Dau-Lin

Após os esforços iniciais de Laband e Jellinek, o tema das mutações constitucionais ganhou outra dimensão com a promulgação da Constituição de Weimar, em 1919. Em verdade, como bem relata Urrutia (2000, p. 113-114), o período que sucedeu a Primeira Grande Guerra e antecedeu a Segunda, foi extremamente fecundo para o Direito Público. Datam desse ínterim as ideias dinâmicas de Constituição construídas por Rudolf Smend e Hermann Heller.

Conforme aponta Evans (2014, p. 123), ao final da primeira guerra, massacres, assassinatos, revoltas e batalhas com armas de fogo negavam aos alemães a estabilidade necessária para o estabelecimento de uma nova ordem democrática.

Nesse contexto de instabilidade, um grupo de lideranças do movimento operário forma o Conselho dos Delegados do Povo. Liderados, por Ebert, do Partido Social-Democrata, a missão do conselho, como advogava o seu líder, era manter os serviços essenciais funcionando, deter o colapso da economia e restaurar a lei e a ordem. Para isso, era necessário que o Kaiser abdicasse, sob pena da eclosão de uma revolução social. (EVANS, 2014, p. 124).

Convencidos de que uma democracia parlamentarista era uma alternativa mais viável do que a revolução, Ebert e seus associados, ladeados pelos membros do Partido do Centro e pelos liberais de esquerda, convocam eleições em âmbito nacional para uma Assembléia Nacional Constituinte, contra a oposição de elementos mais radicais que contavam com os conselhos dos operários e advogavam por uma administração no estilo soviético. Na busca por estabilidade, a população fica ao lado dos democratas, no intuito de evitar o aparecimento de uma nova revolução (EVANS, 2014, p. 124-125).

Esse portanto, é o precário contexto da criação da Constituição de Weimar. Aprovada em 31 de julho de 1919, a carta seguiu a regra das constituições elaboradas após a primeira grande guerra, tentando estabelecer uma democracia social e prevendo, nesse sentido, não só os direitos individuais, mas também os denominados direitos sociais. (BERCOVICI, 2003, p. 11-12).

A Constituição de Weimar, dada sua estrutura aberta e heterogênea, era um compromisso politicamente aberto de renovação democrática da Alemanha. Em verdade, o

juízo negativo da Constituição decorreu mais da prática política que lhe sucedeu do que de seu texto programático. Somente se fossem consideradas diferentes possibilidades contidas em seu texto é que se faria justiça com a carta de Weimar (BERCOVICI, 2003, p. 12).

É dizer, caso as condições políticas e econômicas fossem outras, talvez o programa democrático de Weimar tivesse vingado:

No fim das contas, a Constituição da Alemanha de Weimar não era pior que as constituições que a maioria dos países na década de 1920, sendo um bocado mais democrática do que muitas. Suas cláusulas mais problemáticas poderiam não ter importado tanto se as circunstâncias tivessem sido diferentes. Mas a fatal ausência de legitimidade de que a República padecia multiplicou em muitas vezes as falhas da Constituição (EVANS, 2014, p. 134).

A doutrina constitucional em Weimar, portanto, é reflexo direto da instabilidade, política, econômica e social que assolava a República. Não é estranho, portanto, o surgimento de teorias que buscavam lidar com a tensão existente entre dinâmica política (e social) e Constituição escrita. Nesse sentido é a lição de Urrutia (2000, p. 116):

La doctrina constitucional generada en la época de Weimar constituye un antecedente directo para caracterizar los elementos del fenómeno de la mutación constitucional. Como consecuencia de la inestabilidad de la época, los teóricos de la Constitución centraron buena parte de sus esfuerzos en reflexiones acerca del cambio constitucional e intentaron comprender la relación existente entre la dinámica política y la Constitución escrita.

No que se refere ao tema das mutações constitucionais, deve-se ressaltar que Herman Heller e Rudolf Smend, apesar de abordarem o tema, não o fazem de forma direta. Ambos apreenderam o conceito de mutação elaborado por Jellinek e o converteram em um elemento da teoria da Constituição.

No que se refere à Heller, é importante pontuar que: “A teoria de Heller concebe a Constituição como união do mundo do ser com o mundo do dever ser, da realidade com a normatividade, da decisão com a norma, do político com o jurídico” (MAGALHÃES FILHO, 2004, p. 80).

O jurista, no livro *Staatslehre* (Teoria do Estado), de 1934, erige ideias que são de extrema importância para a compreensão das mutações constitucionais. Ele evidencia que a relação de tensão entre o direito e a realidade, entre o ser e o dever ser, não deve ser compreendida unilateralmente, seja pelo lado da normalidade, seja pelo da normatividade. Tais dimensões encontram-se em uma relação de complementação mútua, na qual não é dado a normalidade ignorar a normatividade e vice-versa. Eventual postura unilateral, que

compreende, por exemplo, apenas a normalidade, acabaria por desnaturar a tensão e ignorar, por completo, a própria normatividade.

Para Heller (1992, p. 202), “las normas sociales mantienen necesaria relación con la esfera del ser en cuanto sólo tienen validez, es decir, reciben existência y se mantienen, en virtud de una orden dictada por una voluntad y de una observância voluntaria”. O dever ser tem sempre como finalidade um querer real.

Nesse sentido, não se pode compreender o Direito unilateralmente. O sociologismo constitucional e o logismo normativo, este último podendo ser destacado na doutrina de Hans Kelsen, não compreendem que “la hipótesis de una falta de relación entre el ser y el deber ser sociales es una falsa hipótesis” (HELLER, 1992, p. 203). As lições do jurista são claras:

El sociologismo, al considerar al derecho como un sistema de reglas de la vida social que tienen validez efectiva, atende unicamente a la normalidade, a la observância regular, en forma unilateral, y pasa por alto que el derecho se basa en una orden y que ésta ni tiene sentido cuando se refiere a una realidade social que carece de la posibilidad de obrar conforme a la exigência, ni tampoco cuando lo hace una realidade que no puede comportarse de manera opuesta a lo que se reclama. Tan desastinado es disponer que no es lícito a los hombres morir, como, por el contrario, ordenárselo. De este modo existe una tensión constante entre el deber ser y el ser sociales. En cambio, el logismo normativo que representan Kelsen y su escuela, al contraponer el deber ser, de carácter jurídico, al ser, de carácter social, sin que entre ellos exista modo alguno de relación, considerando al primero como un deber ser independiente de toda orden y de toda observancia, atende única e exclusivamente a la normatividade y olvida que todo el deber ser social e relaciona constantemente con un querer humano y que las normas sociales no son afirmaciones teóricas, sino exigências dirigidas a la voluntad del hombre (HELLER, 1992, p. 202).

Portanto, a mutação constitucional, enquanto evento ligado à realidade cambiante, deve encontrar seus limites na própria normatividade. No entanto, apesar de chegar a essa acertada conclusão, Heller não traça contornos mais específicos, ficando difícil precisar os limites da mutações constitucionais (HESSE, 2009, p. 164).

No que tange à contribuição de Rudolf Smend, deve-se destacar, desde já, que sua obra é marcada profundamente pela tentativa de superação do positivismo dominante no final do século XIX e início do século XX. Além disso, o debate em torno da estática e dinâmica da Constoiuição, bem como da mutação constitucional, é deslocado para a teoria do Estado (RAMOS, 2013, p.139-140).

Partindo de uma nova perspectiva de filosofia e teoria do Estado, Smend, fundado na

obra de Theodor Litt acerca de una teoría general sobre las ciencias del espíritu⁴, concibe el método científico-espiritual, del cual resulta una teoría dinámica de la Constitución.

Segundo Urrutia (2000, p. 118-119), esa dinamicidad constitucional, entretanto, decorre de su concepción de Estado. En su obra principal, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), Smend comprende el Estado como un flujo circular, como una tensión dialéctica entre individuo y sociedad, solamente pudiendo ser comprendido como algo fluido, mutable. En sus palabras, “El Estado no es un fenómeno natural que deba ser simplemente contrastado, sino una realización cultural que como tal realidad de la vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y cambio, puesta continuamente en duda” (SMEND, 1985, p. 61)

A concepción particular de Smend acerca de la noción de Estado también lo llevó a adotar un concepto distinto de Constitución. Smend asienta que ella fue comprendida de dos formas equivocadas. La primera, defendida por la Escuela Alemana formalista, de la cual formaban parte Laband y Jellinek, comprendía la Constitución como la ley que regula los órganos del Estado e aborda el *status* del individuo frente a él. Ya la segunda, de fondo lassaleano, entendía la Constitución como un producto de una ley física. Trata-se de un determinismo sociológico, que pregaba la preponderancia de los factores reales de poder y la completa inutilidad de la Constitución escrita (URRUTIA, 2000, p. 121).

Segundo Smend, la Constitución, en cuanto realidad espiritual, producto cultural, debe ser comprendida de una forma dinámica. Es decir, así como el Estado, no es un producto acabado, estático. Esto porque la Constitución tiene por objeto el Estado:

Cualquier ciencia del espíritu que atienda únicamente al criterio vitalista y organicista siguiendo la metodología monista propia de las ciencias de la Naturaleza o que,

⁴ Nesse ponto, cabe destacar, com Urrutia (2000, p. 19), que “Cuando Smend habla del espíritu (*Geist*) o de las ciencias del espíritu (*Geistwissenschaften*), se refiere más bien a ‘lo humano’ y a ‘las ciencias humanas’, aunque desde un punto de vista muy especial. Dentro de una tendencia filosófica alemana se distingue entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu. Las primeras serían las ciencias naturales y las segundas ciencias sociales o humanas. Sin embargo, el optar por referirse específicamente al ‘espíritu’ o a las ‘ciencias del espíritu’ significa una concepción muy concreta. El espíritu es concebido como una realidad viviente, viva, como una totalidad compleja que se opone a lo estático y a lo simple. El espíritu no es solo el ser humano sino una idea dinámica de él en constante interacción con su entorno. Así, la noción que Smend aprehende de Th. Litt supone que el único modo de comprender a la persona ‘... es integrarla al mundo concreto, es decir, en analizarla en relación al conjunto de actuaciones y reacciones que establecen entre ella y su ubre histórico cultural en la cual se define. Mundo y persona se hacen y se construyen en la medida que, a través de un proceso histórico en evolución se integran’. Vid. voces ‘Espíritu, espiritual’ y ‘Th. Litt’, en J. FERRATER MORA: *Diccionario de Filo- sofía*, vol. 2, págs. 1013-1020 y vol. 3”.

por el contrario, se ocupe exclusivamente del contenido atemporal o ideal, como hace la lógica de normas de la Escuela de Viena [Kelsen], no llega a captar la verdadera naturaleza del objeto; hay que considerar el objeto, por el contrario, en toda su ambivalencia, como estructura orgánica ideal, desde la perspectiva de un pensamiento que abarque ambas dimensiones (SMEND, 1985, p. 131)

A Constituição, nesse sentido, deve ser compreendida como a normatização da integração estatal, é a ordenação jurídica do Estado. Logo, enquanto reguladora da vida estatal, essencialmente dinâmica e mutável, devendo ser interpretada de forma distinta das demais normas jurídicas, visto que, enquanto realidade dinâmica, a vida estatal, por diversas vezes, suscitará problemas que não estarão previstos nas regras constitucionais positivadas (SMEND, 1985, p. 133).

É exatamente por isso que as normas constitucionais positivadas são dotadas de elasticidade e de uma capacidade de autotransformação, capazes de abarcar e regular a realidade constitucional-estatal (SMEND, 1985, p. 134). Tal circunstância passa a exigir do intérprete uma compreensão da natureza elástica da Constituição, que contém, dentro de si, o germe da mutação, para adequar-se as mudanças da realidade:

En la Teoría Constitucional smendiana el Estado es integración. La Constitución es el ordenamiento jurídico de la integración. La norma constitucional no lo pretende abarcar todo, pero es un elemento controlador de las fuerzas sociales que están en constante cambio. Por tanto, a diferencia de la interpretación jurídica ordinaria, la interpretación constitucional debe ser flexible —permisiva— debido a la naturaleza expansiva y elástica de las normas constitucionales. Smend considera que la Constitución misma contiene los elementos para su propia transformación por vía de la mutación constitucional (URRUTIA, 2000, p. 123).

Ainda no que tange à interpretação da Constituição, Smend pontua que ela não deve ser de forma fragmentada. É dizer, deve-se ter em conta que a Constituição é um todo, cada regra constitucional positivada pertence a uma globalidade. Os detalhes só podem ser compreendidos a partir de uma visão de conjunto. **A inobservância de tal essencialidade teria sido, segundo Smend, umas das causas dos abusos ditatoriais em Weimar, decorrentes de uma interpretação isolada do Art. 48 da Constituição** (URRUTIA, p. 125).

Abordadas as concepções de Heller e Smend, merece relevância, ainda no contexto de Weimar, os estudos do jurista chinês, radicado na Alemanha, Hsü Dau-Lin. Para muitos, ele foi responsável pelo estudo mais profundo sobre o tema⁵. Dau-Lin foi aluno e discípulo de Rudolf Smend. Em verdade, como bem aponta Pablo Lucas Verdú (1998, p. 11), o chinês, ao

⁵ A esse respeito merecem destaque as palavras de Pablo Lucas Verdú (1998, p. 7), ao prefaciar a obra de Dau-Lin: “Lugar aparte merece el chino Hsü DAU-LIN, discípulo del maestro de la integración política. Escribió, a mi juicio, el estudio mejor, sobre las mutaciones constitucionales, que conozco”.

elaborar sua teoria da mutação constitucional, desenvolveu e completou as densas observações de Smend.

Ao contrário de seu mestre e de Heller, Dau-Lin reformulou e sistematizou os conceitos e ideias erigidas pelos juristas da Escola Alemã de Direito Público (URRUTIA, 2000, p. 116). Já no início de sua obra, Dau-Lin (1998 p. 29) deixa claro que a definição de mutação constitucional, apesar das contribuições dos juristas que lhe antecederam, não era claro.

Segundo o autor, Laband, embora tenha criado a expressão “mutação constitucional”, não a definiu detalhadamente, não tendo estabelecido os contornos jurídicos do fenômeno. Tal insuficiência decorre da separação metódica entre direito constitucional e política, defendida pela Escola Alemã de Direito Público.

No que se refere à obra de Georg Jellinek, Dau-Lin (1998, p. 106-107) aponta que o professor de Heidelberg tratou o tema de forma mais aprofundada, tendo estudado e delimitado várias formas de mutação constitucional, inclusive com análises de exemplos em outros países. No entanto, apesar da riqueza de sua monografia, Jellinek acabou por concluir que as normas jurídicas são incapazes de gerir ou regular as forças políticas, as quais operariam segundo suas próprias normas. Nesse sentido, não deu qualquer tratamento jurídico as mutações constitucionais. As lições de Dau-Lin (1998, p. 106-107) são claras:

JELLINEK, trató la mutación de la constitución teóricamente mucho más a fondo que LABAND, ahora bien, tampoco superó una sencilla cuestión negativa. Em su trabajo sobre ‘Reforma de la Constitución y mutación constitucional’ (1906 ed. Española 1911) estudió una serie de formas de mutación constitucional. Entonces expuso la posibilidad y existencia de la mutación de la Constitución em casi todos los países. Sin embargo, el resultado último de su estudio se redujo solo a demostrar ‘que las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar la distribución del poder estatal’, que ‘las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes independientemente de cualquier forma jurídica’ (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, pág. 72, ed. Esp., pág. 84); ‘tampoco las Constituciones rígidas escritas impiden que paralelamente, o em contra de ellas, se desarrolle un derecho constitucional no escrito’ (*Allgemeine Staatslehre*, pág. 536). No obstante, qué índole caracteriza a este ‘derecho constitucional no escrito’ y por qué se trata aquí de ‘derecho’? Esto quedo fuera de su horizonte. Si LABAND no percibió conscientemente, el problema real de la mutación constitucional, JELLINEK lo pasó rozándolo.

Nesse contexto, onde imperava uma insuficiência teórica sobre o tema, o asiático define a mutação como “[...] la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por um lado y la realidad constitucional por outro. (DAU-LIN, 1998, p. 29)

Para compreender a definição de Dau-Lin, é necessário que se entenda como o jurista

compreendia o conceito de Constituição como norma que busca ordenar o Estado (realidade vital):

El fundamento último de la mutación constitucional, estriba, por de pronto, en la naturaleza del Estado como realidad vital [...] La existencia de nuestra historia, el transcurso de nuestro desarrollo cultural, las conexiones del Estado con el sistema cultural omnicompreensivo son pruebas evidentes. Precisamente desde los últimos siglos, en los que los grandes avances técnicos han desplazado enormemente las relaciones espaciales y temporales, en las que las concepciones culturales y valorativas de los hombres se transforman con una velocidad mucho más rápida que antes (religiosidad, concepción del Estado, derecho de propiedad), la concepción estática del Estado, la contemplación del Estado como algo fijo, constante que permanece eternamente igual, ya no es posible. (DAU-LIN, 1998, p. 161)

Em trecho interessante de sua obra, Dau-Lin analisa as conclusões a que Ferdinand Lassalle houvera chegado ainda em 1862, quando de sua conferência intitulada “O que é a Constituição”:

Según LASSALLE las relaciones efectivas de poder existentes em uma sociedade, son la Constitución verdadera de um Estado, - por ejemplo: el ejército que obedece y los cañones; la nobleza que tiene influencia sobre el rey y la corte; los señores Borsig y Egels son la Constitución real de Prusia -, em contraposición a lo que está escrito em la hoja de papel, lo que, sin embargo, no importa absolutamente nada para la situación real de las cosas (*Über Verfassungswesen*, Berlín 1862). Pero esto significa, en realidad, una sobreestimación de las relaciones sociales existentes y una minus valoración de la Constitución escrita. Seguramente no se puede afirmar – pues ello sería también una imcomprensión de la naturaleza de la Constitución – que la Constitución escrita puede fijar de manera inmediata y estricta toda la existencia política del Estado y dominarlo de manera segura y óptima. Su elasticidad intencionada y su necesaria transigencia se deben a la naturaleza de su objeto, al Estado. Tal vez, por eso, puede experimentarse y considerarse formal e jurídicamente como um fracasso de la Constitución, pero por ello puede calificarse a la Constitución escrita nada más que como una ‘hoja de papel’ y negarle alguna importancia? Si se rechaza toda fuerza motivadora de las normas jurídicas porque no cabe contrastar lo negro y lo blanco – una forma de pensar que niega totalmente el valor de derecho escrito – y si se tienen em cuenta únicamente los fenómenos evidentes, entonces se podría y debería decir del mismo modo que el verdadero derecho civil y el derecho penal de um país no consisten em otra cosa que em los agentes ejecutivos de los tribunales y los carceleros! (DAU-LIN, 1998, p. 182)

O trecho supracitado deixa claro que, para o chinês, a Constituição tem por objeto a regulação do Estado. Este, enquanto realidade vital e dinâmica, exige da Constituição a possibilidade de mutação. Para Dau-Lin, o fundamento das mutações constitucionais repousa nessa natureza estatal. A plenitude vital do Estado não é passível de normatização por inteiro, impondo-se uma “[...] constante superação do sentido originário atribuído à norma” (SBROGIO’GALIA, 2007, p. 93).

Nesse sentido, Dau-Lin, em verdadeiro avanço, vai concluir que o problema da incongruência entre as normas constitucionais e a realidade demanda, para sua solução, uma

interpretação elástica e integradora (SBROGIO’GALIA, 2007, p. 94).

Dau-Lin, portanto, sistematiza o estudo das mutações constitucionais e rompe com o paradigma positivista, na medida em que desenvolve uma fundamentação jurídico-constitucional da mutação constitucional. Todavia, a teoria do chinês não estabelece os limites de tais modificações informais (URRUTIA, 2000, p. 135). Importante, nesse ponto, colacionar as lições de Hesse (2009, p. 161):

Através dessa teoria e por oposição à do positivismo jurídico-político desenvolve-se uma fundamentação jurídica, em concreto uma fundamentação jurídico-constitucional da mutação constitucional: a mudança da Constituição não se produz através de fatos da ‘realidade’ que atuam ‘de fora’ sobre a Constituição nem só através de modificações da ‘situação constitucional’; pelo contrário, a ‘realidade’ é, por assim dizer, incorporada à Constituição sob a forma da ‘necessidade política’, cujo sentido global é o de responder a essa necessidade. Em virtude da sua vinculação a essa totalidade da Constituição, o conteúdo das distintas normas constitucionais pode mudar, inclusive quando o conteúdo modificado é incompatível com o texto da norma. O conteúdo que até agora possuía não cede ante a pura faticidade, mas em face desse ‘sentido’ de nível superior. Entretanto, dado que este sentido pode mudar segundo as ‘necessidades vitais do Estado’, o resultado é apenas diferente daquele da Teoria do Estado positivista: não há nenhum limite preciso para essa mudança; tanto aqui como ali, o parâmetro é em termos definitivos, sua imposição de fato.

Portanto, os limites do fenômeno da mutação não restam claros por duas razões. De um lado, encontra-se, na doutrina de Dau-Lin, uma conexão demasiado indistinta do Direito Constitucional com a realidade. Por outro, o chinês, ao recorrer às chamadas necessidades vitais do “Estado”, acaba por promover uma simplificação, visto que o “Estado”, abstratamente, inexistente. O que existe é o Estado histórico, concreto. É nesse sentido que as necessidades vitais podem passar a integrar o sentido da Constituição.

3.1.3 Os contornos atuais: a concepção de Hesse, Müller e Canotilho

Empós a análise das contribuições de Dau-Lin, adentra-se no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial. Como já visto, hodiernamente, o pós-guerra trouxe um movimento de revalorização das Constituições como normas jurídicas vinculantes, pregando-se a sua força normativa. Ademais, em virtude da busca pela manutenção dessa força, passou-se a compreender a Constituição como um sistema aberto, um organismo vivo, na feliz expressão de Loewenstein⁶. Nesse sentido, a concepção do que vem a ser a mutação constitucional

⁶ Karl Loewenstein também abordou o tema das mutações constitucionais. Para o autor, “[...] é produzida uma transformação na configuração real do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses sem que seja refletida tal transformação no documento constitucional: o texto da Constituição permanece intacto. Este tipo de mutação constitucional ocorre em todos os Estados dotados de uma Constituição escrita e é muito mais

também restou modificada. Observe:

Mais recentemente, com a consolidação da ideia de que as Constituições são norma jurídicas especiais (norma vinculantes e obrigatórias, mas estruturadas de modo a permitir maior abertura para reconhecer e aceitar as modificações ocorridas na sociedade), os autores passaram a defender que a mutação constitucional é o fenômeno por meio do qual são produzidas alterações de significado, alcance ou sentido das normas constitucionais dentro dos limites estabelecidos pela própria Constituição (KUBLISCKAS, 2009, p. 72)

É exatamente nesse contexto que Konrad Hesse (2009, p. 151), ao se referir à concepção do Tribunal Constitucional Federal e da doutrina mais recente, define a mutação constitucional como o fenômeno que “[...] modifica, de que maneira for, o conteúdo das normas constitucionais de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente [...]”.

Mais adiante, Hesse (2009, p. 167, grifos do autor), apoiado na teoria estruturante de Friedrich Müller⁷, vai sustentar que essa modificação de conteúdo estará limitada pelo *programa normativo*⁸:

As normas que integram o Direito Constitucional não são mandatos (*Sollensätze*) abstratos que, alheios à realidade, a esta se contrapõem de forma totalmente desconexa, o que, ‘dialética’, ‘correlativamente’ ou de que modo seja, coordenam-se com essa realidade por meio de uma genérica inter-relação. Estas normas restam letra morta quando seu conteúdo não se incorpora à conduta humana mediante a sua aplicação e observância diárias. Só enquanto o Direito Constitucional é ‘realizado’ por e nesta conduta, alcança a realidade de uma ordem vivida, formadora e conformadora da realidade histórica, capaz, portanto, de cumprir sua função na vida da Comunidade. E da mesma maneira que apenas sob esse pressuposto pode ter relevância o Direito Constitucional para a vida da Comunidade, também para uma aproximação jurídica ao que se possa entender como essa ordem real, e não um ‘sistema’ abstrato, só lhe importa o Direito Constitucional como algo realizado e a se realizar. Do ponto de vista dessa ‘realização’ do Direito Constitucional, como assinalou F. Müller, a ‘norma’ não pode ser isolada da ‘realidade’; pelo contrário, a ‘realidade’ em suas circunstâncias (o ‘âmbito normativo’), as quais são afetadas pelo mandato da norma (o ‘programa normativo’), é parte integrante e constitutiva da norma mesma. A norma aparece, desse modo, como ‘modelo de ordenação cunhado pelo seu objeto’ (*sachgeprägtes Ordnungsmodell*); é ‘projeto vinculante de uma ordem parcial da comunidade jurídica, a qual modela a norma e na qual o regulador e o regulado vão necessariamente unidos, complementando-se indeclinavelmente

frequente que as reformas constitucionais formais” (1965, p. 165).

⁷Como bem aponta Rodolfo Viana Pereira (2001, p. 165-166), Müller, através de sua metódica estruturante, estabelece uma distinção entre texto e norma, sendo esta última o resultado de um processo de concretização em que as circunstâncias fáticas atuam, também, como definidoras das circunstâncias fáticas. É nesse contexto que surgem os conceitos de *programa normativo*, *âmbito normativo*, *norma jurídica* e *norma-decisão*.

⁸O *programa normativo* representa a análise do texto normativo, é o resultado de sua interpretação, sendo formado, portanto, a partir dos dados da linguagem. Nas palavras de Müller (2007, p. 224): “O programa da norma é elaborado por meio de todas as determinantes da concretização das leis, reconhecidas como legítimas, como tratamento do texto da norma desde as já mencionadas interpretações gramatical, genética, histórica e sistemática, ates as figuras interpretativas das grandes áreas do direito penal, do direito civil, da história do direito e do direito comparado”.

um ao outro e fundamentando-se mutuamente na prática da realização do Direito'. A partir disso, o Direito Constitucional abarca também, de forma diferente em cada caso, o pedaço da realidade social pressuposto, recepcionado ou produzidos por suas distintas normas.

Com efeito, “[...] a instância que decide se a alteração fática pode ser relevante para a norma, quer dizer, se o fato modificado pertence ao âmbito normativo, é o programa normativo que se contém substancialmente no texto da norma constitucional [...]”. Nesse sentido “[...] só enquanto este fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma.” (HESSE, 2009, p. 167)

É dizer, “[...] a mutação constitucional deve considerar-se admissível quando se reconduz a um problema *normativoendogenético*, mas já não quando ela é resultado de uma evolução normativamente *exogenética* (CANOTILHO, 1993, p. 232).

O que se observa, portanto, é que os doutrinadores tradicionais, estando aí incluídos Laband, Jellinek, Smend, Heller e Dau-Lin, apesar de diferenças marcantes em suas ideias, adotavam uma definição bem ampla e genérica de mutação constitucional. Em verdade, ela era entendida, basicamente, como uma situação de incongruência, para usar a expressão de Dau-Lin, entre Constituição e realidade constitucional. (KUBLISCKAS, 2009, p. 76)

Já a doutrina moderna, fruto do pós-guerra, evidencia uma concepção mais restrita de mutação constitucional, entendendo-a como uma alteração do conteúdo de uma norma constitucional, sem que se altere o texto constitucional e respeite os seus limites. Konrad Hesse, expoente dessa última geração, cotejando os ensinamentos da doutrina tradicional acerca da mutação constitucional com a concepção contemporânea, mostra-se a favor desta. Observe:

As notas à duração e ao caráter inconsciente do processo devem, portanto, ser desprezadas. Resta a questão sobre se a ‘mutação constitucional’ deve ser entendida no já aludido sentido restritivo da doutrina contemporânea ou no mais amplo da doutrina do passado. A resposta deve inclinar-se em favor da primeira alternativa. Ver uma mutação constitucional na ‘contradição entre a situação constitucional e a lei constitucional’, ou, na terminologia atual, entre Constituição e realidade constitucional, simplesmente não é admissível pelo fato de que se está argumentando em diferentes níveis; o que muda não é o conteúdo da norma constitucional, para cuja determinação colabora o seu texto, mas outra coisa. Portanto, o conceito deveria ficar limitado a modificações do conteúdo de normas constitucionais cujo texto não é modificado. Tal limitação não deve, naturalmente, excluir de partida o necessário debate. Daí que também incluamos, na exposição que se segue, o segundo dos fenômenos designados como mutação constitucional, a contradição entre Constituição e realidade constitucional. (HESSE, 2009, p. 154)

Na doutrina pátria, onde se destaca a obra de Anna Candida da Cunha Ferraz, o tema é abordado de acordo com a compreensão contemporânea do fenômeno. Ferraz (1986, p. 9) define a mutação constitucional como “[...] alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis [...]” (FERRAZ, 1986, p. 9).

3.2 Fundamento e pressupostos das mutações constitucionais

No que tange ao fundamento das mutações constitucionais, a questão não parece ser problemática, uma vez que a doutrina moderna, com base nas lições de Georges Burdeau, o identifica no chamado *poder constituinte difuso*. Para Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p.10, grifos do autor), as mutações constitucionais “[...] justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado *poder constituinte difuso*, na feliz expressão de Burdeau”. A argumentação de Burdeau (1969, *apud* BARROSO, 2009, p. 127) é clara:

Se o poder constituinte é um poder que faz ou transforma as constituições, deve-se admitir que sua atuação não se limita às modalidades juridicamente disciplinadas de seu exercício. [...] Há um exercício quotidiano do poder constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais ou pelos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real. [...] Parece-me, de todo modo, que a ciência política deva mencionar a existência desse poder constituinte difuso, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registros de arquivo.

Há doutrinadores que preferem outros termos, mas a ideia nuclear não se altera, conforme relatado por Zandonade (2001, p. 203, grifos do autor):

Sem discrepar dessa ideia, José Alfredo de Oliveira Baracho escreve que a interpretação que produz uma mutação da Constituição é uma das formas da manifestação do *poder constituinte em sentido amplo*, considerado como um processo permanente e não temporarimente delimitado. À luz da realização da constituição de forma continuada no tempo, lembra que ‘a redação originária do texto, em certo momento, é a mais importante porém a interpretação constitucional, o desenvolvimento legislativo e a reforma ou revisão da Constituição são momentos capitais da vivência constitucional’. Carmen Lúcia Antunes Rocha também se refere ao fundamento da mutação constitucional como a manifestação do *poder constituinte espontâneo e informal*, que brota da sociedade e se realiza no Estado pelo movimento político de depuração social

No que se refere aos pressupostos das mutações constitucionais, deve-se destacar, de início, a **distinção entre texto e norma**. Ora, o processo de interpretação jurídica não tem por objeto uma norma, mas sim um texto normativo. A norma é resultado daquele processo. Como pontua Ávila (2013, p. 33): “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”.

No mesmo sentido são as lições de Ricardo Guastini⁹, ao assentar a diferenciação entre disposição e norma:

Chamo ‘disposição’ qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo, ou seja, qualquer enunciado do discurso das fontes; Chamo ‘norma’ todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou uma combinação de fragmento de disposições). Em outros termos, pode-se também dizer assim: a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado.

As assertivas sobreditas conduzem à conclusão de que não existe uma correspondência biunívoca entre texto e norma, ou seja, onde houver um não haverá, obrigatoriamente, o outro. É possível a existência de dispositivos (textos) sem norma e vice-versa:

Em alguns casos há norma, mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum [...] Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma [...] Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. Bom exemplo é o exame do enunciado prescritivo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual pode-se chegar ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa [...] Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma. Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica (ÁVILA, 2013, p. 33-34).

Ademais, a distinção entre texto e norma também permite concluir que o processo interpretação não deve ser visualizado como a tentativa de descrever o significado intrínseco contido nas palavras do texto. Isso porque o significado é construído pelo intérprete a partir dos dados da linguagem. Nesse sentido, a Ciência do Direito assume uma função que não se identifica com a mera descrição de significados:

Essas considerações que apontam para a desvinculação entre o texto e seus sentidos também conduzem à conclusão de que a função da Ciência do Direito não pode ser considerada como mera descrição do significado, quer na perspectiva de comunicação de uma informação ou conhecimento a respeito de um texto, quer naquela da intenção de seu autor (ÁVILA, 2013, p. 34)

Deve-se refutar, portanto, as posturas que advoguem pela interpretação como um ato (ou processo) de busca do significado intrínseco do texto, bem como as que determinem que o

⁹ GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini – Apresentação Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

intérprete tem o dever de alcançar a *mens legislatoris*. Ora, a busca pela intenção do legislador, pressupõe a existência de uma vontade una e de autoria determinada. Todavia, o processo legislativo se caracteriza por sua complexidade, impossibilitando a identificação de uma vontade e uma autoria claras. Nessa esteira, Ávila (2013, p. 34-35) conclui que:

Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto. A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui “o” significado correto aos termos legais. Ele tão-só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos –, já que a linguagem nunc é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso, ou, melhor, como uso.

Especificamente no âmbito da interpretação constitucional, é importante pontuar que essa compreensão de atribuição (construção) de significado é recente. Como afirma Kubliskas (2009, p. 99): “Na doutrina tradicional, a interpretação constitucional sempre foi vista como uma atividade meramente cognoscitiva, cujo objeto primordial era o de ‘descobrir’ o sentido (preexistente) do texto constitucional”.

Resta claro, portanto, que a diferenciação entre texto normativo e norma abre espaço para um processo de interpretação caracterizado pela construção da norma através da atribuição de sentido ao texto normativo.

Essa circunstância também abre espaço para as mutações constitucionais, definidas, exatamente, como uma modificação normativa sem modificação textual, através de uma interpretação (concretização) construtiva. Nesse sentido, imperiosa a lição de Raimundo Bezerra Falcão (2010, p.80):

A captação do sentido, inexaurível, que se faz pela via da interpretação é que traz em si o milagre da salvação dos ordenamentos jurídicos, num tempo de interesses tão múltiplos, de mutações tão rápidas e de desigualdades tão permanentes e tão difíceis de remover. O sentido flexível é o novo nome da justiça extraída das leis. E é o novo cântico da sagração do Direito.

Nesse ponto que a contribuição de Gadamer parece evidente para os estudos da mutação constitucional. Inspirado nas ideias de Heidegger, Gadamer, ao abordar a questão hermenêutica, promove uma verdadeira mudança de paradigma. Como bem pontua Manfredo Oliveira (2006, p. 225), ele não se atém a discussão metodológica, marcante no pensamento de Schleiermacher e Dilthey, visto que passa a lidar com a compreensão na dimensão ontológica, ou seja, como constituinte do próprio ser histórico.

A temporalidade (historicidade) revela a finitude e, portanto, o caráter hermenêutico

do homem (do ser), incompleto, encoberto, inacabado. Há hermenêutica porque o homem é hermenêutico (o problema hermenêutico, portanto, é de ontologia e não metodologia):

O fato de eu ter-me servido da expressão hermenêutica, pesando-lhe às costas um velha tradição, conduziu certamente à mal-entendidos. Não foi minha intenção desenvolver uma doutrina da arte do compreender, como pretendia ser a hermenêutica mais antiga [...] O que está em questão não é o que nós fazemos, o que nós deveríamos fazer, mas o que, ultrapassando nosso querer e fazer, nos sobrevém, ou nos acontece (GADAMER, 1999, p. 14).

E o que nos sobrevém, ou nos acontece? Segundo Gadamer, é a própria historicidade. Ela é condição de possibilidade de nossa compreensão. Não compreendemos a partir do nada, mas sim através daquilo que foi gestado e transmitido (tradição), os pré-conceitos. Estes, por sua vez, encontram-se antes na esfera do ser do que na consciência. É dizer, a influência da história (tradição) independe da consciência que dela temos. Os pré-conceitos, portanto, são uma realidade histórica, não são de um sujeito isolado (OLIVEIRA, 2006, p. 228-229).

O verdadeiro transcendental que possibilita a compreensão humana é a historicidade. Nesse ponto, Gadamer quebra com qualquer posição que busque um fundamento último, uma instância fundadora basilar. Diferente de Kant, por exemplo, Gadamer afirma que a compreensão não decorre de uma subjetividade isolada (pura). Pelo contrário, é inseparável da pertença à tradição, ela é construída a partir do horizonte de um todo de sentido que nos é **passado** pela história (OLIVEIRA, 2006, p. 227-229).

Essa interpretação da experiência histórica, esse existir, se realiza a partir da linguagem. É dizer, a compreensão se faz no seio da linguagem. Por isso que Gadamer vai afirmar existir uma relação de essencial entre compreensão e linguagem.

A linguagem traz à fala a experiência histórica. Ela é o evento da finitude (historicidade) do homem, sendo caracterizada por dois momentos constitutivos: a **Contingência**, na qual o sentido surge numa situação histórica específica; e a Idealidade, segundo a qual uma vez articulado o sentido na linguagem escrita, ele deixa de ser um pedaço do passado, abrindo-se, idealmente (na esfera do sentido, da idealidade da palavra), para outras contingências históricas (OLIVEIRA, 2006, p. 233- 234)

Nesse diapasão, merece destaque a linguagem escrita (textos normativos, por exemplo), pois é através dela que ocorre a comunicação, a mediação entre o passado e o

presente, a tradição. Assim, podemos por meio da decadência das palavras tomar conhecimento das mudanças de costumes e valores (OLIVEIRA, 2006, p. 234-239).

Resta claro, portanto, que a abordagem de Gadamer abre espaço para um processo de interpretação caracterizado pela construção da norma através da atribuição de sentido ao texto normativo (linguagem escrita). Tal construção (concretização) estaria, necessariamente, delimitada (possibilitada) pela facticidade (historicidade) do intérprete.

Essa circunstância também parece abrir espaço para a compreensão das mutações constitucionais, definidas, exatamente, como um processo de mudança constitucional por meio do qual, em virtude de uma mudança na realidade social, se altera, através da interpretação, o sentido de uma norma constitucional sem qualquer mudança do texto expresso da Constituição (FERRAZ, 1986, p. 9).

Outro pressuposto que merece ser exposto é o **grau de rigidez constitucional**. De acordo com Kubliskas (2009, p. 88-89), quanto mais dificultoso for o processo formal de modificação da Constituição, maior será a possibilidade da ocorrência de mutações constitucionais. Exemplo claro dessa situação é a Constituição norte-americana, que prevê requisitos rigorosos para sua reforma. Tal circunstância, dentre outras, viabilizou a introdução de diversas mutações constitucionais, mormente as empreendidas pela Suprema Corte.

Deve-se destacar, também, **a frequência de alteração formal da Constituição**. Para Kubliskas (2009, p. 89), a frequência em que ocorrem as mutações constitucionais é inversamente proporcional àquela que efetiva as reformas constitucionais. Em outros termos, quanto mais se altera pela via formal, menor a necessidade de ocorrência de mutações informais.

Não se trata de regra absoluta. Ferraz (1986, p. 59), por exemplo, aponta que mesmo em casos onde a reforma constitucional seja comum, a via da mudança informal ainda é relevante, principalmente por meio da interpretação constitucional judicial. O que deve ser ressaltado é que o meio mais seguro de se manter a Constituição atualizada é a reforma constitucional. Entretanto, as mudanças, em muitos casos, não são substanciais ao ponto de exigirem um novo texto. Nesses casos, opta-se pela mutação informal, dada sua facilidade e sua menor erosividade¹⁰.

¹⁰Importante lembrar o capítulo dessa dissertação, onde se conclui que as constantes revisões constitucionais, sob a justificativa da necessidade política, evidenciam que se atribui maior as exigências fáticas do que à

O quarto pressuposto que merece destaque é o **controle judicial de constitucionalidade**, fator catalisador de mutações constitucionais. Nesse sentido, limita-se a constatar a expansão global do poder judicial (expressão cunhada por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder na obra *The global expansion of judicial power*), mormente pelo controle de constitucionalidade, e verificar de que forma ela afeta as mutações constitucionais.

Nesse ponto, é esclarecedora a lição de Bruce Ackerman (2007, *on line*), “The formal system of amendment no longer marks the great changes in constitutional course ratified by the American people over the last seventy-five years.” Em verdade, continua o autor: “It is judicial revolution, not formal amendment, that serves as one of the great pathways for fundamental change marked out by the living Constitution”.

Tal aspecto é bem evidente na evolução da jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana. O caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, responsável pela revogação de *Plessy vs. Ferguson* e pelo afastamento da doutrina do *separate but equal*, é paradigmático no que se refere às mutações constitucionais (MELLO, 2008, p. 241). Todavia, tais aspectos serão melhor analisados quando da análise da interpretação constitucional enquanto agente de mutação da Constituição.

3.3 Características das mutações constitucionais

Os trabalhos doutrinários sobre mutações constitucionais não abordam, explicitamente, o tema das **características** de tal fenômeno. Essa abordagem é feita de forma difusa, podendo ser extraída de uma análise da concepção de cada jurista acerca do instituto. Não obstante tal circunstância, Kubliskas, em dissertação sobre o tema das mutações constitucionais, reservou um tópico específico para tratar das características das mudanças informais da Constituição¹¹.

Para o autor sobredito, a primeira característica que se destaca é a **informalidade**. Como já visto, as mutações constitucionais são, em essência, mudanças informais da Constituição. A saber, consistem em alterações promovidas fora dos mecanismos formalmente previstos, diferenciando-se, portanto, das reformas constitucionais (KUBLISCKAS, 2009, p. 80).

Ademais, a mutação se caracteriza por produzir um câmbio na norma constitucional

normatividade em vigor, desvalorizando a Constituição (HESSE, 1991, p. 22).

¹¹ Uadi Lammêgo Bulos também tratou o tema de forma específica. Para o autor (1997, p. 61), as mutações constitucionais caracterizam-se pelo seu desenvolvimento espontâneo e em momentos cronologicamente distintos.

sem que se altere o texto. É dizer, tem-se o binômio **manutenção do texto/modificação da norma**, pelo qual altera-se o significado, sentido ou alcance da norma, sem qualquer modificação textual. Nesse sentido, é imperioso ressaltar que para que se compreenda uma mutação constitucional, deve-se ter, necessariamente, como pressuposto, o reconhecimento de que norma e texto constitucional são coisas distintas, apesar de conexas (KUBLISCKAS, 2009, p. 81).

Para Kubliskas (2009, p. 81), a **sujeição a limites** também é uma característica da mutação constitucional. É dizer, enquanto instrumento de atualização das normas constitucionais, as mutações não podem extrapolar os limites da própria normatividade, aviltando o texto e o espírito da Constituição.

O autor, ainda na tarefa de enumerar as características das mutações constitucionais, pontua que a **pluralidades de agentes** também é um elemento essencial nas mutações constitucionais, visto que elas não decorrem apenas da atuação dos órgãos estatais (Poder Legislativo, Executivo e Judiciário), mas também dos membros da sociedade em geral (grupos de pressão organizados, construções feitas pelos juristas, opinião pública em geral, etc.) (KUBLISCKAS, 2009, p. 80).

Questão que merece maior depuração consiste na suposta necessidade de **distanciamento no tempo** para que se possa falar em mutação constitucional. A doutrina costuma asseverar que as mutações constitucionais, por demandarem para a sua identificação (ocorrência) a análise da compreensão presente frente à pretérita acerca de uma norma constitucional específica, processar-se-iam lentamente, sendo necessário um relativo distanciamento no tempo para sua ocorrência (KUBLISCKAS, 2009, p. 80).

Hesse, no entanto, não comunga desse entendimento. Para o jurista, o decurso de um intervalo mais ou menos longo de tempo não pode ser erigido como elemento característico das mutações constitucionais. Não obstante possam produzir-se ao cabo de muitos anos, as mutações também podem ocorrer em período curto de tempo. Observe as conclusões do catedrático de Freiburg:

Embora isso tenha sido sustentado ocasionalmente, não se deve aceitar que uma mutação constitucional exija um lapso de tempo mais ou menos longo; em todo caso não pode tratar-se de um elemento definitivo: os processos que dão lugar a uma mutação constitucional não têm qualquer relação com o caráter mais ou menos remoto da entrada em vigor da Constituição, podendo produzir-se ao cabo de muitos anos, mas também ao cabo de pouco tempo (HESSE, 2009, p. 152).

A respeito do presente imbróglio, parece ter razão Kubliskas (2009, p. 81) ao apontar que a mutação constitucional, quando operada por uma prática constitucional ou por uma lenta consolidação de um novo entendimento acerca de um dispositivo constitucional específico, exige, para a sua ocorrência, um intervalo de tempo longo. Todavia, a mutação também pode ocorrer de forma abrupta, como é o caso de revogação de precedentes (*overruling*).

3.4 Modalidades de Mutação Constitucional

A abordagem das modalidades de mutação constitucional deve ser precedida da advertência de que inexistente uniformidade no tratamento doutrinário do tema. Essa dificuldade não é recente, visto que Dau-Lin (1998, p. 31-32) já apontava que: “Desgraciadamente, no es posible basarse em uma clasificación ya existente, por que cada autor construye su esquema según su própria formación conceptual y sus próprio presupuestos”.

Não obstante tal circunstância, é possível observar na doutrina uma abordagem mais recorrente, que visualiza duas modalidades de mutação constitucional: a interpretação constitucional e o costume constitucional.

3.4.1 Interpretação Constitucional

Desde já, é importante frisar que o objeto da discussão que se segue consiste na interpretação constitucional como modalidade de mutação constitucional. É dizer, a interpretação constitucional será abordada dentro desses limites. Essa ressalva é feita tendo-se em vista a importância que o tema da interpretação constitucional ganhou nos estudos contemporâneos de Direito Constitucional.

No entanto, apesar da ressalva mencionada, não se pode olvidar que algumas noções de “teoria da interpretação constitucional” têm de ser alinhavadas, sob pena de não se compreender, adequadamente, o processo de mutação constitucional.

De início, vale ressaltar que “a noção de interpretação constitucional pressupõe duas noções prévias: a de ‘interpretação’ e a de ‘Constituição’” (FERRAZ, 1986, p. 19). É dizer, antes mesmo de se determinar o que é a interpretação, deve-se determinar o espaço ôntico do que se está a interpretar. As lições de Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz (1998, p. 229, grifos do autor) são claras:

No caso da hermenêutica constitucional, a pergunta em torno de *como* se deve interpretar a Constituição – que trata, essencialmente do método (caminho) para se obter o significado de suas normas num caso concreto – é posterior à determinação conceitual da Constituição. Se indaga, então, acerca do ser da Constituição. O que é a Constituição? Essa, a primeira posição a ser assumida pelo sujeito – isto é, a posição diante do objeto -, haja vista que a hermenêutica é um processo de conhecimento e, como tal, possui uma natureza especulativa. Isso significa que antes de um acordo sobre o que é hermenêutica constitucional e sobre o método ou métodos adequados para se interpretar as normas constitucionais, é necessário um consenso prévio acerca da própria Constituição e de sua concordância objetiva com a realidade – o que certamente condicionará o conceito de hermenêutica constitucional e a escolha do método ou dos métodos que serão utilizados.

Nesse sentido, é imprescindível salientar que no paradigma atual, a Constituição não pode consistir no mero reflexo da realidade política e social, que se conforma, inexoravelmente, às mudanças observadas nos fatores reais de poder. Ela não é somente a expressão de um ser, mas, também, de um dever ser. Por força de sua pretensão de eficácia, de sua força normativa (Hesse), busca imprimir ordem e conformação à realidade política e social que lhe é subjacente.

No entanto, a Constituição não possui uma existência autônoma frente à realidade, uma vez que sua pretensão de eficácia é inseparável das condições históricas de sua realização. Tais condições conjugam-se de forma interdependente, erigindo regras que não podem ser ignoradas. Portanto, a Constituição não pode mostrar-se fechada à realidade. Deve funcionar como um sistema aberto, se atualizando em conformidade com as mudanças a ela externas, sob pena de perder sua força normativa. Nessa esteira, tem-se um condicionamento recíproco entre Constituição e realidade constitucional. Uma determinando e sendo determinada pela outra.

Uma vez delineada a concepção da Constituição, pode-se passar a análise do que vem a ser a interpretação constitucional. De início, é importante pontuar que a interpretação constitucional, da mesma forma que a Constituição, teve sua compreensão alterada ao longo do tempo. Como afirma Kublischkas (2009, p. 99): “Na doutrina tradicional, a interpretação constitucional sempre foi vista como uma atividade meramente cognoscitiva, cujo objeto primordial era o de ‘descobrir’ o sentido (preexistente) do texto constitucional”.

Essa postura coadunava-se com as concepções características do século XIX (Estado Legislativo, Liberal), que pugnavam pela separação total entre fato e norma, entre ser e dever ser. Com base nos privilegiados critérios da segurança jurídica, da abstração e generalidade, defendia-se que a Constituição como uma lei qualquer (KUBLISCKAS, 2009, p. 99-100).

Adotava-se, portanto, o **método jurídico** (ou hermenêutico clássico). Segundo Canotilho (1993, p. 213), esse método, defendido Forsthoff, parte da consideração de que a Constituição é, para todos os efeitos, uma lei. Nesse sentido, ela deve ser interpretada a partir das regras tradicionais da hermenêutica, quais sejam: o elemento filológico (literal, gramatical); o elemento lógico (sistemático); o elemento teleológico (racional); e o elemento genético.

Com o advento da Constituição de Weimar, alguns autores, como já visto, conceberam teorias dinâmicas da Constituição, que passava a ser vista não mais um corpo estático, fechado à realidade, mas dinâmico, aberto às mudanças sociais. No que toca especificamente a interpretação constitucional, merece destaque a doutrina de Rudolf Smend, responsável pelo **método científico-espiritual**. Como bem aponta Ferraz (1986, p. 52), tal método vê a Constituição como “[...] um conjunto de distintos fatores integrativos, com distintos graus de legitimidade, valendo observar que, por este método a Constituição dever ser interpretada como um todo, em seus aspectos teleológicos e materiais, e não meramente formais, como queria a doutrina clássica”.

A forte mudança de paradigma provocada pela Segunda Guerra, ocasionaram fortes mudanças na compreensão da Constituição. Via de consequência, a interpretação constitucional precisou se adequar as novas cartas constitucionais. Nessa esteira novos métodos de interpretação constitucional surgiram.

Nesse contexto, destaca-se, primeiramente, o **método normativo-estruturante**, desenvolvido por Friedrich Müller na obra *Juristische Methodik* (Metódica Jurídica). Segundo Diniz (1998, p. 253), Müller concebe a interpretação como a concretização da norma. É dizer, o intérprete (concretizador), em um primeiro momento, não se vê diante da norma, mas sim do texto escrito (*programa normativo*). A concretização da norma requer não só a consideração da prescrição normativa, mas também do setor da realidade social (*âmbito normativo*) onde deve ser aplicado o programa normativo. Eis as palavras de Müller (2007, p. 224):

Uma norma jurídica é – assim como ela age efetivamente- mais do que o seu teor literal. O teor literal expressa, juntamente com todos os recursos interpretativos auxiliares, o ‘programa da norma’. A área da norma pertence à norma com grau hierárquico igual. Ela é a estrutura básica do segmento da realidade social, que o programa da norma ‘escolheu para si’ como a ‘sua’ área de regulamentação ou que ele, em parte ‘criou’: ‘escolheu’ seria o termo pertinente nos exemplos iniciais, assim no tocante a questões factuais do convívio matrimonial ou no tocante aos

pressupostos e às circunstâncias factuais de um ‘furto qualificado’; criou seria o termo pertinente no caso das regras de direito constitucional ou infraconstitucional, das quais se pode inferir o que se deve entender juridicamente por ‘aptidão’ para o serviço público

O texto normativo, portanto, não coincide com a norma, que é construída no caso concreto a partir do programa normativo e da análise do âmbito normativo¹². O grande mérito da metódica de Müller é conceber norma e realidade como fenômenos de mútua implicação, que não podem ser tidos como isolados no processo de concretização. A relação entre Direito e realidade não deve ser compreendida a partir da dicotomia identificação/não-identificação (DINIZ, 1998, p. 253)

Apesar das enormes contribuições de Müller, é Hesse quem trata melhor da concretização constitucional. Para o jurista, responsável pelo desenvolvimento do **método hermenêutico-concretizador**, a hermenêutica tradicional concebe a interpretação como o processo de descobrimento de uma vontade preexistente, seja a vontade da norma (caráter objetivo) ou a do legislador (caráter subjetivo). Nesse sentido, uma vez descoberta a vontade da norma, seu conteúdo seria revelado, sendo aplicado de forma silogística à suposta realidade que se pretende regular (HESSE, 2009, p. 104).

Para Hesse (2009, p. 108-109), interpretação constitucional é concretização, e não subsunção. Pelo fato da Constituição não explicitar, de forma clara, o seu conteúdo, deve o intérprete determiná-lo no caso concreto, mediante a incorporação da realidade de cuja ordenação se trata. A eventual busca por uma vontade preexistente apenas encobre o verdadeiro problema: solucionar os problemas constitucionais que encontram na Constituição apenas alguns pontos de partida para solução. Nesse sentido, o conteúdo da norma só se complementa com a sua interpretação.

Todavia, a atividade do intérprete possui limites. Diniz (1998, p. 262), comentando o pensamento de Hesse, estatui que, para o autor, a Constituição (norma) é o próprio limite da atividade concretizadora. Portanto, “onde as possibilidades de uma compreensão conveniente dos textos acabam ou onde claramente se impõe uma solução, encontram-se os limites da

¹² Não se aprofundará no método de Müller. Entretanto, apenas a título ilustrativo, podemos citar a doutrina de Liberato (2012, p. 64, grifos do autor): [...] **partindo-se do texto normativo (programa normativo) a ser interpretado, formar-se-ia, em seguida, a norma concreta** – norma jurídica em sentido próprio ou *norma concreta* (não dizia Kelsen [1984, p. 22] que a norma jurídica é o sentido de um ato de vontade, mas que não se confunde com a vontade mesma?) – **mas que não é o destino final da tarefa de concretização, pois, com base nesta norma concreta é que se vai estabelecer a norma de decisão, sendo esta a norma que se mostra apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto.**

atividade do intérprete que, ao ultrapassá-los, não mais a interpreta, mas a modifica ou rompe” (DINIZ, 1998, p. 262).

Pode-se concluir, ao fim dessa breve exposição, que a interpretação constitucional, hoje, é vista não mais como uma atividade de descoberta de um sentido, mas sim de atribuição. O intérprete, na verdade, constrói a norma na análise do caso concreto. Fala-se, portanto, em concretização.

Delineadas as noções mais importantes, pode-se passar a análise da interpretação constitucional enquanto processo de mudança informal da constituição.

Segundo Ferraz (1986, p. 53-54), a interpretação constitucional orgânica, da qual são espécies a interpretação constitucional legislativa, judicial e administrativa, é aquela realizada pelos órgãos que, direta ou indiretamente, retiram, da própria Constituição, força para aplicá-la. Isso porque a Constituição atribui a certos órgãos o dever de atuá-la, efetivando as normas por ela sistematizadas.

Em um primeiro plano, será abordada a interpretação constitucional legislativa. Em seguida, será analisada a interpretação constitucional administrativa. Por fim, a interpretação constitucional judicial será objeto de investigação.

A interpretação constitucional legislativa pode ser definida como a “[...] atividade desenvolvida pelo órgão, dotado de poder legislativo, que busca o significado, o sentido e o alcance da norma constitucional para o fim de, fixando-lhe o conteúdo concreto, completá-la e, conseqüentemente, dar-lhe aplicação” (FERRAZ, 1986, p. 65).

Ela decorre da própria natureza da Constituição, que, em maior ou menor grau, não regulam minúcias e pormenores, limitando-se a determinar normas abertas, que necessitam de concretização. Nesse contexto, “[...] todo e qualquer órgão chamado a aplicar ou consentir na aplicação da norma constitucional mediante ato normativo legislativo estará dando interpretação legislativa à Constituição” (FERRAZ, 1986, p. 65).

É importante frisar que o legislador constitucional, ou seja, aquele que vai editar atos normativos para aplicar a Constituição, extrai diretamente da carta fundamental a força para concretizá-la. São, portanto, atos normativos primários. Pela interpretação constitucional legislativa, continua-se a obra do constituinte (FERRAZ, 1986, p. 68).

É importante pontuar que, em regra, a interpretação constitucional legislativa cabe ao Poder Legislativo, aparecendo na forma de uma lei ordinária, de uma lei complementar, de uma lei orgânica etc. No entanto, o Poder Executivo também participa dessa interpretação ao interferir no processo legislativo, quer seja pela iniciativa, quer seja pela sanção ou veto.

Nesse sentido, pergunta-se: como a interpretação constitucional legislativa pode operar uma mutação constitucional? De início vale pontuar que “[...] a mera edição de normas de desenvolvimento ou complementação do texto constitucional, ainda quando inovem de maneira substancial na ordem jurídica, não caracterizará, de ordinário, mutação constitucional” (BARROSO, 2009, p. 132).

A simples edição de atos normativos complementando o texto constitucional não ensejam uma mutação. De acordo com Barroso (2009, p. 132-133):

Haverá mutação constitucional por via legislativa quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional. É possível conceber que, ensejando a referida norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercitando o papel que lhe é próprio de realizar escolhas políticas. A mutação terá lugar se, vigendo um determinado entendimento, a lei vier a alterá-lo. Suponha, por exemplo, que o §3º do art. 226 da Constituição – que reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar – viesse a ser interpretado no sentido de considerar vedada a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Se a lei ordinária vier a disciplinar esta última possibilidade cancelando as uniões homoafetivas, terá modificado o sentido que se vinha dando à norma constitucional. Como intuitivo, essa lei estará sujeita a controle de constitucionalidade, no qual se irá determinar se esta era uma interpretação possível e legítima. A última palavra sobre a validade ou não de uma mutação constitucional será sempre do Supremo Tribunal Federal.

É dizer, a mutação constitucional é verificada quando o ato normativo primário alterar o entendimento vigente acerca de determinada matéria constitucional. O exemplo ilustrado por Barroso, por óbvio, perdeu o seu sentido prático, na medida em que o STF, por meio do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, interpretou a constituição no sentido de admitir a união estável homoafetiva.

No entanto, o sentido didático do exemplo ainda permanece. Nessa esteira, seguindo a linha de Barroso, propõe-se a inversão de seu exemplo. Imagine que hoje, depois do julgamento das ADI 4277 e da ADPF 132, o Congresso Nacional, em virtude de pressões populares, editasse uma lei ordinária disciplinando o art. 226, §3º e excluísse a possibilidade da união estável homoafetiva. Nesse caso, estar-se-ia diante de uma mutação constitucional legislativa.

No que tange à interpretação constitucional administrativa (ou executiva), é importante frisar que ela também pode viabilizar um processo de mudança informal da Constituição. Tal mutação ocorrerá sempre que a Administração Pública, ao buscar concretizar, aplicar a Constituição, “[...] permite ou possibilita a transformação do sentido, do significado e do alcance das disposições da Lei Fundamental, amoldando-a a realidades novas, a situações novas, novas necessidades sociais” (FERRAZ, 1986, p. 157).

Ademais, vale ressaltar que da mesma forma que o Poder Executivo participa da interpretação constitucional legislativa, o Poder Legislativo, e não raro o Poder Judiciário, também participam das interpretação constitucional administrativa, por meio de atos de natureza administrativa (FERRAZ, 1986, p. 147).

Nesse contexto, pode-se citar, como exemplo de mutação constitucional por interpretação administrativa, aquela materializada pela edição da Resolução n. 7, de 14 de novembro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, um órgão do Poder Judiciário, que vedou a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Essa exemplo é bem analisado por Barroso (2009, p. 131-132):

No plano da interpretação administrativa, mutação constitucional igualmente emblemática materializou-se na Resolução n. 7, de 14 de novembro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça. Nela se considerou ilegítima a investidura de parentes de magistrados, até o terceiro grau, em cargos em comissão e funções gratificadas da estrutura do Poder Judiciário. A Resolução, que veio a ser declarada constitucional pelo Supremo tribunal Federal, determinou a exoneração dos ocupantes de tais cargos que incorressem nas vedações por ela estabelecidas. O nepotismo, na hipótese aqui descrita, constituía prática centenária, corriqueira e socialmente tolerada, que se viu proscrita, retroativamente, por uma clara mudança na valoração do significado dos princípios da impessoalidade e da moralidade.

Analisada a interpretação constitucional administrativa, resta abordar a última espécie de interpretação orgânica, a judicial, que adquire maior relevância quando comparada com as demais espécies.

Essa maior relevância da interpretação judicial está ligada à mudança de paradigma operada na segunda metade do século XX, que ocasionou, dentre outros fenômenos, o da judicialização da política. Nesse contexto, parece claro, pelo que já restou exposto no presente trabalho, que: “Embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século” (CAPELLETTI, 1993, p. 142).

Nesse sentido, as noções explicitadas no início desse tópico, acerca da teoria interpretação constitucional, ganham maior relevo nesse ponto da discussão. Lá, restou claro que a interpretação não é mais vista como um processo que busca a *descoberta* do sentido de determinado texto normativo, como apontava a teoria tradicional, mas sim como um processo *criativo*, de produção de norma. É dizer, não se tem uma descoberta de significado, mas sim uma atribuição. Trata-se da teoria da concretização, que encontra fundamento nas teorias de Müller e Hesse (PEDRA, 2011, p. 16).

Portanto, é sob essa ótica que se analisará as mutações constitucionais empreendidas pela interpretação judicial. Entende-se que essa análise pode ser bem desenvolvida a partir da análise de casos em que, supostamente, o fenômeno da mutação constitucional por interpretação judicial se manifestou.

Nessa senda, o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, já citado no curso do presente ensaio, é paradigmático no que se refere à mutações constitucionais operadas por Cortes Constitucionais através da interpretação judicial. Ele pode ser usado como exemplo para identificar de que forma tal modalidade de interpretação opera uma mutação constitucional.

O referido julgado foi responsável pela revogação do precedente firmado em *Plessy vs. Ferguson*, de 1896, através do qual a Suprema Corte norte-americana concluiu pela constitucionalidade de uma lei do Estado da Louisiana que determinava vagões de trens específicos para negros. A Suprema Corte entendeu que a disponibilização de vagões idênticos aos utilizados pelos brancos não importava em violação à Emenda XIII (abolição da escravatura). Surgiu a doutrina do *separate but equal*¹³ (PEDRA, 2011, p. 27-28).

Segundo Pedra (2011, p. 28), para se compreender a decisão do caso *Plessy vs. Ferguson*, deve-se destacar o contexto histórico em que ela foi tomada. Originalmente, a Constituição dos Estados Unidos permitia o regime escravocrata (Seção 2 do art. 1º), chegando a Suprema Corte a negar a condição de cidadão a um escravo no julgamento do caso *Dred Scott vs. Sandford*, em 1857. Tal decisão, dentre outros fatores, acirrou os ânimos entre os Estados do sul (escravocratas) e os do norte (antiescravagistas), o que, eventualmente, culminou na Guerra de Secessão.

¹³ Tradução livre: separados mas iguais.

Ademais, a decisão de *Dred vs. Scott* acabou por apressar a abolição da escravidão, que ocorreu em 1865, com a Emenda XIII. À época, os negros, apesar da abolição, eram severamente discriminados. Nesse contexto, *Plessy vs. Ferguson*, aparece como uma tentativa de apartar negros e brancos.

Já no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*¹⁴, a sociedade norte-americana estava experimentando forte mudanças. Os movimentos dos direitos civis, liderados por Martin Luther King, são exemplos claros dessa mudança social. Nesse contexto, a Suprema Corte modificou o seu entendimento anterior, assentando a inconstitucionalidade da doutrina do *separate but equal*, entendendo que políticas educacionais segregacionistas

Não há dúvida que se trata de uma mutação constitucional interpretativa visto que se trata de uma mudança de sentido de uma norma constitucional em virtude de uma alteração na realidade social (âmbito normativo).

No caso brasileiro, pode-se destacar a mutação constitucional operada pelo julgamento dos MI 670 e 712 (caso do direito de greve dos servidores públicos) nos quais também restou claro uma modificação em entendimento em virtude de alteração social¹⁵.

Abordou-se, portanto, todas as espécies de interpretação constitucional orgânica. Entretanto, a doutrina ainda aponta outra modalidade: o costume constitucional.

4.5.2 Costume Constitucional

A outra modalidade de mutação constitucional mencionada pela doutrina diz respeito ao costume constitucional. No entanto, antes de estudá-lo enquanto instrumento de modificação informal da Constituição, é imperioso o delineamento de alguns de seus aspectos teóricos, mormente no que tange à sua definição, existência, fundamento e características.

Primeiramente, é importante estabelecer a noção de costume jurídico. Segundo Carlos Maximiliano (1980, p. 188) “[...] o costume é uma norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante da prática diuturna e uniforme que lhe dá força de lei”.

¹⁴ O caso tinha por objeto a situação de Linda Brown, garota negra de oito anos de idade, que não podia frequentar as escolas próximas de sua residência pelo fato de só admitirem-se crianças brancas. Nesse sentido, Linda tinha de atravessar a cidade de Topeka para assistir suas aulas em uma escola pública (PEDRA, 2011, p. 29)

¹⁵ O julgamento em questão será abordado com maior detalhamento no capítulo que se segue.

Como bem aponta Ferraz (1986, p. 177-178), a noção de costume está marcada pela presença de dois elementos: um **objetivo**, consistente na repetição, na reiteração de um comportamento, de uma prática (*usus*); e outro, **subjetivo**, caracterizado pela crença generalizada de que esse comportamento é obrigatório (*opinio juris vel necessitatis*). Esse último elemento, de acordo com Bulos (1997, p. 175), permite distinguir a norma jurídica consuetudinária das demais normas de conduta costumeiras (religiosas, sociais, morais, etc.).

Delimitada a noção de costume jurídico, importa agora explicitar suas espécies. A doutrina visualiza três categorias de costume: o *secundum legem*, o *praeter legem* e o *contra legem*. O primeiro é aquele previsto no direito positivo, que a ele faz referência para auxiliar o intérprete/aplicador na solução dos problemas jurídicos. Tal costume também é chamado de interpretativo, tendo em vista a sua clara função interpretativa. (FERRAZ, 1986, p. 180)

Já o costume *praeter legem* surge para complementar à lei, colmatar suas lacunas, sendo dotado, portanto, de uma função eminentemente integrativa. Por fim, encontra-se o costume *contra legem*, que se forma em sentido contrário ao do direito positivo.

Feitas as considerações teóricas acerca dos costumes jurídicos, já é possível abordar o costume constitucional propriamente dito. Frise-se, desde já, que a análise que se segue tem por base a obra de Anna Cândida da Cunha Ferraz.

De início, vale registrar, junto com Ferraz (1986, p. 182-183), que a doutrina constitucional, tanto a alienígena quanto a nacional, faz referência ao fenômeno do costume constitucional. É dizer, a sua existência não é refutada doutrinariamente. Todavia, uma questão a respeito da existência do costume constitucional merece ser apreciada: é possível a existência de um costume constitucional em um Estado que adote uma Constituição escrita, formal e rígida, ou seja, existe costume constitucional com as mesmas características dos costumes jurídicos em geral? (FERRAZ, 1986, p. 183)

A resposta à questão sobreposta encontra caminhos dissonantes na doutrina. Parte dos estudiosos entendem que a supremacia das disposições constitucionais, um dos pressupostos da concepção de uma Constituição rígida, não permite que haja lugar para qualquer tipo de costume, seja ele integrativo ou simplesmente interpretativo. Toda norma (o costume, como já visto, é uma norma jurídica) cede ante a superioridade da Constituição (FERRAZ, 1986, p. 183).

No entanto, essa não parece ser a postura mais adequada. Para Ferraz (1986, p. 183-185), existem dois argumentos substanciais que indicam a possibilidade (existência) dos costumes constitucionais, mesmo diante de Constituições rígidas.

O primeiro, diz respeito ao fundamento do costume constitucional. Assim como a mutação constitucional, ele encontra seu fundamento no já abordado poder constituinte difuso. Como já visto, o poder constituinte não se esgota com a Constituição, permanecendo latente tanto sob a forma do poder de reforma constitucional quanto sob a forma de um poder não previsto e não organizado, que atua para o preenchimento de lacunas¹⁶ ou interpretar disposições constitucionais. Esse poder é atuado pelos órgãos constitucionais que detém competência para aplicar a Constituição, mesmo quando ela se mostra obscura ou lacunosa (FERRAZ, 1986, p. 183).

Não obstante a força do argumento exposto, ainda subsiste outro, de aferição mais imediata. Trata-se de um argumento de cunho lógico. Ora, a Constituição nasce para ser efetivada, aplicada aos problemas concretos. Disso decorre a conclusão lógica de que, diante de um vazio normativo, os órgãos constituídos devem atuá-la por instrumentos válidos. Esse é o fundamento da própria construção jurisprudencial. Logo, o costume constitucional forma-se por decorrência lógica da própria Constituição (FERRAZ, 1986, p. 185).

Não existe, portanto, qualquer incompatibilidade entre o costume constitucional e a Constituição rígida. Contudo, a possibilidade do costume constitucional é bastante limitada, até mesmo por conta de terem por fundamento um poder difuso. Nesse sentido, parece claro que: “A admitir-se um *direito constitucional não escrito*, no qual se integre o direito consuetudinário, este apenas poderá ser um costume *secundum constitutionem*” (CANOTILHO, 1993, p. 934, grifos do autor).

Corroborando as conclusões de Canotilho, Ferraz pontua (1986, p. 184) que:

¹⁶ De acordo com Ferraz (1986, p. 192), a existência de lacunas constitucionais não é matéria pacífica na doutrina. Dentre os que apontam sua inexistência, visualiza-se dois argumentos distintos: para uns, a inexistência de uma solução constitucional expressa para determinada situação não importa em lacuna, visto que se aplica o princípio de que toda conduta não proibida é permitida; para outros, como Augustin Pérez Carillo e Hans Kelsen, a integração constitucional é sempre uma forma de interpretação constitucional, manifestando-se pela aplicação da norma ao caso concreto. Karl Loewenstein, que postula pela existência das lacunas, posição dominante, seguida, dentre outros, por Miguel Reale e Pontes de Miranda, divide as lacunas constitucionais em duas espécies: as *descobertas*, quando o constituinte sabia da necessidade de normatizar determinada situação mas, por razões específicas, não o fez; as *ocultas*, quando o constituinte não possuía consciência da necessidade de normatização.

Porque constituído por poder difuso, não expressamente previsto, não é dotado da mesma eficácia das normas constitucionais escritas postas pelo constituinte originário ou pelo poder de revisão. Destarte, o costume constitucional não pode reformar a Constituição. Consequentemente, a norma costumeira não tem a eficácia das normas constitucionais escritas.

Nesse sentido, pode-se concluir que os costumes constitucionais, por possuírem fundamento em um poder constituinte difuso, restam limitados pela letra e pelo espírito da Constituição, não podendo ensejar a formação de um costume constitucional *contra constitutionem*.

Os costumes constitucionais, portanto, possuem um posicionamento jurídico complexo. São materialmente constitucionais, uma vez que versam sobre matéria constitucional, seja colmatando a Constituição ou interpretando suas obscuridades, mas não gozam da superioridade formal e da eficácia das normas constitucionais escritas (FERRAZ, 1986, p. 184-186). Portanto, não se pode admitir que um costume constitucional reforme (revogue) a Constituição.

Segundo Ferraz (1986, p. 187), outra característica peculiar dos costumes constitucionais é o fato de sua formação ser vinculada à ação dos órgãos constitucionais autônomos e independentes, que guardam entre si uma igualdade. Trata-se dos órgãos responsáveis por atuar a Constituição direta ou imediatamente.

Ademais, os costumes constitucionais, diferentemente dos costumes jurídicos em geral, podem se formar de forma rápida, não necessitando de atos reiterados para a sua configuração. Isso decorre do limitado número de órgãos capazes de formá-los. Exemplo claro é o caso dos membros de um poder político, por meio de um acordo, adotam uma regra de conduta específica, que passa a ser obrigatória imediatamente. A norma, portanto, não surge de uma prática reiterada, mas de simples acordo (FERRAZ, 1986, p. 188).

Destarte, restam claro a existência dos costumes constitucionais, suas principais peculiaridades os seus limites. Nessa esteira, já se pode estabelecer uma noção de costume constitucional:

É o costume constitucional expressão do poder constituinte difuso, manifestação do poder constituinte latente atuado pelos órgãos constituídos competentes enquanto preenchem lacunas na obra constitucional originária ou interpretam-lhe disposições obscuras. Tal costume consistirá na prática constitucional, reiterada ou não, porém consentida ou desejada, de determinados atos ou comportamentos, pelos poderes competentes e pelo povo, sem forma prevista ou consagrada na Constituição. Cede, todavia, diante da norma constitucional escrita (FERRAZ, 1986, p. 185).

Assim definido, o costume constitucional pode assumir as mesmas funções apontadas no campo do direito em geral. O costume *secundum constitutionem*, ou interpretativo, tem por base uma disposição expressa da Constituição que demanda um esclarecimento. Já o costume *praeter constitutionem*, ou integrativo, visa ao preenchimento de lacunas constitucionais, substituindo o silêncio do legislador constituinte. Por fim, tem-se o costume *contra constitutionem*, que abrange duas acepções: a da norma costumeira que se forma contrária ao texto constitucional; ou da não aplicação (desuso) da norma constitucional (FERRAZ, 1986, p. 191-194).

Assim definido, o costume constitucional pode assumir as mesmas funções apontadas no campo do direito em geral. Bulos (1997, p. 189) aponta que: “A experiência comprova que o costume constitucional, em suas três categorias, *secundum legem*, *praeter legem* ou *contra legem*, atua provocando alterações informais no sentido, significado e alcance dos preceitos da Lei Maior”

O costume *secundum constitutionem*, ou interpretativo, tem por base uma disposição expressa da Constituição que demanda um esclarecimento. Já o costume *praeter constitutionem*, ou integrativo, visa ao preenchimento de lacunas constitucionais, substituindo o silêncio do legislador constituinte. Por fim, tem-se o costume *contra constitutionem*, que abrange duas acepções: a da norma costumeira que se forma contrária ao texto constitucional; ou da não aplicação (desuso) da norma constitucional (BULOS, 1997, p. 189; FERRAZ, 1986, p. 191-194).

Como já restou demonstrado, o costume constitucional possui severas limitações, não podendo se formar contrariando à Constituição. Nesse sentido, não se admite o costume constitucional *contra constitutionem* como gerador de mutações constitucionais¹⁷. Barroso (2009, p. 135, grifos do autor) acentua que: “O costume contrário à Constituição (*contra legem* ou *contra constitutionis*), como intuitivo, não pode receber o batismo do Direito”. No que tange aos costumes *secundum constitutionem* e *praeter constitutionem*, pode-se concluir que eles são relevantes instrumentos de viabilização de mutações constitucionais.

É evidente que o estudo do costume constitucional, enquanto processo de mudança

¹⁷ Não se ignora, entretanto, a recorrente incidência dos costumes inconstitucionais. Um exemplo claro, segundo Barroso (2009, p. 135), era a prática de nomear parente de juízes para cargos que independiam de concurso, o chamado nepotismo no Judiciário. Como já apontamos nessa monografia, referida prática foi rejeitada pela Resolução nº 7, de 2005, do CNJ. Outro exemplo de costume, agora de constitucionalidade duvidosa, era a famigerada reedição de medidas provisórias antes da EC 32/2001.

informal da Constituição, reclama a exposição de alguns exemplos. Na história constitucional brasileira é possível a visualização de mutações constitucionais introduzidas por costumes constitucionais. Um exemplo mais antigo é o caso da implantação do sistema parlamentarista durante o Segundo Reinado. O Poder Executivo, que era titularizado pelo Imperador, passou a ser compartilhado com um Gabinete de Ministros, à míngua de qualquer dispositivo constitucional (BARROSO, 2009, p. 135).

Exemplo mais recente pode ser visualizado na ampliação dos poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito. Hoje, admite-se que as CPI's promovam a quebra de sigilos bancários, telefônicos e fiscais¹⁸. Entretanto, tais providências eram rechaçadas pela doutrina e jurisprudência, só passando a ser aceitas depois de uma prática política persistente nesse sentido (BARROSO, 2009, p. 135).

Finaliza-se, portanto, o estudo das modalidades de mutações constitucionais. Resta, por fim, a análise dos limites das mutações constitucionais.

3.5 – Mutações inconstitucionais

Pelo que já restou exposto no presente trabalho acerca da teoria das mutações constitucionais, parece não haver dúvida de que “A concepção atual do fenômeno da mutação constitucional está estritamente vinculada à discussão acerca dos seus limites” (KUBKISCKAS, 2009, p. 147). É dizer, a questão dos limites da mutação constitucional “[...] não pode normalmente separar-se da questão relativa ao próprio fenômeno da mutação constitucional [...]” (HESSE, 2009, p. 151).

Quem melhor trata dos limites jurídicos às mutações constitucionais é Konrad Hesse. Em trabalho específico sobre o tema¹⁹, o jurista analisa as contribuições de Laband, Jellinek, Smend, Dau-Lin e Heller, para, então, explicitar sua concepção.

Para Hesse, quem melhor esclarece, ainda de que de forma genérica, a questão dos limites às mutações é Hermann Heller. O jurista evidencia que a relação de tensão entre o direito e a realidade, entre o ser e o dever ser, não deve ser compreendida unilateralmente,

¹⁸ Nesse sentido vide, dentre outros, o julgamento, pelo STF, do MS 24817/DF: [...] A quebra de sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária.

¹⁹ HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 147-171

seja pelo lado da normalidade, seja pelo da normatividade. Tais dimensões encontram-se em uma relação de complementação mútua, na qual não é dado a normalidade ignorar a normatividade e vice-versa. Logo, a mutação constitucional, enquanto evento ligado à realidade cambiante, deve encontrar seus limites na própria normatividade (HESSE, 2009, p. 164).

No entanto, apesar de chegar a essa acertada conclusão, Heller não traça contornos mais específicos, ficando difícil precisar os limites da mutações constitucionais. Nessa esteira, Hesse (2009, p. 166), desenvolvendo as ideias de Heller, pontua que tanto a mutação constitucional quanto seus limites só podem ser entendidos quando a mudança de conteúdo da norma é compreendida como uma alteração no interior da norma mesma, é dizer, dentro da normatividade da Constituição, e não fruto de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade.

Com efeito, “[...] a instância que decide se a alteração fática pode ser relevante para a norma, quer dizer, se o fato modificado pertence ao âmbito normativo, é o programa normativo que se contém substancialmente no texto da norma constitucional [...]”. Nesse sentido “[...] só enquanto este fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma.” (HESSE, 2009, p. 167)

Portanto, Hesse, ao estudar o tema, deixa claro que uma mutação constitucional não pode dar ensejo a uma realidade *contra constitutionem*, ferindo a literalidade ou entrando em contradição direta com a finalidade do texto normativo. Urrutia (2000, p. 135), fornece interessante observação sobre o ponto:

Hesse ha dado un poco la clave de cuáles son los márgenes en los que podemos definir la mutación constitucional en las Constituciones actuales. Este autor utiliza parte del sistema conceptual de Smend para formular un sistema constitucional dinámico del cual forman parte las mutaciones constitucionales. En el marco de la Constitución de la República Federal alemana, Hesse sostiene que la mutación en cuanto cambio de sentido de la norma constitucional es admisible en cuanto no vulnere su literalidad y no entre en contradicción directa con el sentido o finalidad del texto normativo. Por definición, no puede existir una realidad constitucional *contra contitutionem*. Así, cuando la realidad no es reflejo de la Constitución llega el momento de reformarla. Es por esto que para Hesse, ‘la problemática de la mutación constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de mutación constitucional’.

A fixação desse limite, o texto da norma (o programa normativo), é relevante, visto que reduz bastante a discricionariedade na invocação da presença de uma mutação. Ora, provar que, no caso específico, ocorreu uma mudança no âmbito normativo de uma norma

constitucional, exige mais do que a simples menção genérica à “força normativa do fático” ou às “necessidades vitais do Estado”. (HESSE, 2009, p. 168)

É importante salientar que Hesse (2009, p. 168) reconhece que essa concepção de mutação constitucional, apesar de importante, ainda necessita de desenvolvimentos, mormente no que se refere à busca de parâmetros concretos que possam ser manejados na prática. Ademais, o catedrático de Freiburg ainda admite que as diferentes possibilidades de análise do âmbito normativo também se mostram como um problema que merece apreciação. No entanto, se não chegou-se a uma proposta clara, acredita-se ter dado um passo inicial para a compreensão das mutações constitucionais.

Quanto à doutrina brasileira, a questão dos limites à mutação constitucional é abordada de forma coerente ao posicionamento de Hesse:

As mudanças não formais à Constituição, tema do Título II, são perceptíveis ou invisíveis, porém sempre ocorrem dentro dos limites constitucionais: não alteram a letra nem o espírito da Constituição, mas adaptam-na à realidade, atribuindo-lhe novo sentido, renovado significado e ampliando-lhe ou restringindo-lhe o alcance. (FERRAZ, 1986, p. 243)

É dizer, para a autora, o próprio conceito de mutação constitucional traz os seus limites, visto que se trata de uma mudança informal que não vulnera a letra e o espírito da Constituição. No mesmo sentido, só que de forma mais detalhada, são as lições mais recentes de Luis Roberto Barroso (2009, p. 127-128):

Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites, e se ultrapassá-los estará violando o poder constituinte, em última análise, a soberania popular. É certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos a as novas realidades. Mas essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário.

Portanto, depois da exposição do presente capítulo, restam esclarecidos a definição de mutação constitucional, bem como seus pressupostos, fundamentos, modalidades e limites. Tais circunstâncias já se mostram suficiente para que se adentre no próximo capítulo, que terá como objetivo analisar como o Supremo Tribunal Federal aborda o fenômeno da mutação

informal da Constituição.

4 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O presente capítulo tem por escopo analisar como o STF aborda o tema da mutação constitucional. É dizer, qual o sentido dado pelo tribunal à expressão mutação constitucional e em que medida ele se aproxima do entendimento esposado pela doutrina.

Para atingir tal objetivo, é essencial que se proceda ao estudo dos casos em que o STF enfrentou o tema da mudança informal da Constituição. Nesse sentido, em um primeiro momento, será analisada uma pesquisa empírica que teve por objeto as decisões do STF que fizeram menção à expressão “mutação constitucional”. O desiderato dessa análise será verificar a possibilidade de construção de um sentido de mutação constitucional para o STF.

Posteriormente, será analisado o julgamento da Reclamação 4335-5/AC, precedente importante no que se refere às mutações constitucionais, visto ser o único julgado em que o tribunal debate com profundidade acerca da mutação informal da Constituição.

4.1 O uso da expressão “mutação constitucional” no STF: um estudo empírico e a impossibilidade de construção de um sentido único

Em pesquisa empírica sobre o tema, Santos (2015, p. 50-51) aponta que por meio de busca no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal²⁰, especificamente no campo “Jurisprudência”, o argumento “mutação constitucional”, pesquisado entre aspas, retornou 39 manifestações, distribuídas em **32 processos**. A pesquisa teve por objeto acórdãos, decisões monocráticas, decisões da presidência, questões de ordem, súmulas vinculantes e informativos²¹.

É importante assentar que a referida pesquisa limita-se aos processos em que a expressão “mutação constitucional” foi citada. Isso, entretanto, não significa que somente nesses casos é possível verificar a existência de mutações constitucionais. Aliás, no decorrer desse trabalho, foram e serão apontados casos em que o STF, apesar de não se referir expressamente, promoveu a mutação constitucional de dispositivos constitucionais.

A primeira referência ao termo ocorreu nos autos da ADI 1484/DF, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello datada de 28/08/2001 (data de publicação). Já a última data de 14/05/2013, quando do julgamento do HC 110.237 MC/PA (SANTOS, 2015, p.51).

²⁰ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

²¹ A última atualização da pesquisa data de 31/03/2014.

Antes de analisar o teor das decisões que abordaram a mutação constitucional, é interessante apontar a conclusão de Santos (2015, p.52) de que dos 32 processos analisados, 28 deles (87,5%) estão associados ao controle difuso de constitucionalidade. Tal constatação é coerente com ideia de mutação constitucional defendida pela doutrina, visto que se trata de um fenômeno que envolve, essencialmente, uma discussão fática, na medida em que está ligado à tensão entre realidade social e texto constitucional:

Partindo do pressuposto que a mutação constitucional denota a observância a um ou mais fatos capazes de modificar o sentido do texto normativo, e o controle difuso de constitucionalidade é caracterizado pela discussão incidental acerca da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo no bojo do processo, i.e., torna-se compreensível que o uso da expressão esteja associado ao controle difuso pela característica própria a esta espécie de controle: discussão preponderante de fatos (SANTOS, 2015, p. 52).

A priori, a análise minuciosa de 32 processos se mostra hercúlea, fugindo ao escopo de qualquer dissertação. Todavia, deve ser lembrado que esse universo a ser estudado foi formado a partir da busca pela expressão “mutação constitucional”. Nesse sentido, em muitos processos, a ideia de mutação constitucional é citada apenas em *obiter dictum*, muitas vezes por apenas um dos ministros.

Em verdade, segundo Santos (2015, p. 65), apesar das diversas menções ao termo, **somente em dois casos houve o enfrentamento direto do tema em análise**. É dizer, somente em dois julgados o STF analisou o que se deveria entender por mutação constitucional, tendo tal argumentação feito parte da *ratio decidendi*²² do voto/decisão. Trata-se dos julgamentos do MS 26.602-3/DF e da Rcl. 4.335-5/AC (SANTOS, 2015, p. 65).

A seguir, portanto, excluindo-se os dois julgados sobreditos, que serão analisados à parte, elaborou-se uma classificação dos sentidos usados pelo tribunal quando da menção ao termo.

4.1.1 Mutação constitucional usada como sinônimo de reforma constitucional

O STF, por vezes, se utiliza da expressão mutação constitucional para designar a realidade da reforma constitucional, ignorando a diferenciação proposta pela doutrina entre processos informais (mutação) e formais (reforma) de mudança da Constituição. Padecem

²² “Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do Direito. São Paulo: RT, 2004, p. 175).

dessa atecnia as decisões monocráticas proferidas na Reclamações 3801/GO e 7336/SP²³, da lavra do ministro Sepúlveda Pertence e do Ministro Ayres Britto, respectivamente. A primeira Reclamação tinha por objeto a discussão acerca da competência para julgamento de ação indenizatória decorrente de acidente do trabalho. Eis a decisão:

Reclamação - com pedido de liminar - contra decisão do Relator da Apelação Cível 80989, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que declinou de sua competência e remeteu os autos - que tratam de ação de indenização por dano moral e material decorrente de acidente de trabalho de servidor - à Justiça do Trabalho. Alega-se ofensa à liminar proferida na ADIn 3395 (Jobim, art. 37, I, RISTF, 1.02.05).

Decido a liminar.

O ato reclamado, para declinar da competência da Justiça goiana, fundamentou-se na orientação do Supremo Tribunal Federal firmada no CC 7204 (Britto, 29.06.05). **No próprio julgamento acentuou-se a edição da emenda constitucional como marco temporal para a competência da justiça trabalhista. Pelo que consta, no caso a ação foi proposta antes da mutação constitucional.** Esse debate, contudo, é estranho à via eleita. A medida liminar proferida na ADIn 3395 suspende toda e qualquer interpretação dada ao inciso I, do art. 114, da Constituição, na redação da EC 45/04, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a "apreciação de causas que sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação da ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo".

Parece ser o caso. Defiro a cautelar para suspender a tramitação do feito - já remetido à justiça trabalhista - até a decisão final desta reclamação (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RCL 3801-GO, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Dje 09.11.2005, *on line*).

Já a RCL 7336/SP tratava da equiparação de salário dos delegados de polícia do Estado de São Paulo aos Procuradores do Estado. Em sede de decisão monocrática, o Ministro Ayres Britto apontou que:

Hélio Pereira Pantaleão e outros manejam reclamação contra julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Mandado de Segurança 150.592-0. Segundo os autores, o reclamado 'deixou de aplicar a inteligência do Supremo', em afronta à autoridade do decidido na ADI 761/RS. Decisão, essa, que deu ênfase 'aos repetidos julgados seus [ADI's 138/RJ, 171/MG e 465/PB] no sentido de que a regra especial do art. 241, da Carta Magna (como vigia), determina a aplicação do princípio do art. 39, §1º (princípio da isonomia) em relação aos Procuradores do Estado, considerados ambos os artigos na versão anterior à Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998. Todo o julgado, pois, foi em favor dos delegados de polícia de carreira'. 2. Afirmam, os reclamantes, que 'os delegados de polícia do Estado de São Paulo (ora autores desta reclamação), que já estavam nas suas funções em quatro de junho de 1998, têm assegurado o direito adquirido (jus quaesitum) de

²³ Também merecem destaque os processos em que se discutiu a constitucionalidade da Lei nº 9.506/97, a partir da Emenda Constitucional nº 20/98. São eles: RE 466.215/RS; RE 488.165/PR; AI 611.481/MG; AI 618.763/RS; RE 517.766/RS; RE 476.747/SC. A referida lei extinguiu o Instituto de Previdência dos Congressistas – IPC e, em seu art. 13, submeteu ao regime geral de previdência social os exercentes de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculados a regime próprio de previdência social. Em todos esses julgados, que tiveram, em essência, a mesma decisão, a expressão “mutação constitucional” quer significar “reforma constitucional”, visto que se refere a Emenda Constitucional nº 20/98, que deriva de um **processo formal** de mudança da Constituição

serem pagos como os procuradores do Estado. Cumpre recordar: emenda constitucional não pode ir contra o estabelecido no art. 5º da Constituição Federal de 1988'. Sendo assim, 'o julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo feriu o direito adquirido dos reclamantes'. 3. Esse o relatório, passo a decidir. **Fazendo-o, início por averbar que a moldura normativa constitucional foi alterada após os julgamentos das ADI's 761/RS, 138/RJ, 171/MG e 465/PB. Em palavras outras, o art. 241, norma especial que garantia isonomia dos delegados de polícia com as carreiras disciplinadas no art. 135 (Procurador de Estado e Defensor Público), foi excluído da Constituição por força da Emenda Constitucional nº 19/1998. Mutação constitucional, patrocinada pela EC nº 19/1998, incidente, ainda, sobre os seguintes dispositivos: I ' a isonomia foi abolida do art. 135, para, em seu lugar, fixar-se a remunera o por subsídio; II ' o § 1º do art. 39, concretizador do tratamento isonômico, passou a ordenar que os sistemas remuneratórios se diferenciem em fun o da responsabilidade, complexidade, requisitos de investidura e peculiaridades de cada cargo.** 4. Pois bem, a alega o, dos autores, de que a EC nº 19/1998 atenta contra o direito adquirido   isonomia (as denominadas normas constitucionais inconstitucionais)   prova bastante de que a decisão do juízo reclamado não ofende as decisões deste Tribunal. Da mesma forma que saber se delegados de polícia, ocupantes dos cargos em data anterior   EC 19/1998, têm direito perpétuo   isonomia de vencimentos com Procuradores do Estado, qualquer que seja a nova ordem constitucional. Dito de outra forma, tais matérias não foram ventiladas nas ADI's relacionadas na peti o inicial. 5. Ademais, ainda que dispensável para a soluço do presente caso, as decisões deste Tribunal nas ADI's 761/RS, 138/RJ, 171/MG e 465/PB (uma a o declaratória para cada legisla o estadual, portanto) tão-somente confirmaram a constitucionalidade de legisla es estaduais, naquilo que reproduziam o art. 241 da Constitui o Federal, hoje emendado. Portanto, seus efeitos vinculantes restringem-se ao objeto de cada a o (as normas impugnadas). Quero dizer, com isso, que a 'transcendência dos motivos determinantes' não autoriza o manejo de reclama o constitucional, mais ainda quando tal teoria não tem pacífico acolhimento neste Supremo Tribunal. 6. Pelo exposto, nego seguimento   reclama o, o que faço com fundamento no § 1º do art. 21 do RI/STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RCL 7336, Relator Ministro Ayres Britto, Dje 02.02.2009, *on line*).

A leitura das decisões sobreditas evidencia uma clara confusão terminológica. A mudança constitucional decorrente de uma emenda constitucional não pode, tecnicamente, ser caracterizada como uma muta o constitucional. Esta, conforme já exposto no capítulo precedente, decorre de um processo informal, prescindindo do respeito às regras de altera o consubstanciadas expressamente na Constitui o. Ademais, enquanto a reforma constitucional tem por fundamento o poder constituinte derivado, a muta o constitucional encontra seu fundamento no poder constituinte difuso.

4.1.2 Muta o constitucional como sin nimo de mudança de entendimento do tribunal

Não se pode confundir muta o constitucional como uma simples mudança de posicionamento do tribunal. Isso porque a nova interpreta o dada pelo tribunal pode ter por base o fundamento de que a interpreta o anterior era equivocada. Nesse sentido, são precisas as li es de Kubliskas (2009, p. 119):

A mudança de interpreta o nem sempre atua como um mecanismo de muta o

constitucional. Há hipóteses em que o intérprete muda o seu entendimento porque descobre que a interpretação anterior era equivocada ou imprecisa à luz do texto constitucional. Nestes casos não há necessariamente uma mutação constitucional mas, muitas vezes, uma simples ‘correção’ no entendimento do intérprete/aplicador. Por outro lado, surge uma mutação constitucional sempre que o intérprete/aplicador imprime uma nova interpretação a determinado dispositivo constitucional em virtude da modificação que cerca a aplicação da Constituição. No caso, não é que a interpretação antiga estava incorreta, mas as circunstâncias fáticas ensejaram uma releitura, uma modificação informal da Constituição.

É dizer, uma mudança de entendimento (*overruling*) nem sempre implica uma mutação constitucional. Por óbvio que não são fenômenos mutuamente excludentes. Porém, para que se possa “qualificar” um *overruling* como mutação constitucional é preciso atestar se a mudança de entendimento se operou em virtude de uma mudança na realidade social (econômica, política, entre outras). Só diante desses casos estar-se-á diante de uma mutação constitucional.

Apesar da diferenciação sobredita, que resulta da própria essência do fenômeno da mutação constitucional, o STF, em diversos julgados, refere-se à mutação constitucional como uma simples mudança de interpretação ou uma evolução jurisprudencial. Veja-se, nesse sentido, ementa do acórdão proferido no julgamento da QO em HC 86009-5²⁴:

QUESTÃO DE ORDEM. HABEAS CORPUS CONTRA ATO DE TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. REMESSA DOS AUTOS. JULGAMENTO JÁ INICIADO. INSUBSISTÊNCIA DOS VOTOS PROFERIDOS. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, modificando sua jurisprudência, assentou a competência dos Tribunais de Justiça estaduais para julgar habeas corpus contra ato de Turmas Recursais dos Juizados Especiais, impõe-se a imediata remessa dos autos à respectiva Corte local para reinício do julgamento da causa, ficando sem efeito os votos já proferidos. **Mesmo tratando-se de alteração de competência por efeito de mutação constitucional (nova interpretação à Constituição Federal), e não propriamente de alteração no texto da Lei Fundamental**, o fato é que se tem, na espécie, hipótese de competência absoluta (em razão do grau de jurisdição), que não se prorroga. Questão de ordem que se resolve pela remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, para reinício do julgamento do feito (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QO no HC 86.009, Relator Ministro Ayres Britto, Dje 27.04.2007, *on line*).

4.1.3 Um sentido aproximado ao da doutrina contemporânea

Apesar das imprecisões sobreditas, percebe-se que os ministros do STF, na maior parte dos casos, ao referir-se à mutação constitucional, lhe confere sentido coerente com a compreensão atual do fenômeno. Entre os diversos julgados, pode-se usar como exemplo as decisões monocráticas proferidas nos HC 90.450-5/MG; HC 94.695-0/RS; HC 91.361/SP.

²⁴ Ver, no mesmo sentido, HC 92.297/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Em tais feitos, o objeto era a prisão civil do depositário infiel. Como sabido, no julgamento do RE 466.343/SP, o Ministro Gilmar Mendes, em voto paradigmático, deixou assentado que:

[...] a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico [...] a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE [...] Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 466.343, Relator Ministro Cezar Peluso, Dje 05.06.2009, *on line*).

Nesse sentido, os Ministros do STF concluíram que a tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos não poderia mais ser sustentada no Brasil. Buscando uma alternativa frente às demais correntes, o tribunal socorreu-se da experiência do direito comparado, adotando a tese da suprallegalidade, que encontra-se prevista, por exemplo, nas Constituições da Alemanha (Art. 25), da França (Art. 55) e da Grécia (Art. 28), e afastando, por ora, a possibilidade da prisão do depositário infiel.

Bom, no julgamento dos habeas corpus sobreditos, o ministro Celso de Mello aborda o tema da mutação constitucional em *obter dictum*. O assunto aparece em sua linha de argumentação para apontar a necessidade de superação do entendimento de que os tratados internacionais que tratam de direitos humanos não seriam de natureza constitucional, nas sim suoralegal, não importando se anteriores ou não à EC 45/2004. Eis trecho de seu voto no HC 90.450-5/MG:

Cabe registrar, aqui, uma observação que se faz necessária. Refiro-me ao fato, de todos conhecido, de que o alcance das exceções constitucionais à cláusula geral que veda, em nosso sistema jurídico, a prisão civil por dívida pode sofrer mutações, quer resultantes da atividade desenvolvida pelo próprio legislador comum, quer emanadas de formulações adotadas em sede de convenções ou tratados internacionais, quer, ainda, ditadas por juízes e Tribunais, no processo de interpretação da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado. Isso significa, portanto, presente tal contexto, que a interpretação judicial desempenha um papel de fundamental importância, não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea. Em uma palavra, Senhores Ministros: a interpretação judicial há de ser vista como instrumento juridicamente idôneo de mutação informal da 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

caracterizem, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea (grifos nossos) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 90450-5, Relator Ministro Celso de Mello, Dje 06.02.2009, *on line*).

Ao cotejar tal posicionamento com a definição delimitada no capítulo segundo, percebe-se que o conceito apontado no precedente sobredito não aponta os limites²⁵ do processo de mutação constitucional, elemento essencial ao fenômeno.

Portanto, conclui-se que poucos foram os casos em que o STF se referiu ao tema da mutação constitucional. Ademais, quando assim o fez, não procedeu de forma uniforme. Passa-se, agora, à análise da Reclamação 4335-4/AC,

4.2 Enfrentando o tema de forma direta: o julgamento da Reclamação 4335-5/AC

O presente tópico tem por objeto a Reclamação 4335-5/AC, julgado em que o STF enfrentou o tema da mutação constitucional, especificamente no que se refere à interpretação do Art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Para fins didáticos, operou-se uma cisão na análise do precedente. Em um primeiro tópico, será feito um estudo descritivo, o qual se limita em apontar os argumentos dos julgadores. No tópico que se seguir será realizada uma crítica acerca dos argumentos expostos no julgamento.

4.2.1 Um resumo do caso e dos posicionamentos adotados pelos ministros

A reclamação sobredita foi ajuizada em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de diversos condenados por crimes hediondos. Os reclamantes alegavam que a decisão do magistrado houvera desrespeitado a decisão do Supremo Tribunal Federal nos HC 82.959, quando a corte considerou inconstitucional o Art. 2º, §1º, da Lei 8.072/1990 (“Lei dos Crimes Hediondos”), que vedava a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos.

[...]conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado ‘incidenter tantum’ a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), por via do Habeas Corpus n. 82.959, insto após dezesseis anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz feitos ‘inter partes’ (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RCL 4335-5, Relator Ministro Gilmar Mendes, Dje 22.10.2014, *on line*).

Instado a prestar informações pelo STF, o magistrado singular apontou que:

²⁵ Remetemos o leitor ao item 3.5. oportunidade em que os limites às mutações constitucionais foi traçado.

[...]Para que venha a ter eficácia para todos é necessária a comunicação da Corte Suprema ao Senado Federal, que, a seu critério, pode suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da CF) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RCL 4335-5, Relator Ministro Gilmar Mendes, Dje 22.10.2014, *on line*).

Quanto ao teor do precedente alegado na reclamação, não existem dúvidas de que o STF entendeu que a vedação a progressão de regime ofendia a garantia de individualização da pena:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, §1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 82.959, Relator Ministro Marco Aurélio, Dje 01.09.2006, *on line*).

Segundo o voto do relator, o julgamento da Reclamação teria de enfrentar dois temas: a reclamação é cabível em face de decisão proferida em controle difuso?; se cabível, como deveria ser interpretado o Art. 52, X, da Constituição Federal? Tendo em vista os limites da presente dissertação, o que interessa é a abordagem do segundo ponto.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes defende que o Art. 52, X, da CF, sofreu uma mutação constitucional. Tal mudança teria advindo da mudança no contexto normativo do controle de constitucionalidade brasileiro:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes? (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RCL 4335-5, Relator Ministro Gilmar Mendes, Dje 22.10.2014, *on line*)

O argumento do ministro é de que com a Constituição de 1988, houve uma mudança substancial no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. A ampliação do rol de legitimados para propor as ações de controle abstrato, o surgimento da ADC, o advento da Lei 9882/99, que conferiu conformação à ADPF, a multiplicação de decisões dotadas de eficácia

geral, entre outros fatores, acabaram por modificar a concepção de que uma decisão que aponta a inconstitucionalidade de uma lei tenha eficácia geral apenas acidentalmente.

É dizer, atualmente, segundo seu voto, predomina o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, tendo havido uma mudança do contexto das constituições anteriores (a partir de 1934), quando a ação direta era apenas uma idiosincrasia no contexto do dominante controle difuso. Hoje, portanto, a decisão com eficácia geral seria a regra do sistema brasileiro.

Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução de lei pelo Senado Federal.

A relevante mudança no contexto normativo, portanto, teria ensejado uma autêntica mutação constitucional. O novo sentido atribuído ao texto normativo do Art. 52, X, deveria apontar que a decisão do Senado Federal tem por escopo tornar pública a decisão do STF. É dizer, tratar-se-ia de uma simples declaração, não havendo qualquer conteúdo decisório.

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*[...](SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RCL 4335-5, Relator Ministro Gilmar Mendes, Dje 22.10.2014, *on line*).

Seguindo o posicionamento do relator, o Ministro Eros Grau aprofundou a discussão acerca da mutação constitucional, mormente no que tange ao seu pressuposto hermenêutico (distinção entre texto e norma²⁶). Grau ressalta que a interpretação é um processo por meio do qual o intérprete constrói, no caso concreto, a norma a ser aplicada. Essa construção decorre da atribuição de sentido ao texto normativo, levando em conta os seus limites semânticos.

Ao buscar uma definição do que seria uma mutação constitucional, Grau aponta que tratar-se-ia de um fenômeno através do qual o intérprete caminha de um texto a outro:

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa

²⁶ Para maiores esclarecimento, remetemos o leitor ao capítulo 2, especificamente o item 2.3.

daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. **Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro** (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RCL 4335-5, Relator Ministro Gilmar Mendes, Dje 22.10.2014, *on line*, grifos nossos)

Ao analisar especificamente o caso concreto, Grau chega a conclusão de que o voto de Gilmar Mendes está propondo que o Art. 52, X, da Constituição, passe a ater outro texto normativo, nos seguintes termos:

O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] a outro texto [compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RCL 4335-5, Relator Ministro Gilmar Mendes, Dje 22.10.2014, *on line*).

Para o ministro Eros Grau, essa nova leitura não exacerba os limites do texto, sendo constitucional a interpretação dada pelo relator do feito. Nesse sentido, portanto, dois ministros defenderam a ocorrência da mutação constitucional.

Especificamente no que se refere à mutação constitucional²⁷, os demais ministros divergiram quanto aos argumentos pela sua inoportunidade no caso concreto. Ao enfrentar o argumento de que o Art. 52, X, teria sofrido uma mutação constitucional, Joaquim Barbosa aponta que o primeiro obstáculo para adesão à referida conclusão é a ofuscante literalidade do texto normativo, visto que não abre espaço para interpretação distinta da propugnada pela doutrina tradicional.

Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Marco Aurélio também pontuam, em suma, que as mudanças operadas na realidade institucional brasileira, com a aproximação entre o controle concentrado e o difuso, não poderiam ser refutadas. Todavia, para que tais mudanças operassem uma mutação constitucional do dispositivo em questão,

²⁷ Deve-se ressaltar, todavia, que o julgamento da reclamação restou profundamente modificado após o advento da Súmula Vinculante 26, que aborda o tema levantado na reclamação: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”. É dizer, com o advento do enunciado, a discussão acerca da mutação constitucional passou a ser despicenda, tendo restado, todavia, uma ausência de manifestação clara do STF sobre o tema da mutação. Não obstante tal circunstância, os ministros que ainda não tinham votado quando da edição da súmula manifestaram-se a respeito do tema em *obiter dictum*.

deveria se cogitar de um texto normativo de linguagem aberta. Ocorre que o texto do dispositivo em questão é peremptório, não abrindo espaço para interpretação.

A respeito de tal corrente, vale colher o voto do Ministro Lewandowski:

Observo, ademais, que não se está, no caso, a falar de uma norma de natureza principiológica, à qual falece o atributo da auto aplicabilidade. Ao revés, a estrutura semântica do inc. X do art. 52 sugere tratar-se de um dispositivo constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que não comporta grandes manobras exegéticas por parte de seus intérpretes. Com efeito, se o dispositivo em questão assinala, com todas as letras, que compete ao Senado Federal a suspensão de norma declarada inconstitucional por esta Corte, assim o é, literalmente. Ainda que se possa, no mérito, discordar do que nele se contém, o preceito em tela constitui o Direito posto, e que não admite, dada a taxatividade com que está vazado, maiores questionamentos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RCL 4335-5, Relator Ministro Gilmar Mendes, Dje 22.10.2014, *on line*).

No mesmo sentido é a contribuição do Ministro Roberto Barroso:

Porém, encontro, como limite a esse processo de mutação constitucional, a textualidade dos dispositivos constitucionais. De forma que, embora goste da ideia, acho que ela não é compatível com o Texto Constitucional, na redação do art. 52, X. Devo dizer que é, mais ou menos, a mesma situação, Ministro Lewandowski, em que me encontro no tocante aos efeitos jurídicos da condenação judicial transitada em julgado. Eu também não acho boa a solução constitucional de submeter uma decisão do Supremo Tribunal Federal a uma deliberação política do Congresso Nacional. Não acho uma solução feliz. Mas é a que, a meu ver, consta da Constituição [...] Portanto, o Supremo acha que esse modelo deve mudar. Porém, como ele está previsto textualmente na Constituição, e nós não somos poder constituinte originário, nem tampouco derivado, eu acho que se pode doutrinariamente concitar o Congresso Nacional a agir. Porém, penso não ser possível interpretar um Texto Constitucional, como nenhum texto, contra a sua literalidade, contra as possibilidades semânticas que ele oferece, porque, se assim fosse, nós nos tornaríamos donos da razão e donos da verdade em todo e qualquer caso, e o constituinte seria irrelevante. De modo que eu gosto da tese, mas vejo este obstáculo: a mutação do artigo 52, X. Eu acho até que a realidade tem impulsionado no sentido da mutação, mas nós não podemos prescindir da mudança do Texto. E, por essa razão, nas minhas anotações iniciais, eu estava acompanhando a posição iniciada pelo Ministro Sepúlveda Pertence e acompanhada por Vossa Excelência Ministro Lewandowski e, penso, por outros Ministros que participaram da votação. Assim, o meu ponto de vista, para que fique claro, eu entendo, embora lamente, que não é possível interpretar-se a mutação do artigo 52, X, por obstáculo insuperável decorrente da textualidade do dispositivo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RCL 4335-5, Relator Ministro Gilmar Mendes, Dje 22.10.2014, *on line*).

O que os ministros, pontuam é que eventual interpretação que pugne pela atribuição de uma simples competência declaratória do Senado Federal, limitando tal órgão ao papel de publicador da decisão definitiva do STF, exacerba os limites semânticos do texto, reescrevendo a Constituição. Tal circunstância, portanto, não poderia caracterizar a mutação constitucional, visto que ela encontra-se limitada, primeiramente, pelo próprio texto normativo.

Para além da do texto normativo enquanto limite da mutação constitucional, outro argumento também merece destaque. Trata-se de preocupação expendida pelo Ministro Sepúlveda Pertence no primeiro voto que abriu a divergência.

Pertence aponta que todos os textos constitucionais subsequentes a 1934, com exceção da Constituição Polaca, mantiveram o texto normativo constante do Art. 52, X, da CF. Clara, portanto, a opção do constituinte em respeitar a ortodoxia da separação de poderes e manter incólume a competência do Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso.

Já tive oportunidade de assinalar, várias vezes nesta Casa e em aventuras palestrantes, ser evidente que essa convivência, desde 1965, dos dois sistemas de controle - não para criar um sistema misto, mas, na verdade, para conviverem paralelamente -, levaria, como tem levado, a uma prevalência evidente do controle concentrado. **Mas também é certo que as decisões das sucessivas Constituições têm sido de manter incólume o sistema primitivo de declaração incidente com a inovação, tipicamente brasileira, de 1934, de entregar a um órgão do Poder Legislativo a decisão de dar-lhe ou não efeitos gerais** (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RCL 4335-5, Relator Ministro Gilmar Mendes, Dje 22.10.2014, *on line*, grifos nossos)

Segundo o Ministro, não se pode desprezar as sucessivas decisões constituintes de entregar a um órgão do Poder Legislativo a decisão de conceder eficácia geral a decisão de inconstitucionalidade proferida por um órgão de outro poder. Nessa linha de argumentação constitucional, em que se cogita da separação de poderes, é interessante apontar a preocupação política do Ministro Pertence com os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau:

Sem saber nadar, é claro que não me aventurarei nas águas procelosas das duas magníficas dissertações: primeira, a do eminente Relator, agora reiterada; e, hoje, do eminente Ministro Eros Grau. **Mas não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista** (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RCL 4335-5, Relator Ministro Gilmar Mendes, Dje 22.10.2014, *on line*, grifos nossos)

Preocupação da mesma ordem foi ressaltada pelo ministro Lewandowski, que apontou que a interpretação proposta pelo relator acabaria por aviltar a separação de poderes, visto que levaria ao esvaziamento de uma tradicional competência do Poder Legislativo, reduzindo seu papel à órgão divulgador das decisões do STF. Nesse sentido, a suposta mutação constitucional também encontraria limite na cláusula pétrea da separação de poderes:

Tal interpretação, contudo, a meu ver, levaria a um significativo aviltamento da

tradicional competência daquela Casa Legislativa no tocante ao controle de constitucionalidade, reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo. Com efeito, a prevalecer tal entendimento, a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa. A exegese proposta, segundo entendo, vulneraria o próprio sistema de separação de poderes[...] Suprimir competências de um Poder de Estado, por via de exegese constitucional, a meu sentir, colocaria em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos, como ressalta Jellinek. 11 Não se ignora que a Constituição de 1988 redesenhou a relação entre os poderes, fortalecendo o papel do Supremo Tribunal Federal, ao dotar, por exemplo, as suas decisões de efeito vinculante e eficácia erga omnes nas ações diretas de constitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º). **O fortalecimento do STF, no entanto, não se deu em detrimento das competências dos demais poderes, em especial daquela conferida ao Senado Federal no art. 52, inc. X, da Carta em vigor. Não há, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de mutação constitucional na espécie, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece quanto ao tema, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a separação dos poderes à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RCL 4335-5, Relator Ministro Gilmar Mendes, Dje 22.10.2014, *on line*, grifos nossos).**

Percebe-se, portanto, que parte dos ministros não reconhecem a mutação constitucional pelo fato da linguagem do texto normativo ser fechada. Uma segunda corrente, sem negar o limite sobredito, aponta outro, a cláusula da separação de poderes, que para deve funcionar como limite tanto para as reformas formais (emendas) quanto para as informais (mutações constitucionais) da Constituição.

Por fim, deve ser ressaltado um ponto levantado pelo ministro Joaquim Barbosa, segundo o qual eventual mutação constitucional, admitida hipoteticamente, deveria ser comprovada por dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior para a constatação dessa mutação, e a conseqüente e definitiva “*désuetude*” do dispositivo²⁸. Questão semelhante foi levantada pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

É que, primeiro, constato que a Câmara Alta, não tem descuidado do cumprimento dessa relevante competência que os constituintes brasileiros lhe tem atribuído, de

²⁸ O entendimento de Joaquim Barbosa merece algumas ressalvas, visto que elenca o distanciamento no tempo e o desuso de um dispositivo como elementos essenciais das mutações constitucionais. Como já exposto no capítulo segundo dessa dissertação, o decurso de um intervalo mais ou menos longo de tempo não pode ser erigido como elemento definatório das mutações constitucionais. Não obstante possam produzir-se ao cabo de muitos anos, as mutações também podem ocorrer em período curto de tempo (HESSE, 2009, p. 152). Quanto ao argumento de que deveria restar comprovado o desuso do dispositivo por parte do Senado Federal, deve-se pontuar que a mutação constitucional por desuso está classificada como uma modalidade de costume constitucional. É dizer, uma prática constitucional de não aplicar determinado dispositivo. Logo, enquanto modalidade, mostra-se também como elemento accidental, sendo possível falar-se em mutação constitucional ainda que determinado dispositivo não esteja em desuso (mutação pela via interpretativa, por exemplo).

forma reiterada, desde o advento da Carta de 1934. Nesse sentido, assinalo que, entre 7 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal pautou, para deliberação dos Senadores, nada menos que 53 ofícios encaminhados por esta Corte, solicitando a promulgação de projeto de resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RCL 4335-5, Relator Ministro Gilmar Mendes, Dje 22.10.2014, *on line*)

Restando esclarecido o objeto da reclamação bem como o posicionamento dos ministros, passa-se a análise da suposta mutação constitucional proposta.

4.2.2 A mutação inconstitucional do Art. 52, X, da Constituição Federal

Ora, como visto no capítulo anterior, não pode uma “mutação constitucional” aviltar a literalidade da disposição, pois é a partir dela que se constrói o programa normativo. Nesse sentido, qualquer interpretação que encontra-se em clara contradição com o texto da norma não pode ser tida como uma mutação constitucional. Como assinala Hesse (2009, p. 168, grifos nossos):

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo, se o ‘programa normativo’ resulta determinante a esse respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto. A fixação desse marco é uma questão de interpretação, valendo também para ela o que se aplica a toda interpretação constitucional: **onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com texto da norma; assim, encerram-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso, também as possibilidades de uma mutação constitucional** (HESSE, 2009, p. 168, grifos nossos)

Para o autor, a interpretação não faz falta alguma quando a Constituição oferece uma resposta conclusiva, clara, para o problema constitucional. Não se diz que nesses casos a Constituição não se realiza, não se atualiza. De fato, há sim uma concretização constitucional, a Constituição é aplicada e sentida, mas ela prescinde de interpretação. Hesse, ao adotar tal postura, não está advogando pelo ressurgimento do vetusto e exegetico *in claris cessat interpretatio* (*in claris non fit interpretatio*), como pode se extrair de suas conclusões: “Igualmente não se faz necessário interpretar quando as disposições constitucionais são terminantes, por mais que, aqui também, estejamos diante de um ato – estruturalmente simples – de ‘compreensão’ e, com isso, de ‘interpretação’ em sentido amplo” (HESSE, 2009, p. 102).

No caso so Art. 52, X, não cogita-se de textura aberta, como bem apontaram os

ministros Barbosa, Barroso, Lewandowski, e Weber. Essa é a lição de Kubliskas, ao comentar a mutação (in)constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, arguida nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau quando do julgamento da Reclamação nº 4335-5/AC:

De modo a não contrariar o texto, as mutações constitucionais somente podem incidir sobre dispositivos redigidos com uma linguagem minimamente aberta, ou seja, sobre dispositivos que possibilitem ao intérprete/aplicador mais de uma opção legítima de concretização. **Os dispositivos redigidos de modo hermético, isto é, os dispositivos cuja redação não confere ao intérprete/aplicador um espaço mínimo de conformação, somente podem ser alterados por meio da incidência dos mecanismos formais de modificação constitucional** (KUBLISCKAS, 2009, p. 260, grifos nossos)

É dizer, não pode o Poder Judiciário, sob o manto da necessidade de uma interpretação corretiva, com vistas a adequar o texto constitucional à realidade, reescrever as disposições constitucionais. Como já bem dito por Ferraz, (1986, p. 11), as mutações constitucionais, por serem manifestação de um poder constituinte difuso, estão forçosamente limitadas, não podendo reformar a letra e o conteúdo expresso da Constituição.

Nesse contexto, cabe pontuar a doutrina de Streck, Lima e Oliveira (2007, *on line*)

De uma perspectiva interna ao direito, e que visa a reforçar a normatividade da constituição, o papel da jurisdição é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente. Um tribunal não pode paradoxalmente subverter a constituição sob o argumento de a estar garantindo ou guardando.

É importante pontuar que a existência de limites interpretativos é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da própria Constituição. É claro que se admite a possibilidade de mutação constitucional, como bem pontuado no decorrer deste trabalho. Mas a mutação constitucional mediante interpretação “[...] exclui o enfraquecimento constitucional (*Verfassungsdurchbrechung*) – desvio do texto num caso concreto – e a reforma da Constituição por interpretação. Onde o intérprete se impõe à Constituição deixa de interpretá-la para muda-la ou enfraquece-la” (HESSE, 2009, p. 117).

Ainda nesse sentido, vale lembrar que o Ministro Eros Grau buscou, através de uma sofisticada argumentação hermenêutica, justificar a ocorrência da mutação constitucional em questão. Entretanto, o seu voto padece de uma atecnia.

Segundo Grau, o fenômeno da mutação constitucional seria caracterizado pela passagem

de um texto normativo a outro. É dizer, o resultado da interpretação propõe um novo texto normativo. Ora, tal conclusão desconsidera, por completo, os avanços que a teoria das mutações constitucionais obteve. Como já apontado, o texto é o primeiro, senão o mais importante limite à mutação constitucional. A mudança, portanto, não se dá no texto normativo, que permanece inalterado, mas sim na norma construída a partir do texto (atribuição de novo sentido)

Resta claro, portanto, que eventual vitória da tese da ocorrência da mutação constitucional ensejaria em uma autêntica mutação **inconstitucional**, visto desconsiderar os limites do texto normativo.

Nesse sentido, após a análise do acórdão sobredito, poderia surgir a pergunta: não seria, então, a tese da mutação constitucional, apenas uma solução para qualquer hiato que possa se encontrar entre o texto constitucional e a realidade social, permitindo que o intérprete reescreva a Constituição em qualquer caso, sem deter legitimidade para tanto e ainda colocando em risco o equilíbrio entre os poderes da república?

Em artigo específico sobre a Rcl 4335-5/AC, Streck, Lima e Oliveira (2007, *on line*) apontam que a tese da mutação constitucional “advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes”.

Para os juristas, a ideia de mutação constitucional não merece guarida no ordenamento constitucional brasileiro, visto que está marcada, na origem, por uma concepção formalista de Constituição, que não conseguia lidar normativamente com a realidade sócio-política e, exatamente por isso, não leva em conta a exigência de integridade que o direito em um Estado Democrático de Direito demanda:

Na verdade, o conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha Staatsrechtslehre do Reich alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática. E não nos parece que esse fenômeno possui similaridade no Brasil. E mesmo em Hsü-Dau-Lin (referido pelo Ministro Eros Grau) e sua classificação “quadripartite” do fenômeno da mutação constitucional não leva em conta aquilo que é central para o pós-segunda guerra e em especial para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade: o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade que este direito democrático expõe, muito embora, registre-se, Lin tenha sido discípulo de Rudolf Smend, um dos primeiros a falar em princípios e espécie de fundador da doutrina constitucional alemã pós-segunda guerra (STRECK;LIMA;OLIVEIRA, 2007, *on line*).

A respeito do tema abordado pelos autores, remetemos o leitor ao capítulo 3 da presente dissertação. De fato, na origem, a mutação constitucional surge como um sintoma da insuficiência teórica da Escola Alemã de Direito Público, que pugnava, como já destacado no mencionado capítulo, pela separação entre político e jurídico. Entretanto, em Dau-Lin, já observamos uma tentativa exitosa de trazer para o direito o problema da mutação constitucional, esforço, no sentir dessa dissertação, finalizado por Hesse, ao propor os limites às mutações constitucionais.

Hoje, portanto, a mutação constitucional, como já exposto no capítulo 2, é um problema endonormativo, visto que vinculado ao programa normativo. Nesse sentido, com a devida vênia, não se pode defender a inadequação da tese da mutação constitucional no âmbito do constitucionalismo do pós-guerra.

O que não se pode negar, entretanto, é que pelo fato de se situar na fronteira da normalidade e da normatividade, bem como por ser um processo informal de mudança, é de extrema dificuldade a sua identificação e controle.

Ademais, apesar de não se concordar com a conclusão de Streck, Lima e Oliveira pela inadequação da teoria da mutação constitucional, concorda-se que a proposta do Ministro Gilmar Mendes, sob o manto de uma suposta mutação constitucional, acaba por deslocar para o Judiciário uma competência política que era do Poder Legislativo²⁹.

Trata-se da preocupação exposta pelos ministros Pertence e Lewandowski de que o reconhecimento da mutação constitucional do Art. 52, inciso X, ensejaria no surgimento do que Hesse chamou de realidade *contra constitutionem*, visto que, através de uma interpretação judicial, estar-se-ia retirando do Poder Legislativo uma competência política que lhe fora outorgada de forma expressa pelo constituinte originário.

Nesse sentido, vale transcrever, novamente, com a devida vênia, as palavras de Pertence:

²⁹ Competência essa que, diga-se de passagem, vem sendo exercida normalmente pelo Senado Federal, conforme aponta Santos (2015, p. 104-107). Segundo o autor, é o STF que não vem cumprindo a determinação constante em seu regimento interno de envio ao Senado Federal dos julgamentos em que ocorre declaração de inconstitucionalidade. Em pesquisa empírica sobre o tema, Santos levantou dados alarmantes. Dos 97.130 recursos extraordinários (distribuídos entre 1990 e 2008) em que o STF deveria ter feito a comunicação, apenas 136 (0,1%) respeitaram a regra regimental O Senado Federal, de outra parte, expediu 110 resoluções relativas ao Art. 52, X, o que corresponde à aproximadamente 80% dos casos.

Mas não me animo à mutação constitucional proposta. **E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado.** As tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RCL 4335-5, Relator Ministro Gilmar Mendes, Dje 22.10.2014, *on line*, grifos nossos).

Conclusão semelhante foi a adotada pelo STF quando do julgamento da Ação Penal 470. Na oportunidade, também sob o manto de mudanças sociais e institucionais, o tribunal afastou do Poder Legislativo a decisão pela perda do mandato parlamentar condenado criminalmente. As razões desse posicionamento, bem como a verificação se, no caso, operou-se uma mutação constitucional, será empreendida no último capítulo da presente dissertação.

O que importa, por ora, é apontar que parece existir uma íntima relação entre as mutações (in)constitucionais e a expansão do poder judicial, fenômeno que se convencionou chamar de judicialização da política. No tópico a seguir, portanto, será abordada tal relação, apontando-se exemplos na jurisdição constitucional brasileira.

4.3 A judicialização da política como fenômeno catalisador de mutações (in)constitucionais empreendidas pelo STF

A doutrina não vacila ao firmar que a judicialização da política, como expressão, “passou a compor o repertório da ciência social e do direito a partir do projeto de C. N. Tate e T. Vallinder (1995), em que foram formuladas de linhas de análise comuns para a pesquisa empírica comparada do Poder Judiciário em diferentes países” (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114). No mesmo sentido são as lições de Felipe Braga Albuquerque (2011, p. 89):

A expressão judicialização da política, segundo Armandino Teixeira Nunes Junior (2008, p.157-179), entrou para a literatura contemporânea a partir da obra ‘*The global expansion of judicial Power*’, de Neal Tate e Torbjörn Vallinder, publicada em 1995, que teve repercussão mundial e que conceituou a judicialização como a expansão/propagação da jurisdição dos tribunais e juízes à margem dos políticos e administradores.

Na doutrina pátria, destacam-se os estudos empíricos desenvolvidos por Marcus Faro de Castro (1997) e Ariosto Teixeira (1997), que, através da análise de ações de inconstitucionalidade no STF, concluíram pela inadequação das propostas conceituais de Tate e Vallinder para o caso brasileiro, tendo em vista o tímido ativismo dos ministros da corte excelsa. Também merece destaque a pesquisa de Luiz Werneck Vianna (1999), que buscou compreender as causas do fenômeno no mundo através da visita as doutrinas de J. Habermas, A. Garapon, R. Dworkin e M. Capelletti, entre outros. Vianna também estudou o caso brasileiro, em especial as transformações constitucionais advindas com a carta de 1988, que

permitiram um maior protagonismo judicial (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114).

É importante ressaltar que os estudos no âmbito das Ciências Sociais e do Direito nos últimos anos têm se dedicado fortemente a judicialização da política. É dizer, trata-se de tema bastante debatido pela academia. O presente trabalho, portanto, sem ignorar essa realidade, adotará, como referencial teórico, a doutrina de C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, condensada na obra *The global expansion of judicial power*.

As razões justificadoras dessa postura residem na complexidade do fenômeno da judicialização, circunstância que justificaria, por si só, a produção de uma dissertação específica.

4.3.1 Noção e requisitos da Judicialização da Política

Para Vallinder (1995, p. 13), quando se fala em uma expansão global do poder judicial, quer se referir à penetração de decisões judiciais e de procedimentos tipicamente judiciais em áreas políticas que, até então, lhes eram estranhas. Sumariamente, isso é a judicialização da política.

Ao estabelecer, de forma mais detalhada, uma noção do que vem a ser judicialização da política, Vallinder (1995, p. 13) aponta que:

Thus the judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts, or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.

Não caminha em outro sentido a doutrina de C. Neal Tate (1995, p. 28), que, ao buscar compreender o fenômeno da judicialização da política, segue os passos de Vallinder:

For clarity and consistency, I follow Vallinder's conceptual survey of the judicialization of politics (chap. 2 of this volume), which suggests two core meanings for the term: 1. The process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. The process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures.

Portanto, para os autores, a judicialização da política possui dois sentidos nucleares. O

primeiro, denominado por Vallinder de *judicialization from without*³⁰, e do qual é exemplo o *judicial review*, diz respeito ao avanço das decisões dos juízes e tribunais sobre campos que, anteriormente, eram habitados pelo legislativo ou executivo. O segundo, o qual Vallinder chama de *judicialization from within*³¹ consiste na penetração de procedimentos judiciais e do corpo judiciário no âmbito dos poderes constitucionais.

No que tange aos requisitos da judicialização da política,, a **democracia** é o primeiro requisito necessário, mas não suficiente, para que se possa falar no fenômeno. Em um estado ditatorial, o ditador dificilmente permitiria que os juízes e tribunais aumentassem, por exemplo, sua participação na efetivação de políticas públicas, fato que impediria a judicialização em seu primeiro aspecto. Ademais, o despótico também não toleraria eventual procedimentalização judicial do aparato administrativo, pois isso impediria o rápido alcance dos resultados por ele desejados. É dizer, também não seria possível a observação da *judicialization from within*. As lições de Tate são claras (TATE; VALLINDER, 1995, p.28):

Much discussion of the judicialization of politics considers it a threat to such essential features of democracy as majority rule and popular responsibility (see Linz 1978; Valenzuela 1978). Despite this, it seems very unlikely that one will encounter the judicialization of politics outside democratic polities. It is hard to imagine a dictator, regardless of his or her uniform or ideological stripe, (1) inviting or allowing even nominally independent judges to increase their participation in the making of major public policies, or (2) tolerating decision-making processes that place adherence to legalistic procedural rules and rights above the rapid achievement of desired substantive outcomes. The presence of democratic government thus appears to be a necessary, though certainly not a sufficient, condition for the judicialization of politics.

Além da democracia, outro requisito observável consiste na **separação de poderes** fulcrada na teoria de Montesquieu. A presença de poderes independentes e equânimes, faz com que o Poder Judiciário goze de uma boa posição para se impor perante os outros poderes (TATE; VALLINDER, 1995, p.29).

Também se mostra como importante requisito a presença de uma *policy of rights*³², mesmo que não fundamentada em uma carta de direitos fundamentais. Isso porque quando se concebe a existência de minorias e/ou indivíduos possuidores de direitos fundamentais que possam ser opostos, inclusive, em face da maioria, aumenta-se a importância política dos agentes estatais (os juízes e os tribunais) que, institucionalmente, possuem mais facilidade de efetivar tais direitos. Ademais, essa legitimidade política acaba por se espalhar pelos

³⁰ Tradução livre: judicialização externa (ou judicialização de fora).

³¹ Tradução livre: judicialização interna (ou judicialização de dentro).

³² Tradução livre: política de direitos.

procedimentos adotados pelo Poder Judiciário, que se tornam arquétipos disponíveis para o uso em *locus* não judiciais. Essas são as lições de Tate (1995, p. 30):

Regardless of whether there is a formal bill of rights, an acceptance of the principle that individuals or minorities have rights that can be enforced against the will of putative majorities seems very likely to increase the policy significance of those – the judges – whose institutional location usually makes it easier for them to make rules that favor minorities over majorities. When legitimacy is accorded to a politics of rights, it spills over to the procedures associated with the work of the courts, who become key players in this politics. With their new legitimacy, these procedures then become archetypes available for use in the many nonjudicial forums into which the politics of rights penetrates.

Ademais, a judicialização da política não pode ser compreendida se isolada dos interesses sociais e econômicos que estruturam o sistema político. Isso porque na medida em que se aumenta o **acesso ao judiciário pelos grupos de interesse**³³, eles descobrem o potencial utilitário dos juízes e das cortes na defesa de suas bandeiras, quando comparadas com os processos majoritários de decisão (TATE; VALLINDER, 1995, p. 30).

Outro requisito importante para a facilitação da judicialização da política consiste no **acesso ao judiciário pela oposição política**³⁴. Citando o Conselho Constitucional Francês, Tate (1995, p. 30) aponta que o conselho foi instrumento de judicialização da política em virtude de seu uso pela oposição parlamentar para barrar iniciativas governamentais que não puderam ser interrompidas nos processos majoritários.

Em um interessante argumento, Tate, citando a doutrina de Stone, aduz que “[...] as it exercises constitutional review, a constitutional court might be accurately regarded as a third branch of the legislature than as regular court”. Além disso, “Since the French Constitutional Council exercises no judicial functions other than abstract constitutional review, Stone’s argument is especially applicable in its case” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 31).

Ainda nessa esteira, Tate (1995, p. 31) salienta que se a oposição conseguir redefinir uma disputa “legislativa” (majoritária) como uma disputa de direitos, ela consegue mudar o *locus* de discussão, passando de um onde a regra da maioria é aceita para outro, o poder judiciário, onde os direitos da minoria podem ser efetivados em face da maioria discordante.

A **fragilidade dos partidos políticos e das coligações governamentais** também facilitam a judicialização da política. Isso porque sem uma maioria legislativa efetiva, o

³³ No original: *interest group use of the court*.

³⁴ No original: *opposition use of the court*.

governo terá dificuldades de realizar suas políticas e de ter apoio político em eventual demanda judicial imposta pela oposição.

Outro requisito facilitador da judicialização da política, segundo Tate (1995, p. 31-32) consiste na **atitude (postura) dos grupos sociais, sejam da elite ou das classes menos abastadas, em relação aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário**³⁵. Se tais grupos de interesse veem as instituições majoritárias (Executivo e Legislativo) como inertes, corruptas e negligentes com a coisa pública, tenderão a permitir e até procurar com uma postura mais ativa o Judiciário no tratamento de questões políticas, visto que os juízes e tribunais gozam de uma reputação de retidão e conhecimento técnico.

Por fim, o último requisito³⁶, que ocorre “[...] when majoritarian institutions decide that there are certain issues that they do not wish to be burdened with deciding [...]” (TATE; VALLINDER; 1995, p. 32). Para Tate (1995, p. 32) certas decisões carregam fortes riscos políticos, de tal sorte que os membros das instituições majoritárias acabam por delegar tal tarefa para as cortes judiciárias.

Portanto, é improvável que a judicialização da política ocorra sem a presença dos requisitos ora tratados. Todavia, ressalta Tate (1995, p. 33) “I cannot conclude this discussion of the conditions facilitating the judicialization of politics without noting that even in the presence of all of them, significant judicialization is still not given.”

É dizer, abaixo de todos os requisitos, reside a circunstância de que a judicialização “[...] develops only because judges decide that they should (1) participate in policy-making that could be left to the wise or foolish discretion of other institutions, and, at least on occasion, (2) substitute policy solutions they derive for those derived by other institutions” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 33). Portanto, “[...] in choosing not to participate or not to substitute their own policy prescriptions for those of others, judges affirm existing policies, including the policy of ‘no policy’, just as surely as if they had imposed those existing policies of their own volition” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 33).

Para Tate (1995, p. 33), não há como os juízes e tribunais se livrarem de seu *policy-making role*. Nesse sentido, a judicialização da política implica em uma postura mais proativa do que aquela observada num contexto de *judicial nondecision*.

³⁵ Tate nomeia esse requisito de *Perceptions of the Policy-Making Institutions*

³⁶ Tate nomeia esse requisito de *Willful Delegation by Majoritarian Institutions*

É exatamente por tais aspectos que os valores e a postura dos juízes são tão importantes para que ocorra, ou não, um aumento da judicialização. Nesse sentido, conclui-se que: “[...] it is the choices judges make to be more or less active in imposing their own policy solutions that determine just how far judicialization will go under favorable sets of facilitating conditions” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 34).

Resta, portanto, delimitada uma noção do que vem a ser a judicialização da política, bem como quais os seus requisitos. Agora, é imperioso analisar casos concretos nos quais ela pode ser observada.

4.3.2 Exemplos Nacionais de Mutação (in)constitucionais a partir da Judicialização da Política

A judicialização da política pode funcionar como catalisadora de mutações inconstitucionais. No caso brasileiro, é possível elencar alguns exemplos de mutações da Constituição que encontram-se ligadas à expansão do poder judicial de nossa “corte constitucional”.

No entanto, desde já, é importante ressaltar que a judicialização da política opera tanto como catalisadora de mutações **inconstitucionais** quanto de mutações **constitucionais**. Dentro dessa última hipótese, um caso bastante abordado pela doutrina consiste no julgamento dos Mandados de Injunção 670, oriundo do Estado do Espírito Santo, e 712, proveniente do Estado do Pará.

Nos referidos julgados, o STF, em decisão histórica, alterou o sentido dado ao art. 5º, LXXI³⁷, da Constituição Federal, que prevê o mandado de injunção. Até o julgamento em análise, a Corte Excelsa, seguindo a linha argumentativa expendida pelo Ministro Moreira Alves no MI 107-QO, entendia que o mandado de injunção servia apenas como uma exortação ao Poder Legislativo para que expedisse a norma regulamentadora. Em outras palavras, limitava-se à declaração da mora legislativa (KUBLISCKAS, 2009, p. 239-240).

Esse posicionamento foi reafirmado pelo STF em outros mandados de injunção que tinham o mesmo objeto do MI 670 e do MI 712, qual seja, a omissão legislativa no que se refere à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. A ementa do MI 670/ES

³⁷ Eis a letra do dispositivo: [...] 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;

é clara a respeito da jurisprudência do STF:

2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes> MI nº 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI nº 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e MI nº 485/MT, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ 23.8.2002 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MI 670, Relator Ministro Mauricio Corrêa, Dje 31.10.2008, *on line*)

No entanto, em virtude da flagrante mora legislativa, que já contava dezoito anos, o STF, nos autos dos MI's 670 e 712, passou a adotar uma postura concretista, conferindo caráter mandamental ao instituto do mandado de injunção e determinando a aplicação da Lei Nº 7783/89, que dispõe acerca do direito de greve para os trabalhadores da iniciativa privada, aos servidores públicos. Nesse sentido, resta configurada uma clara mutação constitucional, na medida em que, sem alteração do texto constitucional, o instituto do Mandado de Injunção teve seu sentido alterado pelo intérprete (KUBLISCKAS, 2009, p. 240).

Tal mudança interpretativa pode ser qualificada como uma mutação constitucional porque ela decorre de uma mudança no cenário político-institucional, tendo em vista a patente mora legislativa em regulamentar o dispositivo constitucional.

Nesse ponto, cabe a seguinte pergunta: a mutação constitucional sobredita possui alguma ligação com a judicialização da política? A esse respeito, vale transcrever a doutrina de Liberato (2010, p. 45-46), que, ao analisar a postura do STF através das lições de Tate e Vallinder, concluiu que:

É exatamente nesta linha de consideração que se insere a questão atinente à mudança de postura do STF na utilização do instrumento do Mandado de Injunção, nos casos já citados. Com efeito, no caso do MI n. 670-ES, versando sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, constatam-se a presença de todos esses elementos, inclusive a delegação voluntária do poder legislativo por via tácita, ao remanescer inerte por mais de 18 anos na regulamentação da matéria, em visível afronta aos direitos sociais desses servidores, o que parece ter conduzido a Corte Constitucional brasileira à adoção de decisão 'manipulativa-aditiva', de forma similar ao que ocorre na Corte Constitucional Italiana.

O jurista identificou que a mudança de paradigma operada no julgamento do MI 670/ES, encontra-se intimamente ligada ao fenômeno da judicialização da política, mormente pela presença da delegação tácita do Poder Legislativo, que silenciou durante 18 anos na

regulamentação do direito de greve dos servidores públicos.

Entretanto, a judicialização da política também pode ser visualizada nas mutações inconstitucionais. Kubliskas (2009, p. 258) pontua que a fixação de regras relativas ao exercício concreto da democracia, em muitos casos, encontram forte resistência política, visto que podem restringir ou mesmo suprimir prerrogativas dos membros do Legislativo. Como diria Tate (1995, p. 32), certas decisões causam um desgaste político tão grande que as instituições majoritárias preferem delegá-las para as cortes judiciárias.

Nesse sentido, segundo Kubliskas (2009, p. 258), o STF tem promovido uma reforma política informal, (re)definindo importantes regras do processo democrático. Como exemplo dessa realidade, merece destaque os julgamentos dos MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604, que tratam da famigerada fidelidade partidária.

Eis a ementa do MS 26602, que consubstancia, em suma, a mesma tese defendida nos outros mandados de segurança citados:

CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTE. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARÇO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA. 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 26602 DF, Relator Ministro Eros Grau, DJe 17.10.2008, *on line*).

É importante registrar que o STF, no julgamento dos MS 20.916 e 20.927, o STF firmou o entendimento de que aos detentores de cargos eletivos não se podia impor a regra da fidelidade partidária. Eis a ementa dos julgados, respectivamente:

EMENTA: MANDATO REPRESENTATIVO E SUPLÊNCIA: PERDA POR FATO SUPERVENIENTE A DIPLOMAÇÃO: DECLARAÇÃO QUE INCUMBE A PRESIDENCIA DA CÂMARA RESPECTIVA E NÃO A JUSTIÇA ELEITORAL. II. SUPLENCIA DE MANDATO REPRESENTATIVO: SITUAÇÃO JURÍDICA QUE O ABANDONO DO PARTIDO, PELO QUAL HAJA O SUPLENTE CONCORRIDO AO PLEITO, NÃO DESFAZ: EXTENSAO AO SUPLENTE DOS EFEITOS DO DESAPARECIMENTO, A PARTIR DA EC 25/85, DA SANÇÃO DA PERDA DO MANDATO COMINADA AO TITULAR QUE ABANDONAVA O PARTIDO. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 20916 DF, Relator Ministro Carlos Madeira, Data de Julgamento: 10/10/1989, Dje 26-03-1993, *on line*).

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDARIA. SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. - EM QUE PESE O PRINCÍPIO DA REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL E A REPRESENTAÇÃO PARLAMENTAR FEDERAL POR INTERMEDIO DOS PARTIDOS POLÍTICOS, NÃO PERDE A CONDIÇÃO DE SUPLENTE O CANDIDATO DIPLOMADO PELA JUSTIÇA ELEITORAL QUE, POSTERIORMENTE, SE DESVINCULA DO PARTIDO OU ALIANCA PARTIDARIA PELO QUAL SE ELEGEU. - A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FIDELIDADE PARTIDARIA AOS PARLAMENTARES EMPOSSADOS SE ESTENDE, NO SILENCIO DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI, AOS RESPECTIVOS SUPLENTES. - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 20927 DF, Relator Ministro Moreira Alves, Dje 15-04-1994, *on line*)

Segundo parte da doutrina, com destaque para Pedra (2011, p. 30-31), essas decisões merecem ser contextualizadas. Os referidos mandados de segurança foram julgados em 1989, ou seja, no contexto político-social da EC 25/1985, que, durante a redemocratização brasileira, revogou a hipótese de perda do mandato por infidelidade partidária prevista na Constituição de 1967.

Essa revogação estava intimamente ligada ao fato de que, durante a ditadura militar, o instrumento da fidelidade partidária foi constantemente usado pelo governo militar para assegurar a maioria no Congresso Nacional (PEDRA, 2011, p. 31).

Já a decisão proferida nos MS 26.602, 26.603 e 26.604, que afirmou que os mandatos eletivos pertencem aos partidos políticos e instituiu a regra da fidelidade partidária, promovendo uma mutação constitucional, deu-se em uma realidade político-social completamente distinta. Em verdade, a sociedade brasileira estava a demandar uma solução para a conhecida “dança das cadeiras” ou o “troca-troca”. É dizer, observa-se uma clara mudança na realidade, que acabou por ocasionar uma suposta mutação informal da

Constituição (KUBLISCKAS, 2009, p. 258-259).

Todavia, outra pergunta merece uma resposta: a referida mudança informal é constitucional, ou seja, trata-se de uma mutação constitucional ou de uma mutação inconstitucional?

Essa mudança de entendimento do STF no julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, que trataram da fidelidade partidária, parecem indicar uma mutação inconstitucional. Isso porque o texto constitucional não previu a infidelidade partidária como hipótese de perda do mandato parlamentar. O Ministro Eros Grau, relator do MS 26.602, em voto vencido, ressaltou que:

Resulta bem nítido, aliás, o desígnio nutrido pelo impetrante, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal crie, por via oblíqua, hipótese de perda do mandato parlamentar não prevista no texto constitucional. Pretende transformar este Tribunal em legislador, trilhando a estreita via do mandado de segurança (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 26602 DF, Relator Ministro Eros Grau, DJE 17.10.2008, *on line*).

Mesmo que se reconhecesse que, no paradigma atual, a decisão política do constituinte não mais guardasse conformidade com a realidade brasileira, pergunta-se: caberia ao STF esse papel de reformar o texto constitucional quando ele já não mais revela um “valor” social?

De qualquer sorte, as razões para a postura exagerada de nossa corte parece ter ligação com o fenômeno da judicialização da política. Mais uma vez pergunta-se: essa mudança informal da Constituição foi catalisada pela judicialização da política? Parece claro. Coube ao Poder Judiciário a efetivação dessa reforma porque “[...] em momento algum a regra da fidelidade partidária obteve sustentação política para ser instituída formalmente pelo Poder Legislativo” (KUBLISCKAS, 2009, p. 259). Resta claro, portanto, o que Tate (1995, p. 32) chamava de *Willful Delegation by Majoritarian Institutions*.

Nesse ponto, devem-se relembrar as advertências de Tate e Vallinder, que ao emitirem um juízo de valor sobre o fenômeno defenderam a ideia de que o Poder Judiciário deve adotar uma postura de *self restraint* (autocontenção):

The contributors to this book are, by and large, more sophisticated than the anonymous defenders of judicialization just described. Their assessments of the wisdom of further expansion of judicial power are affected not (only) by their assessment of the appropriateness of the policies the courts make or would make. They are much more concerned about the implications of the expansion of judicial power for the viability of democracy and the robustness of majority rule. They are, in general, skeptical about the wisdom of judicialization. They see the expansion of

judicial power as most likely to weaken majoritarian democratic institutions and sustain the rule of privileged and unrepresentative elites, shutting out those who should be represented in a democratic state from effective access to policy-making processes or to effective, responsive administration (TATE; VALLINDER, 1995, p. 527).

Preocupação da mesma ordem foi exposta pelo Ministro Ricardo Lewandowski nos debates do julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão), mais especificamente no debate acerca da perda do mandato dos parlamentares condenados, que é paradigmática no que se refere à influência de questões meramente políticas em um julgamento do STF e será objeto de análise no capítulo final da presente dissertação:

Por todas essas razões, concluo o meu voto assentando que ao Supremo Tribunal Federal, na hipótese vertente, compete tão somente comunicar à Casa Legislativa a que pertence o parlamentar condenado criminalmente que ocorreu o trânsito em julgado da decisão, para que esta proceda conforme os ditames constitucionais. **Qualquer providência além dessa, a meu ver, teria o potencial de desencadear um indesejável conflito institucional, em contraste com a salutar postura de *self restraint*, ou seja, de autocontenção, que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América - paradigma que inspirou a criação do STF -, prudentemente adota em situações assemelhadas, desde a sua criação no século XVIII** (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AP 470, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Dje 22.04.2013, *on line*, grifos nossos)

5 A CONDENAÇÃO CRIMINAL E A PERDA DO MANDATO PARLAMENTAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A ATUAÇÃO DO STF NA AÇÃO PENAL Nº 470

O presente capítulo terá como escopo a análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Penal 470, com vistas a determinar se a decisão do tribunal que determinou a perda imediata do mandato dos parlamentares introduziu uma mutação constitucional no Art. 55, §2º, da Constituição Federal.

5.1 A perda do Mandato Parlamentar por condenação criminal na jurisprudência do STF: A construção de um posicionamento tradicional acerca do art. 55, §2º da CF

De início, antes de tecer qualquer comentário acerca da construção do posicionamento do STF sobre a interpretação do art. 55, §2º da CRFB, é imperioso explicitar o texto do referido dispositivo:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

[...]

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

[...]

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa³⁸.

Não é possível afirmar que o STF tenha um posicionamento consolidado a respeito da interpretação do Art. 55, §2º, da CF. Com efeito, poucos foram os casos em que a Excelsa Corte condenou criminalmente um parlamentar federal. Não obstante tal circunstância, a Corte Excelsa, sempre que se viu diante dos referidos dispositivos (pelo menos até o

³⁸ O §2º foi alterado recentemente pela EC 76/2013, que modificou a regra que determinava o voto secreto nos casos de perda do mandato.

juízo da AP 470), adotou o mesmo entendimento: a perda do mandato parlamentar federal ou estadual em virtude de condenação criminal é de competência do respectivo Poder Legislativo. A doutrina especializada na matéria eleitoral pontuava que:

Por sua vez, a suspensão dos direitos políticos, decorrente do trânsito em julgado da sentença penal procedente, é efeito automático, exclusivo. Transitada em julgado a sentença penal, opera-se ipso iure a suspensão dos direitos políticos. Mas a suspensão dos direitos políticos não tem o efeito de, por si, operar a perda do cargo público ou do mandato eletivo. Para que isso ocorra, necessária uma nova ação, não mais de natureza penal, para que a Justiça Cível promova, com valhacouto na suspensão automática dos direitos políticos, **necessárias as providências para que o Legislativo promova a perda do mandato eletivo** (art. 55 da CF) (COSTA, 2002, p. 86, grifos nossos).

Marcos Ramayana (2010, p. 81, grifos nossos), detalhava bem o posicionamento jurisprudencial do STF acerca do tema:

Os deputados federais e senadores que forem condenados criminalmente com sentença transitada em julgado, no exercício do mandato eletivo, perdem o mandato, mas estão sujeitos a procedimento interno corporis, conforme disciplina o §2º da CRFB. **A perda deverá ser decretada pela Casa a que ele pertencer. Nesse sentido, o RE nº 179.502-6/SP.** Outrossim, a mesma regra aplica-se aos deputados estaduais por disciplinamento nas Constituições Estaduais. Ver, ainda, as decisões: (RE nº 13.053/RN, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 11.09.1961; RE nº 14.119/SP, Relator Ministro Francisco Rezek, julgado 02.10.1962; o Recurso Ordinário nº 174/SP, Relator Ministro Eduardo Alckmin, julgado em 02.09.1983; e o RE nº 15.338/ES, Relator Ministro Edson Vidigal, julgado em 19.08.1994).

Nessa esteira, merece destaque o julgamento do RE 179.502 – 6/SP, de relatoria do Ministro Moreira Alves. O julgado teve por objeto a impugnação do diploma de um candidato que houvera sido condenado criminalmente, com trânsito em julgado, pela prática de crime eleitoral contra a honra. Ele fora condenado à 4 meses de detenção e, em virtude de sua vida pregressa, obtivera o benefício da suspensão condicional da pena. Candidatou-se para vereador nas eleições de 1992 e sagrou-se vencedor. Todavia, na data de sua diplomação, ainda estava vigendo o sursis.

Nesse sentido, seus candidatos impugnaram sua diplomação, alegando que, por força do art. 15, III³⁹, da Constituição Federal, ele ainda estaria com seus direitos políticos suspensos, visto que a condenação criminal ainda estava a surtir efeito, em virtude da vigência da suspensão condicional da pena.

No julgamento do recurso, os Ministros centraram as discussões em torno da auto

³⁹ Eis a letra do dispositivo: Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

aplicabilidade do artigo sobredito. Não é difícil concluir que o caso em análise não trata, diretamente, do art. 55, §2º, visto que essa norma não é aplicada aos vereadores. Entretanto, o Ministro Sepúlveda Pertence, em sua fundamentação, argumentou que a não auto aplicabilidade do art. 15, III, da Constituição, derivaria de uma interpretação sistemática do referido artigo com as disposições constantes no art. 55, IV e VI, e seus §§ 2º e 3º.

Foi nesse contexto que a discussão sobre a compreensão do art. 55, §2º, surgiu. O Ministro Moreira Alves, relator do feito, ao tratar do tema, assentou que:

[...] No caso, o complicador introduzido pelo artigo 55 da atual Constituição gerou, apenas, um conflito de normas entre esse dispositivo e o artigo 15, III, pela inconciliabilidade que há entre a generalidade do preceito desse artigo 15, III, e a especialidade das normas contidas no citado artigo 55. O que há é um antinomia do tipo que BOBBIO (Teoria dell'Ordinamento Giuridico, p. 101, G. Giappichelli-Editore, Torino, 1960) denominou "antinomia total-parcial", e que se resolve com o critério da especialidade, pelo qual a *lex specialis* restringe, nos limites de seu âmbito, a *lex generalis*. De feito, é indubitável que o preceito contido no inciso III do artigo 15 é princípio geral que sempre se entendeu auto-aplicável nas Constituições anteriores. À atual que, à semelhança desta, não exigiam a sua regulamentação por lei infraconstitucional, como também é indubitável que as normas do artigo 55, inclusive as que entram em choque com a generalidade do referido inciso III do artigo 15, são especiais, pois só aplicáveis a parlamentares (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 179.502, Relator Ministro Moreira Alves, Dje 08.09.1995, *on line*).

E continua o Ministro:

Assim sendo, tem-se que, por esse critério da especialidade – sem retirar a eficácia de qualquer das normas em choque, o que só se faz em último caso, pelo princípio dominante no direito moderno, de que se deve dar a máxima eficácia possível às normas constitucionais -, o problema se resolve excepcionando-se da abrangência da generalidade do artigo 15, III, os parlamentares referidos no artigo 55, para os quais, enquanto no exercício do mandato, **a condenação criminal por si só, e ainda quando transitada em julgado, não implica a suspensão dos direitos políticos, só ocorrendo tal se a perda do mandato vier a ser decretada pela Casa a que ele pertencer**, sendo que a suspensão de direitos políticos por outra causa, que não como consequência da condenação criminal transitada em julgado, é a hipótese em que se aplica o disposto no artigo 55, IV e parágrafo 3º (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 179.502, Relator Ministro Moreira Alves, Dje 08.09.1995, *on line*).

Portanto, o Ministro Moreira Alves, em voto que foi acompanhado pela maioria do tribunal, anotou que o art. 15, III, é norma geral, enquanto o art. 55, §2º goza de especialidade frente a esse dispositivo. Nesse sentido, o que se tem é uma antinomia total-parcial, que se resolve pela aplicação do critério da especialidade. Portanto, a condenação criminal proferida contra uma parlamentar federal ou estadual, por si só, não implica na perda de seu mandato, decisão que, por força da norma especial contida no art. 55, §2º, cabe ao Poder Legislativo, mais especificamente à casa legislativa a qual pertence o mandatário. No mesmo caminho

acentuava a doutrina:

Como se depreende, a antinomia entre o art. 15, III (autoaplicável, segundo pacífica jurisprudência do TSE) e o art. 55, VI, da CRFB resolve-se, segundo nos ensina a Ministra Ellen Gracie, pela especialidade. Nesse sentido, o voto do Ministro Moreira Alves no RE nº 179.502/SP, DJU 08.09.1995 (RAMAYANA, 2010, p. 81).

Além do julgado antes analisado, merece destaque o RE 225.019-1/GO. **Referido julgado constou na ementa do julgamento da Ação Penal 470 como precedente que fundamentaria a perda imediata do mandato parlamentar por condenação criminal.** Logo, o julgado merece uma análise um pouco mais minudente.

O RE 225.019-1/GO teve por objeto o caso de um prefeito municipal que houvera sido condenado criminalmente após a diplomação e a posse. Em um breve resumo, cumpre salientar que o senhor Jair Gomes de Paiva, em 21 de agosto de 1990, cometera o crime de homicídio. À época, era prefeito municipal. Depois de todo o trâmite recursal, a decisão criminal condenatória transitou em julgado em 28 de maio de 1997.

Jair Gomes concorreu às eleições municipais de 1996, tendo sido eleito. Sua diplomação ocorreu em 19 de dezembro de 1996, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação criminal. Aos 22 de dezembro de 1996, o candidato derrotado nas eleições, o senhor Ivan Ornelas, impugnou a diplomação de Jair e de seu Vice-Prefeito, sustentando a inelegibilidade de ambos.

O juiz eleitoral, em 1ª instância, manteve a diplomação, afirmando não haver prova do trânsito em julgado da condenação criminal. Já o Tribunal Regional Eleitoral, nos autos de recurso interposto pelo impugnante, sustentou que os efeitos da condenação criminal deveriam ficar suspensos enquanto não se formasse a coisa julgada. Todavia, como a decisão do TRE datava de 06 de junho de 1997, e o trânsito em julgado ocorrera aos 28 de maio do mesmo ano, o tribunal concluiu que o diploma não podia perdurar válido e produzindo efeitos. Nesse sentido, foi declarada a perda do mandato do Prefeito.

A questão chegou ao Tribunal Superior Eleitoral. O TSE, em suma, decidiu não ser caso de inelegibilidade, visto que o trânsito em julgado da condenação criminal era posterior à diplomação. Ademais, o tribunal decidiu que, por força do Art. 55, §2º, da CF, não compete ao Poder Judiciário a cassação do mandato, sendo tal competência da Câmara Municipal.

O Ministro Nelson Jobim, relator do recurso, em sua fundamentação, decidiu por fazer

uma exposição acerca dos efeitos da condenação criminal no mandato dos parlamentares federais, estaduais, municipais, bem como no mandato do Presidente da República. Ao tratar dos parlamentares federais, situação objeto da presente dissertação, o relator ressaltou que:

A perda do mandato, por condenação criminal, não é automática: depende de um juízo político do plenário da casa parlamentar (art.55, §2º). A Constituição outorga ao Parlamento a possibilidade da emissão de um juízo político de conveniência sobre a perda do mandato. Desta forma, a rigor, a condenação criminal, transitada em julgado, não causará a suspensão dos direitos políticos, tudo porque a perda do mandato depende de uma decisão da Casa parlamentar respectiva e não da condenação criminal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 225.019, Relator Ministro Nelson Jobim, Dje 26.11.1999, *on line*).

Para o Ministro, a perda do mandato parlamentar não seria consequência imediata do edito condenatório. A Constituição, por meio do Art. 55, §2º, teria outorgado ao Poder Legislativo o poder de, através de um juízo político, pautado pela conveniência e oportunidade, decidisse pela perda (ou não) do mandato.

Continuando sua fundamentação, o Ministro relator passou a combater a argumentação do Ministro Sepúlveda Pertence, que, já no julgamento do Recurso Especial, apontara que uma vez que concedida a licença prévia para o processamento do parlamentar⁴⁰, o Poder Legislativo não teria mais poder político para evitar que um mandatário popular viesse, por meio de um processo criminal, perder o seu mandato. Observe:

A Constituição tratou a matéria com especificidade. Exigiu a licença prévia e, ainda, submeteu a perda do mandato a um juízo político. A concessão, ou não, de licença para o processamento é determinada por um específico juízo político, tomado em um determinado momento político, com todas as injunções daí decorrentes. A decretação da perda do mandato, apreciada em decorrência de condenação criminal, é outro juízo político, diverso da concessão da licença. É tomado em outro momento político, na ocorrência de eventuais injunções diversas. [...] O que a Constituição preservou ao Parlamento foi a emissão de dois juízos políticos: um sobre a licença; outro sobre a perda do mandato, na hipótese criminal. Um juízo político, por sua própria natureza, não é suscetível de previsão em abstrato. Não é ele suscetível de ser aprisionado em norma jurídica. Tudo isso porque o juízo político do Parlamento, não tem os contornos do juízo jurídico (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 225.019, Relator Ministro Nelson Jobim, Dje 26.11.1999, *on line*).

Resta claro que o Ministro Nelson Jobim, acompanhado pela maioria da Corte, entendeu que a perda do mandato parlamentar federal ou estadual é decisão política específica, de competência constitucional do Poder Legislativo. Qualquer argumentação que busque afastar tal competência ignora a exegese literal do art. 55, §2º, da Constituição Federal.

⁴⁰ Vale ressaltar que a regra constitucional que exigia a licença prévia do Poder Legislativo para o processamento criminal de um parlamentar federal não figura mais na Constituição Federal por força da EC nº 35/2001.

Portanto, o STF, nos dois recursos acima explanados, apontou que a perda do mandato parlamentar, nos casos de condenação criminal, é decisão que compete ao Poder Legislativo. Esse posicionamento foi reafirmado em 2011, quando do julgamento da Ação Penal 481. Nos autos da referida ação, em que figurava como réu o Deputado Federal Asdrúbal Mendes Bentes, o Ministro Dias Toffoli, relator do feito, pontuou que:

Observe-se, finalmente, que, se ainda se encontrar o sentenciado no exercício do cargo parlamentar por ocasião do trânsito em julgado desta decisão, deve-se oficiar à Mesa Diretiva da Câmara dos Deputados para fins de deliberação a respeito de eventual perda de seu mandato, em conformidade com o preceituado no art. 55, inciso VI e § 2º, da Constituição Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AP 481, Relator Ministro Dias Toffoli, Dje 28.06.2012, *on line*).

Seguindo o mesmo caminho, o Ministro Luiz Fux, revisor, concluiu que: “Com o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados e oficie-se a Câmara dos Deputados para os fins do art. 55, § 2º, da Constituição Federal” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AP 481, Relator Ministro Dias Toffoli, Dje 28.06.2012, *on line*). Em voto mais substancial sobre o tema, o Ministro Cezar Peluso afirmou que o Art. 55, §2º restaria sem sentido se o STF decidisse pela perda do mandato nos casos de condenação criminal de parlamentares federais e estaduais:

Primeiro, o que me parece mais ou menos claro é que, pelo disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal - e não apenas em relação aos membros do Congresso Nacional, mas também aos deputados, por força do artigo 27, § 1º, pois os únicos que ficam excluídos são os vereadores -, tanto para os congressistas como para deputados estaduais, a mera condenação criminal em si não implica, ainda durante a pendência dos seus efeitos, perda automática do mandato. Por que não implica? Porque se implicasse, o disposto no artigo 55, VI, c/c § 2º, seria norma inócua ou destituída de qualquer senso; não restaria matéria sobre a qual o Congresso pudesse decidir. Se fosse sempre consequência automática de condenação criminal, em entendimento diverso do artigo 15, III, o Congresso não teria nada por deliberar, e essa norma perderia qualquer sentido. A conjugação ou a interpretação sistemática de ambas as normas revela que, em relação aos membros do Congresso Nacional e, por força do artigo 27, § 1º, também aos deputados estaduais, a condenação criminal transitada em julgado em si mesma não significa perda automática do mandato. E a razão óbvia é porque é preciso que se deixe ao juízo elevado do Congresso Nacional e das assembleias legislativas examinar se a condenação, pela sua gravidade, é tal, que se torna incompatível com o exercício do mandato parlamentar. [...] O que me parece que se deva fazer é, exatamente, com o devido respeito à opinião divergente, comunicar a decisão à Mesa da Câmara dos Deputados para que delibere a respeito. Se quiser abrir processo para perda de mandato, ela o fará; se quiser arquivar automaticamente, também o fará - e estará, em ambos os casos, no exercício da sua competência constitucional (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AP 481, Relator Ministro Dias Toffoli, Dje 28.06.2012, *on line*).

Portanto, não há dúvida acerca do entendimento do STF acerca da interpretação do art. 55, §2º da Constituição Federal. Ele era visto como norma especial frente ao art. 15, III, da

Constituição.

5.2. A perda do Mandato Parlamentar por condenação criminal na jurisprudência do STF: o caso da Ação Penal nº 470

Uma vez delimitada a posição do STF acerca dos efeitos da condenação criminal de parlamentares federais, é necessário, a partir do presente tópico, pontuar a mudança de entendimento operada pela corte no julgamento da AP 470.

5.2.1. *Notícia histórica*

O presente tópico tem por escopo situar o leitor acerca do objeto e resultado da Ação Penal 470, vulgarmente denominada como “Mensalão”. Trata-se, portanto, de exposição simples e informativa, sem qualquer pretensão de análise acerca da dimensão (importância) do julgado, bem como de suas causas ou consequências.

De início, deve-se explicitar o conteúdo do relatório do Ministro Joaquim Barbosa, que resumiu, em breves linhas, o objeto da ação. Veja:

Faço uma brevíssima síntese dos fatos submetidos a processamento nesta Ação Penal. O Procurador-Geral da República narrou, na denúncia, uma ‘sofisticada organização criminoso, dividida em setores de atuação, que se estruturou profissionalmente para a prática de crimes como peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta, além das mais diversas formas de fraude’ (fls. 5621). Segundo a acusação, ‘todos os graves delitos que serão imputados aos denunciados ao longo da presente peça têm início com a vitória eleitoral de 2002 do Partido dos Trabalhadores no plano nacional e tiveram por objetivo principal, no que concerne ao núcleo integrado por JOSÉ DIRCEU, DELÚBIO SOARES, SÍLVIO PEREIRA e JOSÉ GENOÍNO, garantir a continuidade do projeto de poder do Partido dos Trabalhadores, mediante a compra de suporte político de outros Partidos Políticos e do financiamento futuro e pretérito (pagamento de dívidas) das suas próprias campanhas eleitorais. (...) Nesse ponto, e com objetivo unicamente patrimonial, o até então obscuro empresário MARCOS VALÉRIO aproxima-se do núcleo central da organização criminoso (JOSÉ DIRCEU, DELÚBIO SOARES, SÍLVIO PEREIRA e JOSÉ GENOÍNO) para oferecer os préstimos da sua própria quadrilha (RAMON HOLLERBACH, CRISTIANO DE MELLO PAZ, ROGÉRIO TOLENTINO, SIMONE VASCONCELOS e GEIZA DIAS DOS SANTOS) em troca de vantagens patrimoniais no Governo Federal’ (5621/5622) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AP 470, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Dje 22.04.2013, *on line*).

Como visto, a ação penal narrava um esquema que buscava, segundo a Procuradoria Geral da República, a perpetuação do Partido dos Trabalhadores no poder. Nesse sentido, um núcleo central, formado por membros da cúpula do partido, associou-se a um grupo empresarial com o intuito de comprar o apoio político de outros partidos. Em troca, os

empresários obteriam vantagens patrimoniais no âmbito do Governo Federal.

A ação foi proposta em face de 40 (quarenta) réus, dentre políticos e empresários. Após a tramitação do feito, o STF, em 17 de dezembro de 2012, condenou 25 (vinte e cinco) réus⁴¹. No que tange à presente dissertação, interessa apenas a decisão que determinou a perda imediata do mandato dos réus detentores de mandatos eletivos. Eis o que diz o acórdão:

O Tribunal, por unanimidade, decidiu suspender, após o trânsito em julgado, os direitos políticos dos réus condenados, nos termos do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal e, quanto aos réus detentores de mandato eletivo, decretar, por maioria, a sua perda, conforme art. 55, VI e § 3º, da Constituição Federal

Essa é a decisão que será analisada no tópico seguinte, com vistas a verificar se ela operou uma mutação constitucional do art. 55, §2º, da Constituição Federal.

5.2.2. A mudança de entendimento do STF e sua repercussão: Mutação Constitucional do art. 55, §2º da CF ou overruling do entendimento anterior?

Como visto no tópico precedente, o STF, no julgamento da AP 470, determinou a perda imediata do mandato dos réus detentores de mandatos eletivos. Trata-se de decisão distinta da posição construída pelo tribunal desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Tal decisão, como bem aponta o acórdão, foi tomada pela maioria do Ministros. A respeito das divergências surgidas acerca do tema durante o julgamento, importa trazer as conclusões que o Ministro Luis Roberto Barroso explicitou em decisão monocrática proferida no MS 32.326/DF⁴²:

No julgamento da Ação Penal 470, formaram-se duas linhas opostas de opinião, com algumas sutilezas dentro de cada uma delas. De um lado, a posição do relator, Min. Joaquim Barbosa, pela qual a perda do mandato seria uma decorrência natural da condenação criminal transitada em julgado. Tal posição prevaleceu na ocasião e foi acompanhada, entre outros, pelo Min. Gilmar Mendes, que, em seu voto, propôs que a perda do mandato se desse por mera declaração da Mesa da Casa Legislativa nas seguintes situações: a) nos casos de condenação por crimes nos quais esteja insita a improbidade administrativa; b) nos casos de condenação por outros crimes aos quais

⁴¹ Não serão abordados maiores detalhes. Para maiores esclarecimentos vide o acórdão proferido pelo STF. Disponível em :< ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>

⁴² Referido mandado de segurança trata do famigerado caso Natan Donadon. O objeto do *mandamus* é bem resumido pelo relator do feito, o Ministro Luis Roberto Barroso: “[...]Trata-se de mandado de segurança, com requerimento de concessão de liminar, impetrado pelo Deputado Federal Carlos Sampaio contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que submeteu ao Plenário da Casa deliberação sobre a perda ou não do mandato do Deputado Federal Natan Donadon (Representação nº 20/2013), condenado criminalmente em caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal a 13 (treze) anos, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado. Em essência, o *pedido* do impetrante é que seja reconhecido que, na hipótese, a perda do mandato parlamentar não está sujeita a decisão do Plenário, mas a mera declaração da Mesa da Câmara dos Deputados”.

seja aplicada pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, nos termos do art. 92, I, do Código Penal, com a redação da Lei nº 9.268/96. De outro lado, a corrente na qual figuraram os Ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, entre outros, pela qual se entendeu que, em qualquer caso, a perda do mandato somente pode se dar por decisão do Plenário da Casa Legislativa respectiva, nos termos do art. 55, VI e § 2º. Citando precedentes e doutrina, a Min. Rosa Weber sustentou que: a) a Constituição, deliberadamente, tratou de maneira diversa a sanção à prática de improbidade administrativa e a condenação criminal; b) é contrário à boa técnica hermenêutica interpretar os incisos IV e VI, do art. 55 da Constituição à luz do que prescreve o art. 92 do Código Penal, norma infraconstitucional, o que importaria em uma inversão da hierarquia das fontes (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 32.326, Relator Ministro Roberto Barroso, Dje 04.09.2013, *on line*).

Como pontua o Ministro Barroso, duas linhas opostas de opinião formaram-se no julgamento. A primeira, que prevaleceu, defendida pelo Ministro Joaquim Barbosa, pugnou pela perda imediata do mandato parlamentar. Já a segunda, defendida, dentre outros, pela Ministra Rosa Weber, conclamava pela competência do Poder Legislativo para a decisão acerca da perda do mandato. A ementa do acórdão deixa claro o posicionamento vencedor:

[...] 4. Repugna à nossa Constituição o exercício do mandato parlamentar quando recaia, sobre o seu titular, a reprovação penal definitiva do Estado, suspendendo-lhe o exercício de direitos políticos e decretando-lhe a perda do mandato eletivo. A perda dos direitos políticos é “*consequência da existência da coisa julgada*”. Consequentemente, não cabe ao Poder Legislativo “*outra conduta senão a declaração da extinção do mandato*” (RE 225.019, Rel. Min. Nelson Jobim). Conclusão de ordem ética consolidada a partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal e extraída da Constituição Federal e das leis que regem o exercício do poder político-representativo, a conferir encadeamento lógico e substância material à decisão no sentido da decretação da perda do mandato eletivo. Conclusão que também se constrói a partir da lógica sistemática da Constituição, que enuncia a cidadania, a capacidade para o exercício de direitos políticos e o preenchimento pleno das condições de elegibilidade como pressupostos sucessivos para a participação completa na formação da vontade e na condução da vida política do Estado [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AP 470, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Dje 22.04.2013, *on line*).

Resta claro, portanto, que o STF, nos autos da Ação Penal 470, modificou o entendimento que vinha sendo defendido até então. Nesse sentido, pergunta-se: operou-se uma mutação constitucional do Art. 55, §2º, da CF, ou a mudança sobredita é um “*simples*” *overruling*?

Nesse ponto é importante ressaltar que a mutação constitucional e o *overruling* não são mutuamente excludentes. Nesse sentido, são precisas as lições de Kubliskas (2009, p. 119):

A mudança de interpretação nem sempre atua como um mecanismo de mutação constitucional. Há hipóteses em que o intérprete muda o seu entendimento porque descobre que a interpretação anterior era equivocada ou imprecisa à luz do texto constitucional. Nestes casos não há necessariamente uma mutação constitucional mas, muitas vezes, uma simples ‘correção’ no entendimento do intérprete/aplicador. Por outro lado, surge uma mutação constitucional sempre que o intérprete/aplicador

imprime uma nova interpretação a determinado dispositivo constitucional em virtude da modificação que cerca a aplicação da Constituição. No caso, não é que a interpretação antiga estava incorreta, mas as circunstâncias fáticas ensejaram uma releitura, uma modificação informal da Constituição.

No mesmo sentido é a doutrina de Barroso (2009, p. 130): “É bem de ver que a mutação constitucional é um fenômeno mais profundo do que a simples mudança de jurisprudência, que pode dar-se por mera alteração do ponto de vista do julgador ou por mudança na composição do tribunal”.

É dizer, uma mudança de entendimento (*overruling*) nem sempre implica uma mutação constitucional. Para que se possa “qualificar” um *overruling* como mutação constitucional é preciso atestar se a mudança de entendimento se operou em virtude de uma mudança na realidade social. Só diante desses casos estar-se-á diante de uma mutação constitucional.

Para Barroso (1999, p. 143-146), a revogação de um precedente por razões de incongruência social é fenômeno que se assemelha à mutação constitucional, visto que a mudança de entendimento (atribuição do novo sentido) ocorre em virtude de novas circunstâncias políticas, sociais e econômicas (âmbito normativo).

Ao voltar-se os olhos para o julgamento da Ação Penal 470, especificamente no que se refere à perda imediata do mandato parlamentar, resta claro que a interpretação promovida pelo STF modificou o entendimento anteriormente adotado pela Corte. Entretanto, e não operou uma mutação constitucional do art. 55, §2º. Passa-se a análise do caso.

Como visto no acórdão, o STF decidiu que nos casos de condenação criminal, não pode o Poder Legislativo realizar um juízo político acerca do que já restou decidido pelo Poder Judiciário. Colhe-se trecho do voto do Ministro relator:

Condenado o Deputado ou Senador, no curso de seu mandato, pela mais alta instância do Poder Judiciário nacional, inexistente espaço para o exercício de juízo político ou de conveniência pelo Legislativo, pois a suspensão dos direitos políticos, com a subsequente perda do mandato eletivo, é efeito irreversível da sentença condenatória (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AP 470, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Dje 22.04.2013, *on line*).

Nesse sentido, em tais casos, deve-se aplicar o art. 55, VI, §3º, como restou assentado de forma expressa no acórdão. É interessante pontuar que o referido parágrafo **não faz remissão ao inciso VI**. Em verdade, como já visto, é o art. 55, §2º, que remete o aplicador ao citado inciso. As disposições constitucionais são inequívocas. Veja:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

[...]

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

[...]

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa

Para o Ministro Barbosa, a norma contida no art. 55, VI, §2º, só se justifica em dois casos: a decisão condenatória foi proferida antes da expedição do diploma, tendo se operado o trânsito em julgado em momento posterior; ou estão ausentes os requisitos legais previstos no art. 92, I, do Código Penal. Eis o teor de seu voto:

Embora a diversidade de fundamentos para que ocorra a suspensão de direitos políticos (art. 15, da Constituição Federal de 1988) seja um dos elementos justificadores dessa previsão segregada para a decretação da perda do mandato pelos órgãos do Poder Legislativo, a redação dos incisos IV e VI do art. 55 explica-se pela possibilidade de a reprovação estatal da conduta delituosa ter ocorrido antes, ou depois, do início do exercício do cargo [...] A previsão qualificada, contida no inciso VI, justifica-se, a meu sentir, nas hipóteses em que a sentença condenatória não tenha decretado a perda do mandato pelo parlamentar, seja por não estarem presentes os requisitos legais para tanto (art. 92 do Código Penal), seja por ter sido proferida antes da expedição do diploma, tendo se operado o trânsito em julgado somente em momento posterior. Em tal situação, a Casa Legislativa pode avaliar se a condenação criminal é suficientemente grave a ponto de impedir o exercício do mandato eletivo. Nessa situação, seria examinado se a pena imposta e o transcurso do lapso temporal, que mediou a prolação da sentença e a sua imutabilidade, seriam suficientes para desqualificar a idoneidade do condenado para o exercício do cargo eletivo. E aqui, nesta hipótese, em que a situação jurídica pessoal do condenado se altera entre dois momentos processuais distintos (passa a ser detentor de mandato eletivo depois de prolatada a condenação e antes do trânsito em julgado), haverá necessariamente uma lacuna, de ordem constitucional, na sentença condenatória. É natural que, em se tratando de um parlamentar, cujo estatuto básico se encontra na Constituição, o órgão legislativo no qual o condenado poderá vir a ter assento possa vir a se pronunciar sobre o vazio constitucional criado por força de circunstâncias fortuitas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AP 470, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Dje 22.04.2013, *on line*).

Essa diferenciação proposta pelo Ministro não está prevista na Constituição. Em verdade, observa-se que o texto normativo do referidos dispositivos constitucionais é de linguagem fechada, não abrindo espaço para qualquer atividade criativa do intérprete aplicador. Nesse ponto, interessante colher a doutrina de Hesse (2009, p. 102):

A interpretação constitucional, no sentido estrito que aqui nos interessa, faz-se

necessária e se põe como problema toda vez que temos de resolver uma questão constitucional que a Constituição não nos permite responder de modo conclusivo. Onde não se suscita dúvidas não se interpreta e, com frequência, não faz falta interpretação alguma.

Para o autor, a interpretação não faz falta alguma quando a Constituição oferece uma resposta conclusiva, clara, para o problema constitucional.

Esse é o caso do art. 55, VI, §2º, da Constituição Federal. Como bem ressalta Hesse (2009, p. 169), o texto constitucional erige-se como limite absoluto de uma mutação constitucional. Não pode uma mutação constitucional aviltar a literalidade da disposição, pois é a partir dela que se constrói o programa normativo. Nesse sentido, qualquer interpretação que encontra-se em clara contradição com o texto da norma não pode ser tida como uma mutação constitucional.

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo, se o ‘programa normativo’ resulta determinante a esse respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto. A fixação desse marco é uma questão de interpretação, valendo também para ela o que se aplica a toda interpretação constitucional: **onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com texto da norma; assim, encerram-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso, também as possibilidades de uma mutação constitucional** (HESSE, 2009, p. 168, grifos nossos)

Percebe-se, portanto, que o STF, ao determinar a aplicação do §3º do art. 55, em total a afronta a exegese literal da Constituição, acabou por reescrever o estatuto fundamental, atuando como poder constituinte reformador, sem deter legitimidade para tanto.

Há quem defenda que o caso em análise reflita uma mutação constitucional. Nesse sentido é a posição de Margarida Maria Lacombe Camargo, ao prefaciá-la obra “Mutações constitucionais: constituição e identidade constitucional evolutiva”, que consubstancia a tese de doutorado de Carlos Henrique Ramos.

Segundo a professora (RAMOS, 2013, p. 13), é possível verificar três exemplos de mutação constitucional na jurisprudência mais recente do STF: o julgamento da Reclamação 4335-5/AC, já abordada na presente dissertação; a ADI 4277 e a ADPF 132⁴³, que reconheceu

⁴³ Por óbvio que a análise dessa suposta mutação constitucional, demandaria dissertação específica. Todavia, sem adotar uma posição cerrada, vale trazer à baila os ensinamentos de Carlos Blanco de Moraes (2015, p. 84): Em suma, não parece aceitável uma mutação exogenética decorrente de uma operação interpretativa aparente, em que se separe o princípio ou regra constitucional interpretada, do produto final da interpretação, decorrendo

a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar; e a AP 470, na parte em que se busca relativizar o §2º, do artigo 55 da Constituição.

Camargo (RAMOS, 2013, p. 14-15) aponta que o advento da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/92) e da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), somados ao clamor popular que as acompanharam, forçaram o intérprete a negar o sentido literal das palavras e relativize o alcance do dispositivo. Trata-se, portanto, de uma mudança informal da Constituição em virtude de mudanças observadas na realidade social.

Para fundamentar seu entendimento, a professora cita trecho do voto do ministro Eros Grau nos autos da Rcl 4335-5/AC, na parte em que resta pontuado que a mutação constitucional é o fenômeno através do qual passa-se de um texto normativo a outro.

Ocorre que, como já exposto no capítulo precedente, o ministro Eros Grau adota um conceito de mutação constitucional que dissoa da melhor doutrina. Não se pode admitir que uma mutação constitucional avilte a literalidade do dispositivo constitucional. Nesse ponto, todas as colocações feitas em relação à Reclamação 4335-5/AC, especificamente no que tange aos votos de Gilmar Mendes e Eros Grau, são aplicáveis no presente caso.

Eventual postura que admita uma mutação constitucional em confronto com a literalidade da Constituição, deconsidera a sua força normativa e caminha ao lado de Laband e Jellinek, que não conseguiram lidar normativamente com as mudanças sociais e seus efeitos sobre a Constituição.

Portanto, conclui-se que a decisão proferida pelo STF na AP 470, apesar de promover uma alteração da jurisprudência anterior, não promoveu uma mutação constitucional do Art. 55, §2º, da Constituição Federal, visto que exacerbou os limites semânticos do texto normativo, provocando, ao contrário, uma flagrante inconstitucionalidade, uma mutação

este de uma construção inventiva juiz a partir de conjugações dispersas de valores (constitucionais ou morais) ou de juízos que envolvam a derrogação de uma regra constitucional expressa por um molhe de princípios livremente interpretados. Esta última situação poderá ter ocorrido na decisão do STF do Brasil (ADI 4277 e ADPF 132) sobre a união homoafetiva em que se conferiu a princípios jurídicos plásticos uma prevalência sobre uma regra constitucional inequivocamente portadora de um mandado de definição, solução que nem a Constituição, nem os critérios dogmáticos de relações entre normas autorizam. Independentemente de o conteúdo da solução que prevaleceu poder ter a sua pertinência política e social,⁶² embora em sede de emenda constitucional, o fato é que, a sua revelação por via jurisprudencial envolveu a criação política de uma norma constitucional pelo juiz a partir de princípios, afastou uma regra constitucional consonante com o programa normativo da Constituição e afetou o princípio dogmático da especialidade que, entre normas de idêntica hierarquia, confere prevalência à norma especial ou menos extensa, sobre a norma mais extensa ou mais indeterminada”.

inconstitucional.

Reconhece-se que, no paradigma atual, a decisão política do constituinte insculpida no art. 55, §2º, parece não mais guardar conformidade com a realidade brasileira, mormente tendo em vista o advento da Lei da Ficha Limpa. Mas pergunta-se: caberia ao STF esse papel de reformar o texto constitucional quando ele já não mais revela um “valor” social?⁴⁴

De qualquer sorte, as razões para essa postura exagerada de nossa corte também parecem ter ligação com o fenômeno da judicialização da política, abordado no capítulo precedente. Devem-se lembrar, nesse ponto, as advertências de Tate e Vallinder, que ao emitirem um juízo de valor sobre o fenômeno defenderam a ideia de que o Poder Judiciário deve adotar uma postura de *self restraint* (autocontenção):

The contributors to this book are, by and large, more sophisticated than the anonymous defenders of judicialization just described. Their assessments of the wisdom of further expansion of judicial power are affected not (only) by their assessment of the appropriateness of the policies the courts make or would make. They are much more concerned about the implications of the expansion of judicial power for the viability of democracy and the robustness of majority rule. They are, in general, skeptical about the wisdom of judicialization. They see the expansion of judicial power as most likely to weaken majoritarian democratic institutions and sustain the rule of privileged and unrepresentative elites, shutting out those who should be represented in a democratic state from effective access to policy-making processes or to effective, responsive administration (TATE; VALLINDER, 1995, p. 527).

Conclui-se, portanto, que o julgamento da Ação Penal 470 não promoveu uma mutação constitucional do art. 55, §2º da Constituição. Pelo contrário, o STF adotou uma postura que viabilizou uma inconstitucionalidade flagrante, prejudicando a força normativa da Constituição.

⁴⁴ Atualmente, tramita no Congresso Nacional a PEC 313/2013, que Altera o art. 55 da Constituição Federal para tornar automática a perda do mandato de parlamentar nas hipóteses de improbidade administrativa ou de condenação por crime contra a Administração Pública.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os objetivos traçados no projeto da pesquisa foram alcançados. Analisou-se, com êxito, no capítulo primeiro, a relação entre Constituição e realidade social, concluindo-se que a tese de Ferdinand Lassalle, apesar de importante por evidenciar a relevância dos elementos sociológicos presentes na Constituição, peca por um determinismo que desnatura a normatividade da Constituição.

Nesse sentido, em conformidade com a tese de Konrad Hesse, conclui-se que uma Constituição não consiste no mero reflexo da realidade política e social, conformando-se, inexoravelmente, às mudanças observadas nos fatores reais de poder. Ela não é somente a expressão de um ser, mas, também, de um dever ser. Nesse sentido, a Constituição, por força de sua pretensão de eficácia, de sua força normativa, busca imprimir ordem e conformação à realidade política e social. **É essa concepção de Constituição que abre espaço para as mutações constitucionais.**

No que tange ao capítulo segundo, referente à teoria das mutações constitucionais, observou-se que o conceito de mutação constitucional nasce com as obras de Laband e Jellinek, a partir de uma concepção formalista do Direito, que separava, claramente, a dimensão político-social da jurídica. Além disso, concebia a Constituição como incapaz de regular tal realidade cambiante, sendo dotada de força normativa mínima. Ambos não conseguirema lidar juridicamente com o fenômeno.

Os doutrinadores de Weimar, estando aí incluídos Smend, Heller e Dau-Lin, adotavam uma definição bem ampla e genérica de mutação constitucional. Em verdade, ela era entendida, basicamente, como uma situação de incongruência, para usar a expressão de Dau-Lin, entre Constituição e realidade constitucional.

Já a doutrina moderna, fruto do pós-guerra, evidencia uma concepção mais restrita de mutação constitucional, entendendo-a como uma alteração do conteúdo de uma norma constitucional limitada pelo texto normativo.

No capítulo terceiro, delimitou-se como o STF aborda o tema da mutação constitucional. Apontou-se a impossibilidade de construção de um sentido de mutação constituicional para o STF, visto as atecnias apresentadas pelos julgadores ao se referirem ao fenômeno.

Procedeu-se, ainda, ao estudo dos casos em que o STF enfrentou o tema da mudança informal da Constituição, com destaque para o julgamento da Reclamação 4335-5/AC, oportunidade em que se constatou que a tese da mutação constitucional do Art. 52, X, da Constituição, ensejaria em uma autêntica mutação **inconstitucional**, visto desconsiderar os limites do texto normativo e a escolha política do constituinte originário.

Por fim, no capítulo quarto, delimitou-se que o Supremo Tribunal Federal, nos autos da AP 470, ao determinar a perda imediata dos mandatos parlamentares, afastando o juízo político do Congresso Nacional, atribuiu um novo sentido ao texto normativo contido no Art. 55, inciso VI c/c §2º, da Constituição Federal. Todavia, tal situação, apesar de promover uma alteração da jurisprudência anterior, não promoveu uma mutação constitucional do Art. 55, §2º, da Constituição Federal, visto que exacerbou os limites semânticos do texto normativo, provocando, ao contrário, uma flagrante inconstitucionalidade, uma mutação inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The living Constitution. **Harvard Law Review**. v. 120, n. 7, maio 2007. Disponível em: <<http://harvardlawreview.org/media/pdf/ackerman.pdf>>. Acesso em: 15 nov. de 2013.

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e política: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático**. 2011. 198 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2011.

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes; SOARES, Ana Katarina Fonteles;. **Mutação Constitucional: Da “Natureza das Normas” à Identidade Problemática da Constituição**. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01_594.pdf>. Acesso em: 20 fev. de 2013

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013,

BARANOWSKI, Shelley. **Império Nazista: o imperialismo de o colonialismo alemão de Bismarck a Hitler**. Trad. Fernanda Brito Bincoletto. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Entre o Estado Total e o Estado Social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar**. Tese de livre docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo –USP, São Paulo: 2003

BRASIL. Presidência da República. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 out 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL 3801-GO. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. **Dje 09.11.2005**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+3801%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/qa79bq7>>. Acesso em: 11 out 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL 7336-SP. Relator Ministro Ayres Britto. **Dje 02.02.2009**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+7336%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/kdg3543>>. Acesso em: 10 out 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. QO em HC 86009-5. Relator Ministro Ayres Britto. **Dje 27.04.2007**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+86009%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+86009%2EACMS%2E%29&base=baseQuestoes&url=http://tinyurl.com/cgbpbb5>>. Acesso em: 21 out

2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343-SP. Relator Ministro Cezar Peluso. **Dje 05.06.2009.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 07 jan 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 90.450-5-MG. Relator Ministro Celso de Mello. **Dje 06.02.2009.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573711>>. Acesso em: 02 dez 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.959-SP. Relator Ministro Marco Aurélio. **Dje 01.09.2006.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82959%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82959%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ayxgn8h>>. Acesso em: 15 dez 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL 4335-AC. Relator Ministro Gilmar Mendes. **Dje 22.10.2014.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 11 jan 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 179.502-6 SP. Relator Ministro Moreira Alves. **Dje 08.09.1995.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224548>>. Acesso em: 21 out 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670-9 ES. Relator Ministro Maurício Corrêa. **Dje 31.10.2008.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 29 out 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.817 DF. Relator Ministro Celso de Mello. **Dje 06.11.2009.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605418>>. Acesso em: 06 out 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 225.019-1 GO. Relator Ministro Nelson Jobim. **Dje. 26.11.1999.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=251101>>. Acesso em: 01 nov 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 481 PA. Relator Ministro Dias Toffoli. **Dje 28.06.2012.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2258773>>. Acesso em: 10 nov 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470 MG. Relator Ministro Joaquim Barbosa. **Dje**

22.04.2013. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 20 set 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 32.326, Relator Ministro Roberto Barroso. **Dje 04.09.2013.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24.SCLA.+E+32326.NUME.%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/pwcrevr>>. Acesso em: 03 nov 2015

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social.** Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BULOS, Uadi Lâmega. **Mutação Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores.** Trad. Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. **Revista de Informação Legislativa.** a. 35. n. 138 abr./jun. p.185-191, 1998.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral.** 5. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución.** Trad. Christina Forster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

ENCINAR, José Juan González. La constitución y su reforma. **Revista Española de Derecho Constitucional.** a. 6, n. 17, p. 345-391, mai/ago, 1986.

EVANS, Richard J. **A chegada do Terceiro Reich.** Trad. Lúcia Brito. São Paulo: Planeta, 2014.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 1986.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método.** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas.** Tradução Edson Bini – Apresentação Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HELLER, Hermann. **Teoría del estado.** México: Editora Fondo de Cultura Económica, 1992.

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

_____. **Temas Fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBSAWM, Eric J. **A era do capital: 1848-1875**. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

HORTA, Raul Machado. **Permanência, mutações e mudança constitucional**. 1999. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/-sumario?next=1>. Acesso em: 11 out. 2013.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutacion de la Constitucion**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o Judiciário e a judicialização. MOTA, Maurício; MOTTA, Luiz Eduardo (orgs.). **O Estado democrático de direito em questão: teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

KORIOTH, Stefan. The shattering of methods in late wilhelmine Germany. In: JACOBSON, Artur J. e SCHLINK, Bernhard. **Weimar: A Jurisprudence of crisis**. Berkeley: University of Califórnia, 2000, p. 41-50.

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

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LIBERATO, Gustavo Tavares Cavalcanti. Sistema de freios e contrapesos, judicialização da política e o Supremo Tribunal Federal: uma tese para a atual postura do STF. **Revista Científica da Associação Cearense do Ministério Público: ACMP**. v. 1, n. 1, p. 36-49, junho 2010.

_____. Kelsen, Viehweg e Müller: As Bases da Nova Hermenêutica Constitucional do Constitucionalismo. **Revista Científica da Associação Cearense do Ministério Público – ACMP**. Vol. III, n. 3. Fortaleza: ACMP-CE, maio de 2012, p. 53-70.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Trad. Alfredo G. Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013

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

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Geraldine Ferreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEIVA, Gerivaldo Alves. **Os fatores reais de poder e força normativa da constituição**: articulações entre Konrad Hesse, Ferdinand Lassalle e Gramsci. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11664/os-fatores-reais-do-poder-e-forca-normativa-da-constituicao>> Acesso em: 21 set. 2013

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Mutações constitucionais e teoria da concretização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)**. n. 74, v. 19, p. 15-35 jan/mar. 2011.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2010.

RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação Constitucional**: constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. **STF e Mutação constitucional**: a ampliação de poderes da suprema corte por suas próprias decisões. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

SBROGIO'GALIA, Susana. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____, **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho constitucional**, trad. de JOSÉ M. BENEYTO PÉREZ Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. 2007.

Disponível em: < <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 12 out 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York/London: New York University Press, 1995.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. Uma aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20, n. 58, p. 105-135 jan/abr. 2000.

ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. **Revista de direito constitucional e internacional: Cadernos de direito constitucional e ciências políticas**. v. 9, n. 35, p. 195-227, abr/jun. 2001.