

**FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” - UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

GUILHERME MORAES CARDOSO

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: ANÁLISE CRÍTICA DE SUA UTILIZAÇÃO PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA RECLAMAÇÃO 4335-5/AC.**

Marília 2013

GUILHERME MORAES CARDOSO

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: ANÁLISE CRÍTICA DE SUA UTILIZAÇÃO PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA RECLAMAÇÃO 4335-5/AC.**

Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação *strictu sensu* em Direito da Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador:
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Marília 2014

GUILHERME MORAES CARDOSO

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: ANÁLISE CRÍTICA DE SUA UTILIZAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA RECLAMAÇÃO 4335-5/AC.

Banca examinadora para Defesa Pública do Programa de Mestrado da UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Resultado: 9,5 (nove e meio)

ORIENTADOR: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

1º EXAMINADOR: Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso

2º EXAMINADOR: Prof. Dr. Cláudio Amaral Bahia

Marília 2014

À Gloria de nosso Deus, Grande
Construtor e criador do universo.

Agradeço a Deus pela possibilidade de encerrar com êxito mais essa etapa de minha vida. Em especial, agradeço ao meu filho, o pequeno Isaac, que me motiva ser uma pessoa melhor a cada dia, minha maior razão de viver. A minha esposa Mariela, fonte inesgotável de calma e alento. Aos meus pais e demais familiares. A Professora Dulcinéa Ribeiro, incansável nas correções deste trabalho, sempre solícita e pontual. Agradeço ao Dr. Edinilson Donisete Machado, orientador deste trabalho e também ao Dr. Flávio Quinaud Pedron, professor da UFMG, autor de um dos livros que compõe a base dessa dissertação que em muito contribuiu com seus diálogos e orientações. Por fim aos membros da banca que contribuíram com críticas e importantes sugestões.

“Viver, e não ter a vergonha de ser feliz; cantar, a beleza de ser um eterno aprendiz.”

Gonzaguinha

CARDOSO, Guilherme Moraes. **Mutação Constitucional: análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 4335-5/AC**. 2013. 151 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a análise do conceito de Mutação Constitucional no qual se fundamentaram os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, ambos do Supremo Tribunal Federal, na Reclamação Constitucional 4335-5/AC; se encontra respaldo doutrinário e se o modo como votaram lesionou a Constituição Federal, se a interpretação do texto constitucional encontra alguma espécie de limite ou se o mero entendimento deste ou daquele Ministro é suficiente para a mudança do texto constitucional. Destaca-se que até pouco antes do ajuizamento dessa Reclamação era vedada a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crime hediondo, posteriormente sendo considerado inconstitucional. Em face dessa declaração de inconstitucionalidade, os condenados por crime hediondo da comarca de Rio Branco – AC passaram a pleitear a progressão de regime. Porém, como a declaração de inconstitucionalidade foi proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, ou seja, em Recurso Extraordinário, os beneficiados por essa declaração eram apenas os que compunham seu polo ativo, do qual não faziam parte os referidos condenados da comarca de Rio Branco-AC. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso atingem apenas as partes envolvidas na demanda (*inter parts*), mas poderão atingir a coletividade de um modo geral (*erga omnes*) em igualdade de condições se a lei declarada inconstitucional for suspensa no todo ou em parte pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso X da Constituição Federal. Após a suspensão da lei, o Senado Federal dará publicidade e os efeitos que outrora vinculavam apenas um grupo específico de pessoas, passam agora a atingir todo cidadão em igualdade de condições. Fundamentando-se na Mutação Constitucional, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau modificaram um procedimento previsto na Constituição Federal alegando que após interpretarem o artigo 52, inciso X concluíram que o procedimento ali previsto estaria ultrapassado e precisava de uma nova leitura, ou ainda, de um novo texto. Para analisar estas questões, conta-se com a abordagem histórica desde o conceito de Mutação Constitucional nascido no Império Alemão justificado por Paul Laband até os estudos da doutrina nacional brasileira capitaneados por Anna Cândida da Cunha Ferraz e com uma breve exposição da Teoria do Direito como integridade desenvolvida por Ronald Dworkin, como proposta de interpretação do texto constitucional sem eventuais lesões à letra da lei, tendo a ADPF 132 servido de modelo para a conclusão.

Palavras-chave: Mutação Constitucional, Reclamação 4335-5/AC, Controle de constitucionalidade, ADPF 132.

CARDOSO, Guilherme Moraes. **Constitutional Mutation: critical analysis of its use by the Brazilian Supreme Court on Complaint 4335-5/AC**. 2013. 151 pages. Master's Thesis in Law – Eurípides University Center of Marília – Eurípides Soares da Rocha Educational Foundation.

ABSTRACT

The scope of this thesis intends to analyse the concept of Constitutional Mutation in which Ministers Gilmar Mendes and Eros Grau, both of the Supreme Court, grounded themselves on the Constitutional Complaint 4335-5/AC, whether it finds doctrinal support as if how they voted harmed the Federal Constitution, whether the interpretation of the constitutional text finds limitations somehow or if the mere understanding of one or both ministers is enough to change the Constitution. It is noteworthy that until shortly before the filing of this complaint the possibility of progression arrangements for convicted of heinous crime was sealed and had been deemed unconstitutional later. Given this declaration of unconstitutionality those convicted of heinous crime of Rio Branco district, state of Acre, started to plead regime progression. However, as the declaration of unconstitutionality was given in office of diffuse control of constitutionality, in other words, in Extraordinary Appeal, the beneficiaries of that statement are only those who comprise the author, of which the ones convicted of Rio Branco-AC did not take part. The effects of the declaration of unconstitutionality of diffuse control affect only the regarded parties on the demand - inter parts -, but may reach the whole community - erga omnes - if the law declared unconstitutional is suspended completely or partially by the Senate, pursuant to article 52, section X of the Constitution. After suspension is promoted the Senate will announce publically and the effects that once attended to a specific group of people only, will reach all citizens on equal terms then. Based on Constitutional Mutation those ministers mentioned above modified a procedure laid down by the Federal Constitution claiming that after interpreting article 52, section X they concluded that the established procedure therein would be outdated and would need a new reading, or else a new text. These issues are analysed and discussed by taking into account the historical approach since the German Empire's concept of Constitutional Mutation justified by Paul Laband up to the studies of the Brazilian national doctrine led by Anna Cândida da Cunha Ferraz and a brief insight of Ronald Dworkin's Theory of Law as integrity so as to propose an interpretation to the constitutional text without eventually harming the letters of the law, having ADPF 132 served as a conclusive outline.

Key words: Constitutional Mutation, Complaint 4335-5/AC, Appeal of Unconstitutionality, ADPF 132.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL – HISTÓRICO E DEFINIÇÕES CLÁSSICAS.....	16
1.1 Da Reforma Constitucional.....	17
1.2 Da Mutação Constitucional: origem e (in) evolução.	26
1.2.1. Paul Laband e a Constituição Alemã.....	27
1.2.2. Georg Jellinek – Primeiros Conceitos	30
1.2.3. A Constituição Weimar e suas inovações	35
1.2.4. Normalidade e normatividade: Hermann Heller.....	37
1.2.5. Rudolph Smend e o método científico-espiritual	39
1.2.6. Hsü Dau-Lin: o grande expoente.....	42
CAPÍTULO II – MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS – PROCESSO INFORMAL DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO SOB O VIÉS DA INTEPRETAÇÃO	51
2.1. Constatações	52
2.2. Conceituação	53
2.3. Modalidades de Mutações Constitucionais	56
2.4. Interpretação – (Sub) gênero da Mutação Constitucional	60
2.4.1. Métodos utilizados à Interpretação Constitucional	61
2.5. Os Intérpretes da Constituição	69
2.5.1. Interpretação Constitucional Legislativa	70
2.5.2. Interpretação Constitucional Administrativa	72
2.5.2.1. Interpretação segundo a tipologia das normas.....	74
2.5.2.2. Interpretação segundo a finalidade do ato	76
2.5.3. Interpretação Constitucional Judicial.....	76
2.5.4. Processos atípicos de mudança do texto constitucional	86
CAPÍTULO III - A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O STF NA RECLAMAÇÃO 4335-5 / AC	91
3.1. A Reclamação 4335-5/AC e o STF	97
3.1.1 Mutação Constitucional – Entendimento de Gilmar Mendes	99
3.1.2 Mutação Constitucional – Entendimento de Eros Grau	105
3.1.3 Mutação Constitucional – Entendimento de Sepúlveda Pertence	112
3.1.4 Mutação Constitucional – Entendimento de Joaquim Barbosa	113
3.1.5 Mutação Constitucional – Entendimento de Ricardo Lewandowski	114
3.2 O Senado Federal e o Controle de Constitucionalidade	116
3.3 A importância da Interpretação – Uma proposta construtivista	130
CONCLUSÃO	142
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	149

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo o estudo da mutação constitucional tal como utilizada pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau em seus votos proferidos na Reclamação 4335-5/AC.

Nesta reclamação os presos condenados por crime hediondo da cidade de Rio Branco/AC pleitearam a progressão de regime prisional tendo em vista que a lei que até então proibia essa progressão havia sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que essa declaração de inconstitucionalidade da lei que vedava a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos ocorreu em sede de controle difuso de constitucionalidade, razão pela qual os efeitos atingiram apenas as partes envolvidas naquela demanda e conseqüentemente não beneficiaria os proponentes da Reclamação 4335-5/AC.

Sob a alegação de que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro havia passado por uma evolução histórica que privilegiaria o modelo concentrado pela sua imediata vinculação e produção de efeitos, os referidos Ministros concederam liminar aos autores da Reclamação 4335-5/AC autorizando a progressão do regime prisional.

Para tais ministros, a participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade tinha apenas natureza histórica e na prática, sua importância ficaria reduzida simplesmente a dar publicidade a inconstitucionalidade, posto que essa decisão produziria imediatamente seus efeitos para a coletividade.

Tanto pelo voto concedido pelo Ministro Gilmar Mendes como pelo concedido por Eros Grau o fundamento utilizado foi o da mutação constitucional. Será demonstrado se o entendimento destes ministros sobre o conceito de mutação está em consonância com os princípios basilares da Constituição Federal ou se tais entendimentos foram deturpados como forma de agasalhar uma ação desprovida de proteção legal.

Os votos na sequência foram proferidos pelos Ministros Sepúlveda Pertence, que inclusive chegou a levantar uma tentativa branca de golpe de estado pelos Ministros Mendes e Grau; Joaquim Barbosa, aduziu que a figura do Senado Federal não havia caído em desuso e recentemente Ricardo Lewandowski afirmou que a questão da progressão de regime já havia sido superada pela edição de lei infraconstitucional e que também não se tratava de um caso de mutação.

Para os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau o controle difuso de constitucionalidade estaria defasado, ultrapassado, motivo pelo qual deveria ser substituído pelo modelo concentrado. Logo, seguindo tais argumentos, as decisões proferidas nos recursos extraordinários não mais dependeriam do Senado Federal para serem vinculativas e produzirem efeitos erga omnes. Ou seja, será demonstrado que tais Ministros, nesta Reclamação, pretendem reduzir a importante participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade a mera chancelaria dos atos do Supremo Tribunal Federal.

Uma vez que o Senado Federal não seria mais o responsável pela suspensão no todo ou em parte de lei declarada inconstitucional no controle difuso pelo STF, lhe restaria apenas a função administrativa de dar publicidade para essa declaração de constitucionalidade.

O que é a mutação constitucional? A possível falta de uma definição clara pela doutrina do que seria a mutação constitucional talvez tenha servido de incentivo para que tais Ministros fundamentassem seus votos de tal maneira.

Por uma breve pesquisa realizada no site do Supremo Tribunal Federal, será demonstrado que o termo mutação constitucional é lido apenas como sinônimo de algo novo dentro da ordem constitucional, mera figura de linguagem. Uma emenda constitucional ou uma interpretação sob o ponto de vista da jurisprudência do STF pode ser reconhecida como uma mutação constitucional, já que trouxe uma novidade para o cenário constitucional. Isso se chama mutação constitucional?

A liminar concedida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau se fundamentou na mutação constitucional que de fato trouxe algo novo para o ordenamento jurídico: a supressão da função atribuída ao Senado Federal no controle de constitucionalidade brasileiro. E aí vem mais uma questão inevitável a ser abordada neste trabalho: é possível suprimir uma competência atribuída pela Constituição Federal a determinado órgão sob o fundamento de mutação constitucional? E mais, poderia a Constituição ser modificada pelo voto de um Ministro do STF sem a observância de procedimentos específicos para essa mudança?

Eis o que ficou configurado nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Eliminar o Senado Federal do controle de constitucionalidade não seria uma violação ao princípio da Separação dos Poderes, pelo fato de que esse órgão do legislativo representa os estados da nação em igualdade de condições e conseqüentemente a vontade popular? Se o legislador optou que a decisão proferida pelo STF no controle difuso dependesse da atuação do Senado Federal para suspendê-la no todo ou em parte não teria sido provavelmente para evitar abuso político nesta ou naquela decisão?

A formação do Supremo Tribunal Federal se dá mediante a indicação de seus membros pelo Presidente da República, logo, ainda que se espere o máximo de independência e imparcialidade de seus membros não se pode negar que decisões motivadas por interesses políticos possam ser proferidas.

Conforme afirmado anteriormente, será demonstrado que falta uma definição doutrinária rigorosa sobre o que seria uma mutação constitucional, razão pela qual foi necessário pesquisar a origem deste conceito desde seu nascedouro na fase do Império Alemão, passando pelo conturbado período Weimar que tentava superar a crise do positivismo, até doutrinadores contemporâneos do direito alienígena bem como nacional.

No cenário nacional, ficará evidenciado que a mutação por interpretação, conceito inicialmente formatado por Hsu Dau-Lin é a modalidade mais aceita entre juristas; ressalte-se, porém, que esse conceito é ainda um tanto quanto obscuro,

podendo novamente ser equiparando a uma figura retórica para demonstrar apenas uma simples novidade.

É interessante destacar, conforme será apresentado, que o Ministro Gilmar Mendes pretende por meio da mutação constitucional, construir a hipótese de ineficiência do Senado Federal no controle de constitucionalidade como resposta a necessidade de conferir igualdade de condições àqueles que não haviam sido beneficiados pela declaração de inconstitucionalidade da lei que vedava a progressão de regime prisional aos condenados por crime hediondo.

Muito provável que sua intenção era acabar com possíveis injustiças, uma vez que determinados indivíduos condenados pela prática de crimes hediondos foram beneficiados pela possibilidade de progressão de regime prisional ao contrário de outros que apesar das mesmas condições técnicas para a progressão de regime necessitavam aguardar a suspensão da declaração de inconstitucionalidade pelo Senado Federal.

Ao que parece, essa questão justificaria na Reclamação 4335-5/AC, aos olhos de Gilmar Mendes e Eros Grau, a possibilidade de alteração do texto constitucional sob o fundamento da mutação constitucional tendo por pretexto a necessária readequação do sistema de controle de constitucionalidade difuso aos avanços históricos e sociais; a perceptível preferência de Gilmar Mendes pelo modelo concentrado fez com que o mesmo avaliasse ser ultrapassado o modelo difuso.

O cenário onde nasceu o conceito de mutação constitucional não se apresentou muito diferente de outras passagens históricas: na época do Império Alemão foi utilizada para disfarçar as necessárias mudanças pela qual deveria passar aquela Constituição que acabava de nascer. Aliado a isso, total ausência de controle de constitucionalidade; logo, se o objetivo era legitimar a Constituição não seria possível aceitar modificações de seus dispositivos a todo o momento.

Na época de Weimar, na iminência de perder a primeira guerra mundial, os líderes militares entregaram o governo nas mãos dos democratas que a partir de

então se viram com a tarefa de reordenar o direito a outra realidade. Era necessário se libertarem da visão estritamente legalista do direito para dar espaço a um modelo que protegia alguns direitos fundamentais do homem. O mecanismo encontrado foi o da mutação constitucional que em breves linhas serviria para dar novos contornos a constituição a medida que fatos antes desconhecidos agora fossem exigindo soluções.

Ficará demonstrado que o argumento que serve de base para aqueles que se socorrem da mutação constitucional é a necessidade de readequação do texto constitucional em razão de fatos e mudanças sociais imediatas (emergenciais, que não podem esperar pelo procedimento previsto pela Lei Maior) sem, contudo, permitir que a Constituição perca sua legitimidade e normatividade após tais modificações.

A proposta que será feita ao final deste trabalho é a leitura da Teoria do direito como integridade, que não deixa de reconhecer a constante evolução dos anseios humanos e conseqüentemente aceita a necessidade de readequação da lei ao tempo em que se vive. No entanto, será demonstrada que essa teoria torna possível uma remodelagem através da interpretação dos princípios que formam a base da Constituição derrubando qualquer espécie de alteração irregular no texto da lei.

Por meio de uma interpretação construtiva dos princípios basilares da Constituição é possível conhecer soluções jurídicas cada vez melhores sem a necessidade de lesionar a legitimidade de tal documento. Como paradigma desta afirmação, foi utilizado o julgamento da ADPF 132 que trazia em seu bojo a discussão sobre a existência ou não de proteção jurídica as uniões homoafetivas.

A presente dissertação compreende três capítulos. No primeiro capítulo será feito o estudo da utilização da mutação constitucional vista por doutrinadores clássicos, em seu nascedouro, até os mais modernos estudos ao final da segunda guerra mundial, sempre destacando a utilização da mutação constitucional em momentos de instabilidade política, social e econômica.

No segundo capítulo, partindo da análise clássica, foi apresentada mutação constitucional sob o ponto de vista de doutrinadores brasileiros. Será demonstrado o posicionamento destes doutrinadores a respeito do conceito de mutação constitucional. Nesse capítulo procurou-se também demonstrar que o conceito de mutação constitucional não fica bem definido, passando por vezes de algo vazio, mera figura retórica à demonstrar uma novidade no texto constitucional.

No terceiro e último capítulo foi apresentado como estudo de caso a utilização da mutação constitucional na Reclamação 4335/5/AC; nesta, foram analisados os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau sobre a possibilidade de alteração do artigo 52 inciso X da Constituição Federal de modo a estender para a coletividade os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida no controle difuso sem a necessidade de passar pela suspensão e publicidade do Senado Federal.

A presente dissertação está inserida na área de Teoria do Direito e do Estado tendo como linha de pesquisa a Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica; tais críticas sobre o modelo dogmático, caracterizador do pensamento jurídico dominante, refletem a finalidade maior deste estudo.

Ao final deste trabalho pretende-se demonstrar que o conceito de mutação constitucional tal como foi apresentado nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros deve ser afastado, e para seu lugar será proposta a interpretação construtiva do direito sob a análise dos princípios que formam a base da Constituição.

1. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL – HISTÓRICO E DEFINIÇÕES CLÁSSICAS

A proposta do presente capítulo é realizar a desconstrução¹ do conceito de mutação constitucional, analisando para isso a literatura clássica que envolve o tema.

Apresentar-se-á as diversas teorias para mostrar aquilo que os autores clássicos entendiam ser mutação constitucional; compreender-se-á o estudo desde a análise feita por Paul Laband até aquela feita por Hsu Dau-lin, expoente no assunto sob o viés da teoria clássica.

De imediato torna-se oportuno destacar que o período vivido por Paul Laband na Alemanha ainda imperial foi um período de muitas instabilidades e mudanças, o país estava em crise; era necessário conferir legitimidade a Constituição que acabava de nascer daquele Estado.

Logo, qualquer mudança no texto constitucional poderia criar uma imagem negativa àquela que deveria ser reconhecida como a Lei Maior Alemã, por esta razão, alterar o texto da lei para adequá-la à realidade que não havia sido prevista inicialmente pelo legislador, poderia não ser a melhor saída para a solução do conflito.

No entanto, esse conflito entre Constituição e realidade era inevitável, afinal, estava-se diante de um documento novo que começava a tomar forma; e não apenas isso, não havia qualquer modalidade de controle de constitucionalidade como hoje se conhece, logo, nem tudo que era editado pelo legislador estava em consonância com os parâmetros definidos pelo texto constitucional.

¹ Leia-se desconstruir com o sentido de desmontar. Desmontar a teoria da mutação constitucional apresentando as principais definições dadas para o tema: desde a primeira vez em que foi utilizada, Alemanha Imperial até os dias atuais, em especial destacando o modo como utilizada pelos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes na Reclamação 4335-5/AC.

1.1 Da Reforma Constitucional

A diversidade de conceitos e interpretações para os mais variados seguimentos do direito foi e ainda continuará, por um bom tempo, sendo objeto de discussões e pesquisas dentre seus operadores.

Por esta razão, vale desde já estabelecer uma diferenciação entre terminologias que constantemente são utilizadas como sinônimas, mesmo que teoricamente guardam inúmeras diferenças entre si.

Dentro dessa perspectiva é oportuno diferenciar os conceitos de reforma constitucional e mutação constitucional. Obviamente, por não ser o objeto desta pesquisa, não serão esgotadas todas as características da reforma constitucional que, por si só abrangeria uma investigação específica.

A palavra reforma quando fracionada, leva-se a ideia de um novo formato de algo já existente; seja pela imperfeição quando de seu nascimento ou ainda pela necessidade de uma readequação ante o decurso do tempo.

O passar do tempo, a modernidade, são talvez os principais gatilhos das reformas. É certo que com o passar do tempo aquilo que até então era moderno ganhe ares de obsoleto, o que era novo passa a ser velho. Em determinados casos, a modernidade recepciona com gratidão conceitos de outrora, em outros, causa incômodo como o fel.

No direito, a modernidade também encontra guarida. Os anseios do passado cobravam determinadas posturas que possivelmente hoje não sejam mais necessárias.

Muito do que foi feito ainda se adequa à evolução, porém, outras de igual importância já não são mais objetos das vontades do homem. Desta forma, nada mais do que oportuno propor uma reforma ante aos novos paradigmas.

Sendo assim, para fins de conceituação deste instituto, apresenta-se lição estampada na obra de José Afonso da Silva² (2000, p. 65).

A reforma constitucional é definida pela doutrina como sendo o processo formal de mudança das Constituições rígidas, por meio de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, mais dificultosas do que as exigidas para a alteração das leis em geral, e dentro de certos limites, estabelecidos nas próprias Constituições para o exercício do Poder Reformador.

Desta conceituação destacam-se alguns elementos que permitem identificar a reforma constitucional, tal qual o de se tratar a reforma de um processo formal, uma vez que sua utilização encontra registro de seu procedimento no próprio texto constitucional, além de ser um procedimento executado por órgão temporário ou não, investido de poderes especiais. Tal procedimento, por sua vez, deve cumprir formalidades, mais difíceis que para a simples mudança de uma lei ordinária, cujos limites já estão previamente dispostos na Constituição.

Com isso, podemos concluir que a reforma constitucional não é um simples procedimento no direito constitucional, mas sim um importante mecanismo cuja utilização é resguardada para casos de extrema necessidade como forma de adequar à realidade política com a realidade jurídica da sociedade.

Segundo Kubliskas³ (2009, p. 40)

A existência de um mecanismo específico destinado a possibilitar a introdução de alterações no texto constitucional é de fundamental importância para o ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, a reforma constitucional é um instrumento de adequação entre a realidade política e a realidade jurídica, uma vez que permite que o texto constitucional acompanhe, *pari passu*, as modificações ocorridas na sociedade e a elas se adapte sempre que necessário. Ademais, apresenta-se como um mecanismo de articulação do Estado na medida em que permite que tal adequação ocorra sem quebra da continuidade jurídica, posto que o poder de reforma é um poder constituído e, portanto, juridicamente limitado.

Compreende-se desta maneira que a reforma constitucional se alia à evolução dos tempos; mas não a toda e qualquer evolução (visto se tratar de um

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

³ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais. Análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009.

procedimento complexo com critérios mais difíceis de serem cumpridos). Vale à reforma constitucional para adequação da realidade política e social com a jurídica sem desestabilizar a estrutura já existente.

O Poder Constituinte derivado reformador, conforme acima destacado, é o legitimado a promover a reforma constitucional; trata-se de poder disposto no texto constitucional utilizado por determinados órgãos representativos capazes de alterar o texto constitucional dentro dos próprios limites já previstos pela Constituição.

Essa modalidade de poder está previsto apenas nas Constituições escritas e rígidas, sendo exercido em momentos excepcionais e de acordo com formalidades especiais, possibilitando a adaptação do texto da Constituição aos novos tempos. (Kublisckas, 2009, p. 44)

Para definir reforma constitucional é importante se entender o que é uma constituição; obviamente não serão apresentadas todas as definições possíveis de constituição, razão pela qual se adota o entendimento firmado na obra de Georg Jellinek, destacado por Pablo Lucas Verdú⁴, em estudo preliminar a obra,

A Constituição incluem princípios jurídicos que designam os órgãos supremos do estado, seus modos de criação, suas relações mútuas, fixadas ou a abrangência de sua ação e a situação de cada um em relação ao poder do estado. (VERDU, 1991, p. LXI, tradução do Autor)⁵

Por reforma constitucional, aduz Jellinek (1991, p. 06)

As Constituições contêm preceitos legais e todo o direito é renovado e modificado por lei, seja através do direito consuetudinário, ou, como alguns afirmam e outros rejeitam, através do direito produzido por juristas (juristenrecht). Agora, se apenas capacidade destas categorias gerais não formam um pleno conhecimento da essência de tais processos estranhos e desconhecidos, somente através de uma reflexão perspicaz, terá sucesso em capturar como as fundações existentes de um estado são substituídas por outros. Por consequência, devem chegar a um profundo conhecimento da forma

⁴ VERDÚ. Pablo Lucas. *Estudios Preliminares*. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁵ La Constitución abarcan los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan o círculo de su acción y la situación de cada uno de ellos respecto del poder estatal. (VERDU, 1991, p. LXI)

de se operar estes novos processos aplicando normas até então desconhecidas para tais fenômenos. Por mais estranho que se pareça, não consigo enviar acadêmicos escritos sobre esta questão porque ele examinou somente por ocasião de investigação geral das fontes do direito: nunca em relação com o motivo de investigação geral das fontes de direito e nunca em relação a todas as suas peculiaridades. A reforma da Constituição compreende a alteração dos textos constitucionais, produzido por ações voluntárias e intencionais.⁶ (Tradução nossa)

A fim de limitar a pesquisa, por não ser o objeto desta, deixa-se de tratar do procedimento para alteração formal do texto e avançar-se-á, nesse processo inicial de diferenciação de institutos, para abordar os limites ao poder de reforma constitucional.

Diante da função de uma Constituição, sua mudança ou alteração deve ser tratada com bastante cautela de modo a manter a estabilidade de um sistema jurídico. Alterações desmedidas ou motivadas por interesses meramente políticos, por exemplo, poderiam estabelecer o caos na nação e conseqüentemente a falência do sistema em vigência.

É certo que a adequação do texto constitucional à evolução dos tempos também deve ser uma preocupação como forma de assegurar a efetividade dessa lei, mantendo-a adequada ao seu tempo. Por esta razão, os limites estabelecidos no tocante às possibilidades de reforma asseguram a existência desta Constituição, pois do contrário, o próprio texto poderia ser extirpado para dar lugar a outro.

Carl Schmitt⁷, em sua *Teoría de La Constitución*, explica que

⁶ Las Constituciones contiene preceptos jurídicos y todo el Derecho es reformado y completado sea mediante la ley, se a través del Derecho consuetudinario, o bien, según unos afirman y otros rechazan, mediante el Derecho de los juristas (juristenrecht). Ahora bien, si sólo utilizamos estas categorías generales no podremos formarnos un conocimiento cabal de la esencia de procesos tan extraños e interesantes sea con clara percepción o poco a poco, únicamente por medio de una consideración perspicaz, lograremos captar cómo los fundamentos existentes de un Estado son sustituidos por otros. Por consiguiente, hay que alcanzar un conocimiento profundo de la forma y del operar de estos procesos en lugar de contentarse con aplicar etiquetas descoloridas a tales fenómenos. Por extraño que parezca, no puedo remitir a escritos académicos sobre esta cuestión porque se ha examinado solamente con motivo de investigaciones generales de las fuentes del Derecho, y nunca en conexión con motivo de investigaciones generales de las fuentes de Derecho, y nunca en conexión con todas sus particularidades. Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas.

⁷ SCHMITT. Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1939.

A competência para reforma constitucional não é uma competência normal no sentido de fazer parte de um rol de atividades regulamentadas e delimitados. Reformar as leis constitucionais não é uma função normal do estado, tais como criar leis, resolver processos, editar atos administrativos, etc. É uma faculdade extraordinária. No entanto, não é ilimitada; para continuar a ser uma autoridade em direito constitucional, é, portanto, como todo corpo docente jurídico-constitucional, limitado e, neste sentido, «competência» autêntica.

A regulamentação no âmbito de um jurídico-constitucional não dá poderes ilimitados; toda a competência é limitada. (1939, p. 118) [...] O corpo docente da reforma constitucional contém, portanto, apenas a faculdade de praticar, prescrições jurídico-constitucionais, reformas, adições, exclusões, reconstruções, etc.; mas mantendo a constituição; Não o poder de dar uma nova Constituição, nem a reforma, ampliar ou substituir sua própria base. (1939, p. 119, tradução nossa)⁸

A necessidade de estabelecer limites ao poder de reformar a constituição é indispensável para o ordenamento constitucional, posto que este deve ser reconhecida como instrumento capaz de assegurar a continuidade do texto constitucional.

Essa provavelmente seja a maior preocupação quando se fala em mutação constitucional que, conforme será adiante demonstrada, com base na doutrina clássica, é uma forma de alteração informal da Constituição.

Dentre as possíveis limitações para modificação do texto constitucional, Kubliskas (2009, p. 59) nos apresenta algumas categorias como: limitações procedimentais, temporais, circunstanciais e materiais.

⁸ La competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal en el sentido de un círculo de actividades regulado y delimitado. Reformar las leyes constitucionales no es una función normal del Estado, como dar leyes, resolver procesos, realizar actos administrativos, etc. Es una facultad extraordinaria. Sin embargo, no ilimitada; pues, al seguir siendo una facultad atribuida en ley constitucional, es, como toda facultad legal-constitucional, limitada y, en tal sentido, «competencia» autêntica. En el marco de una regulación legal-constitucional no pueden darse facultades ilimitadas; toda competencia es limitada. (1939, p. 118) [...] La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc.; pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional

Entende-se por limitações procedimentais aquelas impostas dentro do texto constitucional pelo Poder constituinte originário, limitações estas que estão ligadas à observância de critérios mais dificultosos que para a simples modificação de uma lei.

As limitações temporais definem a impossibilidade de reforma do texto constitucional em determinados períodos dando como exemplo a impossibilidade de mudança do texto logo após sua promulgação. Segundo Kubliskas (2009, p. 58) a mudança do texto logo após sua publicação poderia causar instabilidade nesse novo período; outra forma de limitação, segundo o autor, seria determinada por períodos. (a cada cinco anos, quinze anos).

Kubliskas define limitações circunstanciais como sendo aquelas que se reportam a *estados de crise*:

As limitações circunstanciais reportam-se a *estados de crise* – intervenção federal, estado de guerra, estado de defesa, estado de sítio e etc. – e tornam ilegítimas todas e quaisquer alterações constitucionais empreendidas nessas ocasiões. (2009, p. 60)

As limitações circunstanciais podem parecer óbvias em se tratado de Estado devidamente organizado cujas relações encontram-se estáveis e em paz, no entanto, em se tratando de períodos de instabilidade como guerra, estado de sítio, as relações ficam comprometidas e a política do “vale tudo” pode ganhar espaço e conseqüentemente trazer ao ordenamento mudanças absurdas e indevidas se analisadas sob o aspecto da legalidade.

As cláusulas pétreas, sinônimo de limitações materiais, tratam de matérias que não podem sofrer mudanças de modo a garantir e proteger normas fundamentais.

Para Kubliskas (2009, p. 61),

As limitações materiais – ou cláusulas pétreas – são os dispositivos inseridos no texto constitucional que excluem de maneira absoluta a possibilidade de determinadas matérias – consideradas nucleares dentro do sistema – virem a ser objeto de reforma constitucional, de modo que reste assegurada a integridade e a identidade da Constituição.

Portanto, ainda que se promova a tentativa de mudança, em se tratando de cláusulas pétreas isso não será possível evitando assim o comprometimento da estabilidade das relações jurídicas e, acima de tudo, democráticas.

Nesse sentido, até como forma de aumentar a expectativa pelo objeto desta pesquisa abordado nos próximos capítulos, verifica-se que a mutação constitucional, tratada da forma como foi por alguns ministros do STF, pode abrir precedente a mudança de interpretações de normas fundamentais sem critérios..

Retomando as limitações materiais, Kubliskas apresenta a existência de polêmicas quanto às cláusulas pétreas. Em primeiro, a possibilidade de existirem além das limitações previstas pelo texto constitucional, limitações implícitas que dependeriam de interpretação. Em segundo, a possibilidade de alteração das cláusulas pétreas.

No tocante às limitações implícitas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹ explica que existem duas correntes: aquelas que não aceitam a existência de tais limitações implícitas (capitaneadas por autores como Willoughby e Ramirez – esta corrente para o autor superada) e a corrente dos que aceitam as limitações implícitas no texto (defendida por Carl Schmitt e Cooley)

Ao falar da segunda corrente, Carl Schmitt aparece como seu principal expoente aduzindo que:

A proteção conferida pelas cláusulas pétreas não se limita a vedação da alteração dos princípios declarados intocáveis, mas se estende à vedação da modificação da própria cláusula de inamodificabilidade. Nesse sentido, seria ilegítima não só uma alteração constitucional que reduzisse a proteção conferida às matérias elencadas como intangíveis, mas também uma alteração que atingisse a intangibilidade da cláusula pétrea. (Kubliskas, p. 63)

Nelson de Sousa Sampaio, referenciado por Kubliskas como o principal expoente da doutrina contemporânea sobre essa discussão, identifica três grandes limitações implícitas ao poder reformador: a) proibição da alteração do titular do Poder constituinte; b) vedação da modificação de normas referentes ao titular do

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

poder reformador; c) impossibilidade da alteração do procedimento de modificação constitucional. (2009, p. 63)

Ou seja, apesar de não estarem previstas expressamente no texto constitucional, as limitações acima apesar de implícitas, devem ser respeitadas e conseqüentemente imutáveis.

A segunda polêmica quanto às cláusulas pétreas seria sobre a possibilidade ou não de modificá-las, ou seja, após sua edição, questionam diversos autores sobre uma possível alteração do texto legal. Kubliskas nos apresenta três correntes que discorrem sobre o tema.

A primeira corrente nega haver distinção entre o Poder Constituinte originário e o Poder Constituinte derivado reformador, por isso, o povo teria o direito de rever a qualquer tempo sua posição diante das “transformações de valores”.¹⁰

Carl Schmitt¹¹, assim como Konrad Hesse e Gomes Canotilho defendem a imutabilidade das cláusulas pétreas, trata-se da segunda corrente. Kubliskas (2009, p. 65) nos explica que esta corrente parte da distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado reformador sustentando que este último “não pode se substituir ao primeiro e suprimir ou modificar a identidade da Constituição”.

Por fim, mas não menos importante a terceira corrente que discorre sobre tal polêmica aceita a possibilidade de mudança das cláusulas pétreas; tratam isso como a existência de uma “imutabilidade relativa das cláusulas pétreas”. Essa corrente vem liderada dentre outros por Gilmar Ferreira Mendes e Jorge Miranda.

¹⁰ A primeira corrente, defendida por autores como Duguit, Barthélemy, Duverger e Vedel, simplesmente refuta a validade e a legitimidade das cláusulas de intangibilidade na medida em que nega a distinção entre o Poder Constituinte originário e o Poder Constituinte derivado reformador. Para os referidos autores guardadas as devidas peculiaridades, o povo tem sempre o direito de rever suas posições e de aceitar as transformações de valores que se processam no tempo, ainda que em detrimento de princípios e pontos fundamentais ou institucionais anteriormente aceitos como válidos. (Kubliskas, 2009, p.64)

¹¹ Oportuno ao falar da teoria de Carl Schmitt, fazer a distinção entre lei constitucional e constituição. Para Schmitt há diferença entre Constituição e lei constitucional; é conteúdo próprio da Constituição aquilo que diz respeito à forma de Estado, à forma de governo, aos órgãos do poder e à declaração dos direitos individuais. Outros assuntos, embora tratados na Constituição, são classificados por lei constitucional.

Para Gilmar Ferreira Mendes *apud* Kubliskas os limites materiais explícitos ao poder de reforma podem ser superados mediante um processo de emenda constitucional em duas etapas: a primeira, destinada a derrogar a norma proibitiva; a segunda com o propósito de instituir as reformas pretendidas. (2009, p.66)

Ainda percorrendo pela terceira corrente, apenas como forma de ilustrar a tendência “inovadora” das propostas de Gilmar Mendes¹² o mesmo busca amparar sua teoria de imutabilidade relativa das cláusulas pétreas nos ensinamentos propostos por Karl Loewenstein:

O desenvolvimento político dinâmico pode parecer até certo ponto algo normal, permanecendo estáveis, mas em tempos de crise são só pedaços de papel, varrido pelo vento da realidade política. (Mendes, p.74) (tradução nossa).¹³

Logo, para Mendes (1994, p. 75) não guardaria eficácia alguma a proibição da mutabilidade das cláusulas pétreas, pois a qualquer tempo, diante de crises políticas, essas poderiam ser facilmente suprimidas do texto constitucional. Nesse sentido, Loewenstein exemplifica que:

Quando na América Latina um presidente quer tornar-se ditador, simplesmente, substitui por um golpe de estado, a Constituição, que proíbe sua reeleição e prescreve um novo ditame, conferindo legitimidade ao seu poder ilimitado. (Karl Loewenstein apud Gilmar Mendes, 1997, p. 75)¹⁴(tradução nossa)

Vistas tais correntes, coloca-se a refletir sobre essa impossibilidade de revisar o texto constitucional em face da necessidade de adequá-lo ao contexto social e político.

Essa discussão sobre o direito e a realidade social sempre caminhou pelos corredores da sociologia jurídica umas vez que são “elos de uma corrente necessária”. Ricanséns Siches, sociólogo Guatemalteco, explica que:

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Os limites da revisão constitucional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Vol. 21. 1997

¹³ En un desarrollo normal de lá dinámica política puede ser que hasta cierto punto se mantengan firmes, pero em épocas de crisis son tån solo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política.

¹⁴ Cuando em Iberoamérica un presidente se quiere hacer dictador, anula simplemente, por un golpe de Estado, la constitución que lo prohíbe de la reelección y se prescribe una nueva que le transmite legalmente el poder ilimitado.

O direito é um fato social. Independente de ser um conjunto de significações normativas, de outro ponto de vista é um conjunto de fenômenos que se dão na realidade da vida social. (*apud* Bezerra¹⁵, p. 02)

Ainda por estes trilhos, Mendes (1997, p. 75) se posiciona alertando que:

O grande desafio da jurisdição constitucional é não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo.

Como isso, trava-se o marco para exibir a mutação constitucional que, conforme foi interpretada pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação 4335-5/AC se apresenta um mecanismo eficaz para adequar o texto constitucional com a realidade social e política dando uma nova interpretação ao texto (inclusive prevendo a mudança de sua redação); mas isso não seria a reforma constitucional? Eis o início do problema.

1.2 Da Mutação Constitucional: origem e (in) evolução.

Dando início ao estudo do presente instituto, oportuno teorizar e apresentar os conceitos e definições que circundam o tema: seja para estabelecer a diferença com a Reforma Constitucional seja para demonstrar que aquilo chamado por alguns ministros do STF de mutação constitucional não passa de uma maquiagem para manipulação do texto constitucional em face de uma possível “adequação à realidade social”. Importante também deixar claro, sem sombra de dúvidas, que não se contesta a possibilidade de interpretação do texto, mas que o ato de interpretar não deve ser visto como possibilidade de manipular.

Logo adiante, demonstrar-se-á que alguns ministros do STF se utilizaram do instituto da mutação constitucional para legitimar sua atuação alegando que se estaria alterando apenas o sentido, a interpretação do texto e não a sua forma. Por

15 BEZERRA, Paulo César Santos. Mutação constitucional: os processos mutacionais como mecanismos de acesso à justiça. Disponível em: <<http://www.sefaz.pe.gov.br/flexplub/versao1/filesdirectory/sessions579.pdf>> Acesso em: 02 out. 2012.

hora, importante destacar que o ato de interpretar não pode ser lido como sinônimo de manipular, ou que toda interpretação é uma manipulação.

Diante da cobrança feita pela sociedade por um sistema adequado ao tempo, propõe alguns de seus ministros, ainda que implicitamente, que o STF assuma um papel arbitrário, atuando da maneira como bem entende ainda que contrariando o próprio Texto Maior.

Oportuno destacar que não se faz uso da palavra evolução em seu sentido positivista afirmando que houve o aperfeiçoamento do instituto, melhorias, mas sim buscando demonstrar a evolução histórica: desde a primeira teoria firmada até os dias atuais.

1.2.1 Paul Laband e a Constituição Alemã

Um dos primeiros estudos que procuravam traçar uma diferenciação entre reforma constitucional, como alteração formal (*Verfassungänderung*) e mutação constitucional, sinônimo de alteração informal (*Verfassungswandlung*) apareceu por volta de 1895 na obra de Paul Laband em sua obra intitulada *Wandlung der Deutsch Reichverfassung (Mutação da Constitui o Alemã)*.

Sanchez Urrutia (2000, p. 105) identifica que a mutação constitucional surge na Alemanha entre o final do século XIX e início do século XX quando se depararam com a necessidade de alteração do texto constitucional, esta entendida como uma norma obrigatória, diante da realidade social que se vivia.

Os doutrinadores da escola alemã de direito público foram os primeiros a experimentar diretamente a este fenômeno. Os postulados da escola, na medida em que preconiza o estudo dogmático de direito público, constituem o necessário ponto de partida para considerar o problema da mutação constitucional, assim como em mudar a realidade constitucional, além dos procedimentos formais de reforma. Neste sentido, só poderá surgir o problema da mutação constitucional se a constituição for concebida como uma norma obrigatória.¹⁶ (tradução nossa)

¹⁶ Son autores de la Escuela Alemana de Derecho Público los primeros en tratar de forma directa este fenómeno. Los postulados de esta escuela, en cuanto propugna el estudio dogmático del derecho público, constituyen el punto de partida necesario para plantearse el problema de la mutación

Laband *apud* Sanchez Urrutia afirma que a alteração informal poderia se dar sobre três formas:

1) pela regulação das leis do império sobre os elementos centrais do Estado não previstos ou previstos de modo colateral pela constituição; 2) por modificações dos elementos centrais do Estado por meio de leis do império que contradizem o conteúdo da Constituição; 3) pela alteração dos elementos centrais do Estado por meio de usos e costumes dos Poderes Públicos. (2000, p. 108)

Laband vivenciou o período imperial e, sob sua ótica, a regulamentação constitucional daquela época era insuficiente, razão pela qual era necessária a adequação do texto aos fatos relevantes que fossem surgindo. O autor constatou a necessidade utilizar da mutação quando havia necessidade de alteração do texto constitucional fora dos mecanismos formais estabelecidos, mesmo sendo a lei alterada a responsável pela manutenção do Estado.

Sanchez Urrutia¹⁷ (2000, p. 108) cita como exemplo de legislação insuficiente, a inexistência de definição da posição dos ministros do Império e falta de previsão de um procedimento para incorporação de novos territórios à Federação.

A força normativa da Constituição precisava ser assegurada como forma de manutenção do Estado, no entanto, a rigidez constitucional proposta era insuficiente para tanto, nas palavras de Georg Jellinek *apud* Sanchez Urrutia (2000, p. 106) “*la rigidez constitucional, em muchos casos, constituye una garantía insuficiente para asegurar la fuerza normativa de la Constitución*”.¹⁸

Ao definir Constituição Laband aduz que se trata de uma lei diferente das demais, sendo especial por garantir segurança e estabilidade como nenhuma outra

constitucional en cuanto cambio de La realidad constitucional al margen de los procedimientos formales de reforma. En este sentido, sólo puede plantearse el problema de la mutación constitucional a partir de concebir la Constitución como norma obligatoria.

¹⁷ SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de La Constitución. Una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000.

¹⁸ "A rigidez constitucional, em muitos casos é garantia suficiente para sustentar a força normativa da Constituição." (Tradução nossa)

espécie de lei. No entanto, define também que a Constituição pode sofrer alteração informal quando:

É por um lado, um enorme conteúdo de disposições, cujo significado é de pouco interesse para a maioria da população, e que por outro lado, a verdadeira essência da lei do estado consagrado na Constituição pode experimentar uma mudança significativa e radical sem afetar o texto constitucional, alterar sua expressão escrita. (SANCHEZ URRUTIA, 2000, p. 108)¹⁹ (Tradução nossa)

Para Laband, a faculdade de referendar os atos do *Kaiser* através da legislação era uma das formas de mutação da constituição mais importante; a constituição do *reich* informava que apenas a figura do *chancelier* dava validade a tais atos. No entanto, em 1879 cria-se na Constituição a figura do *Generalvestreter* ao que lhe facultava a possibilidade de também referendar tais atos. A fragilidade da lei era conhecida e sua manutenção era necessária, razão pela qual aceitavam a ideia da mutação como processo de interpretação da Constituição, nesse caso exercida pela figura do *chancelier* e do *generalvestreter*.

A lei de finanças do *Reich* posteriormente conhecida por Cláusula Frankenstein pode ser utilizada como exemplo da presença da mutação constitucional. Nos termos do artigo 38 da Constituição, o produto da Alfândega e das importações abasteceria o Caixa do Tesouro Nacional, caixa do *Reich*. No entanto, o artigo 70 da Lei de Finanças dispunha que o produto não permaneceria nesse caixa, mas apenas passaria por ele. Por meio de uma reforma as alterações trazidas pela Lei de Finanças foram elevadas ao nível constitucional. (Sanchez Urrutia, p. 109)

Ao que parece Laband criou a teoria da mutação para dar suporte à sua base positivista legalista e com isso ficar intencionalmente míope para os problemas de natureza política ocorridos e as violações sistemáticas ao texto da constitucional, até pela falta de um sistema de controle de constitucionalidade.

¹⁹ se encuentra por un lado, que contiene disposiciones numerosas de significado subordinado y pasajero, de escaso interes para la mayoría de la población, y que por el otro, la esencia real del derecho del Estado plasmada en la Constitución puede experimentar una modificación radical y significativa sin que el texto constitucional vea alterada su expresión escrita.

1.2.2 Georg Jellinek – Primeiros Conceitos

O filósofo e professor Georg Jellinek, juiz alemão, também se preocupou com o estudo da possibilidade de mudança informal da constituição; para o autor, a diferença principal entre a mutação e a reforma constitucional reside na intenção do intérprete, se o mesmo desejou mudar a constituição ou não. Sua obra *Reforma y Mutación de la Constitución*²⁰ serviu de paradigma às posteriores teorias de Smend, Loewenstein e Hsu Dau-Lin.

Segundo o autor a diferença de mutação constitucional e reforma constitucional pode ser assim descrita:

Por reforma da Constituição, entendo que seja a alteração dos textos constitucionais produzidas pelas ações voluntárias e intencionais. E por mutação compreendo as modificações que deixam incólume o texto sem alterá-la formalmente, produzido pelo fato de que não tem que ser acompanhada da intenção, ou consciência. (1991, p. 07)²¹ (tradução nossa)

Jellinek apresenta um conceito diferente de Paul Laband que, como vimos acima, se preocupava com a existência ou não de um texto constitucional. Para Jellinek a intenção em mudar o texto constitucional implicava na diferenciação de ambos os institutos.

Paul Laband trazia sua conceituação alicerçada na existência de um processo formal que possibilitasse a modificação da norma através de um texto e Jellinek já analisava a “intenção” em modificar o texto. Para este autor, a reforma constitucional poderia ocorrer dentre três possibilidades: ab-rogação total do texto (nessa possibilidade a constituição seria revogada em sua totalidade), receber outro texto (ou seja, após a reforma, a constituição tem seu texto substituído) e, ser substituído por leis constitucionais posteriores (o texto não é substituído, no entanto,

²⁰ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução de Christian Forter. Madrid, Centro de Estudio Constitucionales, 1991.

²¹ 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 hecho que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación.

leis constitucionais posteriores acabam por revogá-lo tacitamente, como assim definido por Jellinek).

Segundo Sanchez Urrutia (2000, p. 111)

Ao contrário da reforma constitucional, que sempre é intencional, para Jellinek, a mutação constitucional implica mudança para atos não-intencionais que não alteram o texto da Constituição expressamente. Na descrição do fenômeno, é sistemático: recolhe dados ordenados sobre mudanças informais das Constituições de sua época. Assim, faz referência à mutação constitucional, através de prática parlamentar, administração e jurisdição; a necessidade política como um fator na transformação da Constituição; para a mutação constitucional resultante de práticas convencionais; mutação da constituição pelo desuso de escolas estaduais e o problema do resultado de mutações constitucionais, lacunas na Constituição e a sua integração.²² (tradução nossa)

Portanto, a grande diferença para Jellinek entre reforma e mutação residia na vontade em transformar o texto, ou seja, a reforma sempre se daria de forma intencional e a mutação ocorreria sem que para tanto fossem praticados atos com esta intenção. Como exemplo, o autor explica que a mutação deriva da prática do parlamento, da administração ou da justiça, assim como pela necessidade política de uma transformação da Constituição.

O contexto histórico vivido por Jellinek era o de ausência de instrumento para controle de constitucionalidade de leis razão pela qual as leis editadas pelo parlamento constantemente obrigavam a modificação do texto constitucional.

Outra característica do período vivido por Jellinek é o Estado como ícone fundamental do direito público, ou seja, pela necessidade do Estado não haveria qualquer outro poder que pudesse evitar a mudança. Assim como boa parte dos

²² A diferencia de la reforma constitucional que siempre es intencional, para Jellinek, la mutación constitucional supone el cambio operado por actos no intencionados que no alteran expresamente el texto de la Constitución. En la descripción del fenómeno, es poco sistemático: recoge de manera poco ordenada datos sobre los cambios informales de las Constituciones de su época. Así hace referencia a la mutación constitucional a través de la práctica parlamentaria, por la administración y por la jurisdicción; a la necesidad política como factor de la transformación de la Constitución; a la mutación constitucional resultante de la práctica convencional; a la mutación de la Constitución por desuso de las facultades estatales y al problema de las mutaciones constitucionales consecuencia de las lagunas de la Constitución y su integración.

autores desta época, Jellinek defendia que a vontade do Estado não poderia ser confrontada, que não haveria poder maior que o estatal.

É possível destacar que tanto para Laband como para Jellinek a mutação era a saída para fazer prevalecer a vontade do Estado que não poderia ser afrontada. O período por eles vivido também não permitia que a Constituição pudesse causar instabilidades ou mesmo a própria descrença na lei maior. Por esta razão, tais autores aceitam a mutação constitucional como uma forma de o Estado corrigir (ainda que implicitamente) possíveis falhas existentes na lei.

Para explicar a possibilidade de mudança informal da Constituição pela vontade política, Jellinek se ampara na teoria de Dicey segundo o qual defendia a existência de um fenômeno chamado “convenções constitucionais”. Por tais convenções, assim como entendimentos, práticas (que apesar de serem regras), não deveriam ser aplicadas já que na realidade isso já acontecia. Para este autor a Constituição poderia ser mudada pelo simples desuso em razão da prática de atos do parlamento, mesmo que conflitante com o texto constitucional.

Nesse sentido, explica Sanchez Urrutia que:

Jellinek, no entanto, se afasta radicalmente da definição de Dicey em um aspecto importante. Para Dicey convenções não eram regras do direito porque eles não eram aplicáveis pelos tribunais (impostos); Jellinek, enquanto como Dicey, considera como não coercitivas as regras, convenções, [... são considerados direito na medida em que eles contêm normas reconhecidas e garantidas para o exercício do poder de estado, embora na maioria dos casos eles não são vinculativas, mas flexível, porque eles sempre se adaptam às relações políticas que estão continuamente mudando] (2000, p. 112)²³ (tradução nossa)

O autor afirma que a mutação constitucional não ocorre especificamente quando o legislador atua interpretando a lei constitucional em detrimento das leis

²³ Jellinek, sin embargo, se aparta radicalmente de la definición de Dicey en un aspecto importante. Para Dicey las convenciones no eran reglas de derecho porque no eran aplicables por los tribunales (enforced); Jellinek, a pesar de que al igual que Dicey considera a las convenciones como normas no coercibles, considera que [... son Derecho en cuanto contienen normas reconocidas y garantizadas para el ejercicio del poder estatal, aunque en la mayoría de los casos no tienen carácter vinculante sino flexible, porque se adaptan siempre a las relaciones políticas que cambian continuamente]

infraconstitucionais, mas também ocorre com as práticas do parlamento, da administração ou do próprio Tribunal.

Oportuno destacar uma passagem da obra de Jellinek que será confrontada na sequência dessa pesquisa no tocante a interpretação da lei constitucional pelo parlamento e tribunal:

Eles interpretam as leis e normas constitucionais, mas então uma lei constitucional pode adquirir, pouco a pouco, um significado completamente diferente que antes, no sistema jurídico original. No que respeita o princípio do parlamento em ter que decidir, em primeiro lugar, sobre a constitucionalidade de suas resoluções. A resolução do Parlamento depende de um ato do governo para atingir sua validade e, em seguida, a possibilidade de evitar uma desvio da Constituição. No entanto, quando a decisão do governo coincide com a do parlamentar, então não existe quaisquer meios para impedir tal desvio. (1991, p.16)²⁴ (tradução nossa)

Percebe-se que Jellinek se filiava à corrente dos que defendiam a mudança do texto constitucional como forma de adequá-lo ao tempo, por alguma necessidade que não possibilitava aguardar o procedimento específico para tanto, mas ao mesmo tempo se preocupava com a insegurança jurídica que tais alterações, feitas de forma discricionária, poderiam causar ao sistema.

Veja que Jellinek aceita a ideia de mutação constitucional desde que não haja alteração do texto e, caso uma interpretação emanada do Parlamento dependa de ato do governo, estes devem estar de pleno acordo. Do contrário, ocorre lesão aos princípios constitucionais, tornando inválida a possibilidade de mutação da constituição.

Complementando, afirma Jellinek:

Agora, se uma câmara definitivamente aprova uma resolução que viola a Constituição, então existem prescrições constitucionais válidas. Se você constantemente utiliza uma prescrição

²⁴ Han de interpretar las leyes y también las normas constitucionales, pero de modo subreptício una ley constitucional puede adquirir, poco a poco, un significado totalmente distinto al que tenía en el sistema jurídico originario. Em lo que atañe a los Parlamentos em principio tienen que decidir, ante todo, sobre la constitucionalidad de sus resoluciones. Si la resolución del parlamento depende de un acto del Gobierno para alcanzar su validez, entonces cabe la posibilidad de evitar una desviación de la Constitución. Sin embargo, cuando la decisión gubernamental coincide con la parlamentaria, entonces no hay ningún medio para evitar tal desviación.

inconstitucional, poderá resultar no surgir uma mutação da Constituição. (1991, p. 16)²⁵ (Tradução nossa)

O autor afirma que este tipo de situação pode ocorrer com os regramentos constitucionais; para eles as regras do parlamento deveriam obedecer às leis constitucionais, mas na Idade Média, ante a autonomia do parlamento e de seus governantes, eram flagrantes os casos de possíveis “inconstitucionalidades”.

O quarto capítulo da obra de Georg Jellinek é talvez aquele que mais nos chama atenção, pois nesse tópico o autor aborda a necessidade política como justificativa de transformação da Constituição. Para ele, as constantes “usurpaciones y revoluciones” acabam por transformar a Constituição; os fenômenos históricos também podem influenciar nessa mudança e não apenas eles, a vida normal de um Estado também pode justificar a modificação da organização do estado com a letra da Constituição.

Justificando-se, aduz que é necessário o estudo das mutações constitucionais pelo fato de que a mente humana não é capaz de prever tudo aquilo que ainda não aconteceu, situações que possivelmente ainda não foram experimentadas.

Por esta impossibilidade de se prever o futuro Jellinek coloca que “las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal” e que “las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica” (1991, p. 84)²⁶

Em face dessa incapacidade das leis editadas pelo parlamento de prever todas as situações que circundam o ordenamento jurídico, Jellinek atribuía ao judiciário empregar sentido a tais leis sem a necessidade de alterar o texto a todo e qualquer momento. Talvez nesse ponto seja necessário criticar a teoria estabelecida

²⁵ Ahora bien, si una Cámara aprueba de manera definitiva una resolución que contraviene a la Constitución, entonces no hay posibilidad alguna de que tengan validez las prescripciones constitucionales. Si se da de forma constante una actuación inconstitucional de este tipo, puede surgir una mutación de la Constitución.

²⁶ "Proposições jurídicas são incapazes de dominar, de fato, a distribuição do poder do Estado" e que "as forças políticas reais operam de acordo com suas próprias leis, que atuam de forma independente de qualquer forma legal" (Tradução nossa)

por Jellinek que deixa de delinear os limites às mutações constituições; para o Autor, o positivismo jurídico era incompleto já que não se mostrava capaz de corresponder a todos os fatos jurídicos previsíveis e imprevisíveis; no entanto não defendia a ruptura com esse sistema, apenas tenta complementá-lo.

1.2.3 A Constituição Weimar e suas inovações

Historicamente, a Constituição Weimar traça para Alemanha de 1919 a 1933 uma nova proposta de gestão do que ainda chamavam de Império (sim, uma vez que a Constituição Weimar torna a Alemanha um estado mais liberal); é certo que o Estado Liberal se mostrava em crise e o Estado Social ganhava espaço na proteção dos chamados direitos de 2ª geração (trabalho, educação, cultura).

A Constituição Weimar inaugura um novo período, trazendo em seu bojo não apenas os direitos fundamentais que já eram conhecidos, mas também os direitos sociais; nesse sentido, Sanchez Urrutia (2000, p. 114) afirma que essa nova constituição tenta criar um regime constitucional-liberal combinando direitos individuais clássicos com direitos coletivos. E mais,

A constituição alemã de Weimar não contemplada a possibilidade de um controle judicial centralizado de constitucionalidade, no entanto, no seu âmbito, coexistem diferentes sistemas parciais: - controle primário da lei estadual sobre o direito dos Estados federados; - Controle das disputas constitucionais, ser entre constitucionais ou os organismos regionais; - controle dos juízes. Juízes controlado o pré-constitucional sob a revoga cláusula da Constituição.²⁷ (tradução nossa)

A Constituição de Weimar não previa o que hoje se conhece por controle de constitucionalidade das leis, apesar dos subsistemas apresentado por Urrutia. O período vivido pela Alemanha era de muita insegurança, já que um novo sistema estava nascendo; o absolutismo do império deu espaço para uma nova tendência que valorizasse o homem, centralizando-o como elemento principal do universo.

²⁷ La Constitución alemana de Weimar no contemplaba la posibilidad de un control jurisdiccional centralizado de la Constitucionalidad, sin embargo, en su marco, coexistieron distintos sistemas parciales: - El control de la primacía del derecho estatal sobre el derecho de lós Lander; - El control de los conflictos constitucionales, sea entre órganos constitucionales o entes regionales; - Control difuso de los jueces. Los jueces controlaban el derecho preconstitucional en virtud de la cláusula derogatoria de la Constitución.

O Professor Oscar Vilhena Vieira²⁸ narra com absoluta propriedade o período que antecedia a Constituição Weimar.

As barbáries dos totalitarismos, onde o direito transfigurado em um mero mecanismo de organização e imposição da força, alertam para a necessidade de se reconstruir o sistema jurídico a partir de conteúdo ético mais sólido (1997, p. 58)

A doutrina constitucional apresentada pela época Weimar é considerada o nascedouro da Teoria da Mutação Constitucional graças à instabilidade vivida nesse período; estudiosos dessa época procuravam compreender a relação entre a Constituição escrita e a dinâmica política (motivo determinante para a mudança do texto constitucional).

Ao que parece, a Constituição Weimar trouxe uma série de direitos e garantias cuja efetividade dependeria da implantação de políticas públicas que permitisse que assim se desse. Do contrário, (e aí nascem as críticas) as propostas do texto constitucional se assemelhavam a uma promessa política, um compromisso futuro.

1.2.4 – Normalidade e normatividade: Hermann Heller

O jurista e político ativista do Partido Social Democrata Alemão Hermann Heller define a constituição como a organização material do Estado; tal definição encontra suporte na Teoria de Lassale segundo o qual a constituição material estaria determinada pelas relações reais de poder.

Nesse sentido, Sanches Urrutia (2000, 116) cita Heller no tocante as relações de poder e, segundo ele, “esas relaciones reales de poder se hallan en constante movimiento, no obstante lo cual no dan lugar a un caos sino que engendran, como organización y constitución, la unidad y ordenación del Estado”.²⁹

²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição como reserva de justiça*. Disponível para acesso em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n42/a03n42.pdf>> Acesso em 07/03/2012

²⁹ "Essas relações de poder reais estão em constante movimento, o que no entanto, não levam ao caos eles se reproduzem, como uma organização e constituição, e da unidade de gestão do Estado" (Tradução nossa)

Caldwell *apud* Pedron (2012, p. 107) afirma que “o pensamento de Heller é marcado por uma adesão ao pensamento conservador tradicional de matriz neohegeliana (totalidade do Estado), que irá transportar a concepção moral de política para uma noção de interesse nacional ou de razão de Estado”.

Heller constata que o direito não serve unicamente para determinar a orientação política de um Estado dependendo para isso de uma análise mais ampliada sob a ótica da vida social.

Segundo relata o Professor Gilberto Bercovici³⁰ em sua tese para a Livre Docência na Universidade de São Paulo, a teoria de Heller conflitava com a teoria de Carl Schmitt

Com o agravamento da crise econômica, a partir de 1929, a reação dos setores dominante se volta não só contra as concepções sociais democratas, mas também contra os direitos e garantias do Estado Social previstas na Constituição. É nesse contexto que ganha um destaque cada vez maior a teoria de Carl Schmitt especialmente sua preocupação em torno da ideia de “estado de exceção econômico” e de “estado total”. Para Schmitt, o Estado Total representa o fim da distinção entre Estado e sociedade e entre Estado e economia com a perda do monopólio do político por parte do Estado. [...]

Heller buscou mostrar que havia alternativa ao caminho autoritário defendido por Schmitt, por meio da própria ordem constitucional de Weimar, cujo aprofundamento levaria ao Estado Social de Direito, que poderia incluir a totalidade da população em um sistema de democracia política, econômica e social (2003, p. 10)

A teoria de Heller se ampara no binômio normalidade e normatividade; conciliar o estático e o dinâmico. De um lado se depara com uma espécie de constituição normatizada e de outro uma constituição não normatizada. Para compreender tal teoria Heller orienta que o lado estático da Constituição não pode ser analisado separadamente do lado dinâmico e de igual forma a normalidade e normatividade, o ser e o dever-ser também não. (Sanchez Urrutia, p. 117)

³⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado Total e o Estado Social. Atualidade do debate sobre o direito, Estado e economia na República de Weimar*. Tese de Livre Docência apresentada ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro – Área de direito econômico e financeiro da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nos termos do edital FD 14/2003 , publicado no Diário Oficial do Estado em 16 de abril de 2003. São Paulo, 2003

Segundo Pedron (2012, p. 109) Heller define a normalidade como o conjunto de condutas normatizadas somadas a este as regras de previsão que seriam nada mais que condutas prováveis de se repetirem pela sociedade entre seus membros. Por normatividade Heller entende ser o “agir conforme determinados critérios positivos de valor”.

Para Heller, o texto constitucional pode se transformar de maneiras distintas:

alterar o conteúdo dos elementos normalizados não jurídicos (princípios constitucionais e princípios gerais do direito), ou como resultado de mutações constitucionais envolvendo a superação dos itens regulados pela normalidade. Heller identifica os elementos não regulamentados com os "princípios". De acordo com Heller, a ausência de conteúdo preciso seria a característica que torna possível os princípios evoluírem e desempenharem um papel transformador na Constituição. (Sanchez Urrutia, 2000, p. 117)³¹ (tradução nossa)

Em suma, Heller admite que a normalidade acaba por criar a normatividade e, de igual forma, a normatividade cria a normalidade; determinados princípios não se apresentam com conteúdos precisos, razão pela qual se permite a interpretação dos mesmos. Pelo mesmo enfoque, a normatividade acaba perdendo sua capacidade de normalizar comprovando que a realidade pode se tornar mais forte que a própria norma. A repetição constante dessas adequações do texto constitucional daria ensejo ao conceito de mutação constitucional.³².

Destaca-se que, assim como os demais, apesar de ter sua própria teoria, Herman Heller também abre precedente a possibilidade de fazer valer aquilo que

³¹ por el cambio de contenido de los elementos normados no jurídicos (principios constitucionales y principios generales del derecho), o como consecuencia de las mutaciones constitucionales que suponen la superación de los elementos normados por La normalidad. Heller identifica los elementos normados no jurídicos con los «principios». Según Heller, la ausencia de contenido preciso sería la característica que hace posible que los principios evolucionen y desempeñen una función transformadora dentro de la Constitución.

³² la normatividad puede perder su capacidad normalizadora y el uso social —La realidad no normada—, puede [revelarse](#) más fuerte que la norma estatal. La relativa frecuencia de este fenómeno es lo que explicaría la atención que la doctrina y en especial la Escuela Alemana de Derecho Público (Jellinek) ha prestado a las mutaciones constitucionales que ocurren al margen de la norma constitucional. (Sanchez Urrutia, 2000, p. 118). regulamentos podem perder sua capacidade de normalização social, a realidade não normatizada -, pode revelar-se mais forte do que o padrão do estado. A frequência relativa deste fenômeno é a atenção que explicaria a doutrina e, especialmente, a Escola Alemã de Direito Público (Jellinek) forneceu uma mutações constitucionais que ocorrem fora da norma constitucional. (Tradução nossa)

passa pela interpretação. Ou seja, para Heller a normatividade deixa de ter sentido se não estiver adequada a normalidade.

A Mutação Constitucional defendida por Laband e por Jellinek é demasiadamente criticada por Herman Heller pelo fato de que seus antecessores não compreendem a Constituição como um fato dinâmico e mais, a mutação estaria adstrita a casos de pequena importância.

A tese de Heller se apresenta muito bem resumida nas palavras de Sanchez Urrutia quando afirma que a normatividade do sistema constitucional está constantemente tentando se adequar à normalidade e quando se obtém êxito nessa tentativa se preserva a continuidade do ordenamento jurídico. (2000, p. 118) Ou seja, a manutenção do ordenamento jurídico é importante, mas sua adequação com realidade é imprescindível e fundamental para tanto.

1.2.5 – Rudolph Smend e o método científico-espiritual

O método criado por Smend chamado de teoria integrativa vem de encontro com a proposta Kelseniana que separava o “ser” do “dever-ser”; além da crítica diretamente feita para Hans Kelsen, autores como Laband e Jellinek também eram criticados pelo autor. Pelo método de Smend é tarefa do Estado identificar sua relação com o indivíduo estabelecendo um grande fluxo dinâmico entre ambos fazendo com que as relações ainda não previstas pelo ordenamento sejam integradas àquelas já identificadas.

Para Smend, a constituição era tratada como um organismo vivo e que, portanto, sua dinâmica por si só acabaria proporcionando constantes mutações (o Autor interpretava a Constituição conforme seu sentido e sua essência); a constituição não poderia prever todas as situações que envolvessem a vida estatal e por conta disso, dessa dinâmica da vida estatal, várias situações não previstas pelo texto legal acabariam sendo geradas. Nesse sentido, explica Smend que:

Pela sua própria natureza a Constituição não tende, também, a regular os casos específicos, mas para cobrir todo o estado e todo o processo integrador. E é esta mesma finalidade, que não só permite,

mas que ainda necessita do intérprete constitucional uma interpretação ampla e flexível que é muito diferente de outras formas de interpretação jurídica. (Smend *apud* Sanchez Urrutia, 2000, p. 122)³³

Por isso, a teoria de Smend é chamada de integrativa, tendo em vista que as situações não previstas pela Constituição passam a integrar a sua própria dinâmica, a Constituição está em constante mutação.

Confirmando tal afirmativa Smend sustenta que “lo propio y característico de las fórmulas constitucionales es justamente su elasticidad y su enorme capacidad autotransformadora supletoria de sus lagunas”. (Smend *apud* Sanchez Urrutia, 2000, p. 122)³⁴

A teoria de Smend é muito bem sintetizada por Sanchez Urrutia ao apontar algumas características que merecem destaque:

Em geral, duas ideias-chave da teoria da interpretação smendiana podem ser extraídas: a ideia de movimento como parte do conceito de constituição - e, portanto, como um elemento que deve ser levado em conta quando interpretado - e a ideia de globalidade. Deve ser a consciência permanente de que cada elemento pertence a um todo e que só pode ser entendido completamente por referência a isso como um todo ao qual ele pertence. Ou seja, os detalhes só podem ser compreendidos da visão geral. Para Smend, uma das causas que o artigo 48 da constituição de Weimar abusou ao planejar poderes ditatoriais, foi uma interpretação fragmentada. Não ter interpretado o artigo 48 como um todo, bem como no âmbito da constituição de Weimar produzindo sérias dificuldades na sua aplicação. (2000, p. 125)³⁵ (Tradução nossa)

³³ Por su propia naturaleza la Constitución no tiende, así pues, a regular supuestos concretos, sino a abarcar la totalidad del Estado y la totalidad del proceso integrador. Y es esta misma finalidad la que no sólo permite sino que incluso exige del intérprete constitucional una interpretación extensiva y flexible, que difiere en gran medida de otras formas de interpretación jurídica. (Apud Smend Sanchez Urrutia, 2000, p. 122)

³⁴ É próprio e característico das formulas constitucionais justamente a sua elasticidade e sua enorme capacidade de auto-transformação superior (diferente) de outras leis. (Tradução nossa)

³⁵ En general, se pueden extraer dos ideas dominantes de la teoría de la interpretación smendiana: la idea de movimiento como parte del concepto de Constitución —y, por tanto, como elemento que se debe tener en cuenta cuando se interpreta—, y la idea de globalidad. Se debe tener la conciencia permanente de que cada elemento pertenece a un todo y de que sólo puede entenderse completamente por referencia a esa globalidad a la que pertenece. Es decir, los detalles solo pueden ser entendidos a partir de la visión de conjunto. Para Smend, una de las causas por las que se abusó de los poderes dictatoriales previstos en el art. 48 de la Constitución de Weimar fue su interpretación fragmentada. El no haber interpretado el artículo 48 en su conjunto, a la vez que englobado dentro de la Constitución de Weimar produjo serias dificultades en su aplicación. (2000, p. 125)

Assim como Hermann Heller, Rudolph Smend defende que a Constituição é um ente dinâmico que está em constante desenvolvimento interagindo invariavelmente com a realidade política e social.

Todas as teorias até aqui expostas demonstram que para a manutenção e credibilidade do sistema constitucional era *conditio sine qua non* a utilização da interpretação da lei, principalmente pelo fato de que a lei não poderia prever todas as situações possíveis de acontecer e a época que se vivia não permitia que a lei maior caísse em descrédito com os cidadãos.

1.2.6 - Hsü Dau-Lin: o grande expoente.

O chinês Dau Lin é reconhecido pela doutrina jurídica como o expoente da mutação constitucional por ser o primeiro a sistematizar essa teoria que a cada dia ganhava mais espaço no período de Weimar.

Considerado discípulo de Smend, Hsu Dau-Lin consegue analisar e sistematizar todos os conceitos já formulados sobre mutação constitucional: em primeiro se apoia em Laband por ter sido este a identificar o problema que originou a mutação constitucional; em segundo, busca amparo na teoria de Jellinek que teceu as primeiras escrituras sobre o assunto. No entanto, o autor alerta que o fenômeno da mutação estaria ligado a constituições rígidas e escritas, pois se não fossem, como a Constituição inglesa, estaríamos diante da teoria de Heller (realidade e normatividade).

Para Dau Lin haveria necessidade de coordenar as normas constitucionais com a realidade que se apresenta em constante mudança; para isso, o autor sugere um quadro³⁶ que demonstra a congruência e a incongruência entre a realidade e a norma constitucional.

Congruência entre normas e realidade: validade do direito constitucional	- A realidade segue a norma: validade do direito constitucional - A norma segue a realidade: reforma da constituição
--	---

³⁶ Pedron, 2012, p. 116 – Quadro 01: Relação entre norma e realidade: o direito constitucional e sua validade. (Fonte: Dau-lin)

Incongruência entre norma e realidade: <u>mutação constitucional</u>	- Realidade sem norma: prática que formalmente não viola à Constituição - Norma sem realidade: impossibilidade de exercer direitos estatuídos pelas normas constitucionais <hr/> Norma <u>contra</u> realidade: relação incorreta entre ambas (- a realidade contradiz a norma: prática inconstitucional; - a realidade escapa à norma e a reinterpreta: mutação interpretativa)
---	---

Por este quadro Dau lin, demonstra quatro formas distintas de mutação constitucional separadas em dois grupos: o primeiro que agrega a inexistência de norma ou inexistência da realidade e o segundo grupo cuja norma se infere contra a realidade.

Pelo primeiro grupo poderá ocorrer mutação constitucional quando uma determinada prática não encontra norma que a regule, ou ainda, quando exista uma norma cuja aplicabilidade não seja possível. Há em ambos os casos uma incongruência entre a norma e a realidade.

O segundo grupo agrega outros dois subgrupos aonde a norma vai contra a realidade, ou seja, ocorre a ignorância do texto legal já previamente disposto na Constituição. No primeiro subgrupo a realidade contradiz a norma (nesse caso estaríamos diante de uma prática inconstitucional) já no segundo grupo a realidade escapa à norma gerando uma nova interpretação (estaríamos diante da mutação interpretativa).

Nesse exato momento apresenta-se o objeto principal de discussão deste trabalho, pegando carona nos questionamentos de Dau Lin, sobre a possibilidade de se considerar inconstitucional uma norma expressa, em vigência, por não ter mais aplicação na realidade.

Para Dau Lin é possível que uma norma, ainda que expressa, perca sua validade constitucional pelo desuso, de modo que tal norma passe a ser considerada

uma norma inconstitucional. Qual seria esse momento? Quais critérios usar para identificar quando a norma se torna ultrapassada, obsoleta?³⁷

O emblemático caso da República Francesa do Presidente MacMahon (1877) que dissolveu a câmara dos deputados como forma de mostrar seu poder foi reconhecida pela doutrina majoritária como um ato inconstitucional que acabou culminando na sua deposição. Em face da crise que se instalou pelo uso desse poder disposto em lei, o parlamento passou a considerar ato ilegítimo vindo, portanto, a cair em desuso.

Em tempo, oportuno registrar que essa forma de reinterpretar a constituição se apresenta no período Weimar por não haver controle de constitucionalidade de leis, ou seja, a lei é aprovada de forma “inconsciente” e na prática se apresenta inconstitucional. Como não existia um controle de constitucionalidade de leis, a única forma de tornar essa lei válida é dando uma nova interpretação para o texto sem modificar sua escrita.

Uma preocupação que se desperta é a utilização da mutação constitucional como recurso às crises constitucionais nascidas do confronto da realidade com a norma; aquilo que aparentemente se apresenta engessado pelo texto constitucional ganha nova interpretação de modo a favorecer um resultado que até então não era possível, mas sim ambicionado.

Analisando as premissas de Dau Lin, Sanchez Urrutia com sua clareza peculiar apresenta o grande problema das mutações constitucionais quando vista sob o enfoque das teorias de Laband e Jellinek: quebra do princípio positivista inserido nas constituições:

Ver a mutação constitucional como um problema é característica de autores que percebem a existência de uma dissociação entre a regra e a realidade constitucional. Para os teóricos como Laband e

³⁷ Dau-Lin analisou um caso emblemático de desuso do direito de dissolução do Parlamento pelo Presidente da República na França. Trata-se do art. 5º da Lei Constitucional de 1875, que dava ao Presidente da França o poder de dissolver a Câmara dos Deputados de acordo com o Senado. Esse era um direito que fortalecia a figura do e se fundamentava na necessidade de estabelecer uma contrapartida à onipotência do Parlamento. Desde que foi instituído o direito de dissolução apenas Presidente MacMahon acabou utilizando em 1877.

Jellinek, a mutação constitucional significa uma falência do princípio positivista no campo das normas constitucionais. Este conceito é muito estreito para compreender o fenômeno das mutações constitucionais. Por Hsu, mutações constitucionais não devem gerar uma crise da condenação legal como ocorre em Laband ou Jellinek, mas pelo contrário, uma vez que são parte do conceito de constituição (2000, p. 130)³⁸ (Tradução nossa)

Tomando por base a sistematização ofertada por Dau Lin e antes que se questionem os impactos causados na Constituição pelas constantes formas de mutação constitucional por ele reconhecida, o autor afirma que tais mutações não geram crises no sistema constitucional, pois estas são partes integrantes da Constituição, é a sua própria evolução. E mais, defende a mutação constitucional por esta não ser o:

violação da Constituição (Verfassungsbruch) ou simples regra convencional, mas que é o certo. É certo, embora incompatível com a formulação da lei; é certo, mesmo que não podendo ser capturado ou conceituado de acordo com os conceitos e as construções jurídicas formais: a base jurídica reside na singularidade de valor com o direito constitucional, a necessidade política, requisitos e manifestações de vitalidade do estado que é realizado e desenvolvido.³⁹ (Sanchez Urrutia, 2000, p. 132) (Tradução nossa)

Para Dau Lin a mutação constitucional é um instrumento benéfico para garantir a manutenção da unidade do Estado e, conseqüentemente, para o próprio caráter evolutivo de sua realidade vital (Dau Lin *apud* Pedron, 2012, p. 119). Veja que nessa conclusão fica claro que o mais importante é a manutenção do aparelho traçado pela Constituição, pouco importando se para isso será necessário inovar sem observância dos princípios e regras estabelecidos para tanto.

³⁸ Ver la mutación constitucional como un problema es característico de aquellos autores que se percatan de la existencia de una disociación ente La norma y la realidad constitucional. Para teóricos como Laband o Jellinek, La mutación constitucional significa una quiebra del principio positivista en El ámbito de las normas constitucionales. Esta concepción resulta demasiado estrecha para comprender el fenómeno de las mutaciones constitucionales. Para Hsü, las mutaciones constitucionales no deben generar una crisis de la convicción jurídica tal como ocurre en el Laband o Jellinek, sino todo lo contrario, ya que son parte del concepto de Constitución.

³⁹ quebrantamiento de la constitución (Verfassungsbruch) ni simple regla convencional sino que es derecho. Es derecho aunque no concuerde con el tenor literal de la ley, es derecho aunque no pueda ser captada ni conceptuada con los conceptos y construcciones jurídicas formales: su fundamento jurídico reside en la singularidad valorativa Del derecho constitucional, en la llamada necesidad política, en las exigencias y manifestaciones de vitalidad del Estado que se realiza y se desarrolla a si mismo.

Sanchez Urrutia coloca que para Dau Lin a mutação constitucional “es resultado de la triple especificidad de la Constitución: la incompletud y elasticidad de las normas constitucionales; las peculiaridades del Estado como objeto de regulación jurídica y la falta de una instancia superior que garantice su existência”. (2000, p. 133)⁴⁰

Para explicar o trecho acima, escreve Pedron (2012, p. 120) que “não há nenhum mecanismo jurídico que seja capaz de controlar as instâncias mais altas do Estado e vinculá-las ao estrito cumprimento da Constituição. Por isso mesmo, a mutação é norma constitucional nova”.

Dau Lin apresenta a possibilidade de mudança do texto constitucional em sentido formal (quando existe uma divergência entre o texto constitucional escrito e o que efetivamente está em vigência) e em sentido material (quando a realidade do Estado está em contradição com o sistema encarnado pela Constituição).

Sanchez Urrutia finaliza com citação de Dau Lin sobre as possibilidades de mudança do texto legal:

Por um lado, existem as mutações constitucionais que a Constituição permite e exige: são suplementos e desenvolvimentos de conteúdos no sistema ideal; e, por outro lado, que as mutações constitucionais que a Constituição não desejou, mas que não pode ser prevenida ou controlada por ela: são as mutações de seu sistema de sentido ou algumas intenções expressas ou instituições impostas sobre o sistema. Todas estas mutações permanecem, no entanto, seu próprio caminho, seu próprio processo, são constelações de política prática e vida real; ou seja, não dependem de normas ou instituições jurídicas, passando por mutação são projetadas como rígida ou elástica, isto é tão difícil ou tão dispostos a mutação. A explicação dos dois tipos de mutação constitucional é a mesma: baseiam-se nos valores da unidade de direito constitucional; na incompletude das normas constitucionais no que diz respeito a vital precisa do estado e sua normalização elástica, na natureza do fim em si mesmo do estado, a autogarantia da Constituição e a incapacidade dos órgãos supremos do estado controlar. (2000, p. 133)⁴¹

⁴⁰ É o resultado da especificidade triplo da Constituição: a incompletude ea elasticidade das normas constitucionais, as peculiaridades do estado como um objeto de regulamentação legal e falta de amu tribunal superior para garantir a sua existência. (Tradução nossa)

⁴¹ Hay por un lado mutaciones constitucionales que la Constitución permite y exige: son los complementos y desarrollos del sistema de sentido contenido en ella idealmente; y hay, por el otro, mutaciones constitucionales que la Constitución ni quiere ni desea, pero que no pueden ser impedidas ni controladas por ella: son las mutaciones de su sistema de sentido o de algunas intenciones expresas o instituciones normadas en el sistema. Todas estas mutaciones siguen, sin

A mutação constitucional ocorre, para Dau Lin, em constituições onde reformas ocorrem com pouca frequência diferenciando-se, portanto, de constituições como a própria constituição Weimar, fruto de reformas e mudanças constantes e corriqueiras.

Para o autor chinês, as mutações constitucionais não derivam apenas de uma necessidade do Estado enquanto realidade vital, mas também são necessárias e favorecidas pela própria Constituição, como resultado de sua tripla especificidade, conforme dito acima: a incompletude e elasticidade das normas constitucionais; as peculiaridades do Estado como objeto de regulação jurídica e a falta de uma instância superior que garanta sua existência. (Dau Lin, 1998, p. 163)

Passou-se por boa parte histórica dos diversos entendimentos que compreende o tema “mutação constitucional” desde quando observada primeiramente por Laband até o criterioso Hsu Dau-Lin.

Obviamente a proposta não é o esgotamento de todos os juristas que se pronunciaram sobre o assunto, razão pela qual não foram trazidos Karl Loewenstein⁴² com a defesa do sentimento da constituição e Konrad Hesse⁴³ com a força normativa desta; entende-se que para avançar no estudo da mutação constitucional conforme se pretende, bastaria atingir os apontamentos de Dau Lin devido à sistematização criada sobre o tema.

Do que se apresentou fica claro que a mutação constitucional explicada sobre o contexto da República Weimar não confere as mesmas características se

embargo, su propio camino, su propio proceso, son constelaciones de la política práctica y de la vida estatal real; es decir, no dependen de si las normas o institutos jurídicos que experimentan la mutación sean concebidos como rígidos o elásticos, o sea, como resistentes o como dispuestos a la mutación. La explicación de ambos tipos de mutación constitucional es una y la misma: se fundamentan en la unidad de valores del derecho constitucional; en la incompletud de las normas constitucionales respecto de las necesidades vitales del Estado y su normación elástica, en la naturaleza de fin en sí mismo del Estado, en la autogarantía de la Constitución y la imposibilidad de control de los órganos supremos del Estado.

⁴² LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. 2ª Edição. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976)

⁴³ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 1991

analisadas sobre o atual ponto de vista jurídico pátrio. Vale como exemplo citar que naquela época não havia um sistema de controle de constitucionalidade; que não existia uma constituição cujo enfoque era a valorização do homem (lembrando que o período Weimar vinha da superação do absolutismo); ou seja, tudo se fez novo; uma nova visão, novos objetivos.

Esse cenário possivelmente justifica a ruptura com alguns princípios que já estavam alicerçados no direito vigente ou que acabaram tendo seu valor reduzido para que esse novo texto constitucional se consolidasse e correspondesse às expectativas criadas pelo “novo”.

A grande dificuldade, talvez a maior, enfrentada pela Alemanha em seu pós-guerra era a inexistência de um conjunto de leis que fosse suficientemente capaz de garantir a estabilidade e poder do governo com o respeito à dignidade do homem, à sua condição de ter direitos.

A ausência de controle de constitucionalidade é a justificativa para a aceitação da mutação constitucional; o controle, como o próprio nome anuncia evita ou deveria evitar o descompasso entre a lei e a realidade. Uma vez confirmado esse princípio é necessário que se faça a devida adequação do texto à realidade sob pena de se ter uma lei ineficaz.

Por esta razão existe a reforma da constituição, que conforme se vê no início desse capítulo, permite a alteração do texto constitucional, mas desde que respeitadas regras próprias e possivelmente rigorosas, justamente para dificultar que a Lei Maior sofra qualquer alteração e a qualquer tempo.

A simples alegação de conflito do texto constitucional com a realidade não pode servir de subsídio à mudança de tal texto, mesmo porque quando se permite a mudança para algo positivo corre-se o risco de que algo negativo também seja proposto.

Vale ressaltar que motivações políticas assim como motivações pessoais não são exclusividades deste ou daquele povo, daquele país, mas sim inerente à

condição humana que na iminência de se prejudicar ou prejudicar os seus, pode se ver tentado a apaziguar ou mesmo não permitir que este mal venha ocorrer.

Interesses dos mais diversos poderiam justificar uma mudança na lei pela simples alegação de inadequação da realidade com a Constituição, no entanto, como pano de fundo dessa grande flexibilidade da norma poderia levar à falência o sistema jurídico de controle dos atos.

Por esta razão, entende-se que não há como confundir interpretação com reformulação (reforma); no primeiro vocábulo, se a lei assim permitir, o intérprete em nada mudará o dispositivo legal, mas sim o fará com o fito de dar substância à sua fundamentação. Quando se reformula, não está se interpretando um dispositivo, mas sim está sendo alterada essa regra.

Conforme será demonstrado nos próximos capítulos, a mutação constitucional em sua essência é uma forma de interpretação do texto constitucional que aparentemente só se justificaria dentro de um contexto de crise, tal como o período alemão em que viveu autores como Paul Laband, Georg Jellinek e Hsu Dau-
lin, ou seja, total instabilidade política frente ao novo sistema constitucional que se apresentava e necessidade de fazer tal sistema se perdurar hígido.

Pablo Lucas Verdú⁴⁴, em seu estudo preliminar a tradução feita da obra de Georg Jellinek afirma que ocorre a mutação constitucional quando a “normatividade constitucional se modifica em razão da realidade político-social, que, sem afetar o texto, transmuda o seu conteúdo”. Importante destacar: sem afetar o texto.

E complementando, Verdú se filia a afirmação de Jellinek (1991, p. 07), segundo o qual “as mutações constitucionais são mais interessantes que as reformas constitucionais”. Isso é evidente posto que as reformas obedecem a procedimentos específicos e rigorosos, muitas vezes desinteressantes a credibilidade da Lei Maior

⁴⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. Estúdio preliminar. In JELLINEK, Georg. Reforma e Mutación de la Constitución. Op. Cit., p. LXVII.

No contexto vivido por Jellinek pode-se concordar com o autor que as mutações são mais interessantes que as reformas; porém, será que essa mesma conclusão pode ser tirada tendo em vista da existência de um controle de constitucionalidade de leis? Pactua-se com a ideia de ser mudada a Constituição sem a estrita obediência as regras estabelecidas?

Da forma como foi proposto por alguns ministros do STF, a leitura do conceito de mutação constitucional como sinônimo de possibilidade de alteração informal do texto legal pode lesionar o sistema vigente a tal ponto de fazer com que esse sistema, por via obliqua, perca totalmente sua credibilidade.

2. MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS – PROCESSO INFORMAL DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO SOB O VIÉS DA INTERPRETAÇÃO

O estudo da mutação constitucional não se restringiu à Alemanha do pós-segunda guerra; no Brasil, desde antes da própria Constituição Federal de 1988, a doutrinadora Anna Cândida da Cunha Ferraz já analisava o tema que posteriormente resultou na obra possivelmente mais consultada sobre o tema.

A proposta deste capítulo é a desconstrução⁴⁵ do instituto da mutação constitucional demonstrando aquilo que a doutrina nacional entende sobre o assunto.

O ponto de partida é a obra de Hsu Dau Lin que como afirmado no capítulo anterior é o expoente no assunto, posto que esse autor sistematizou as teorias de seus antecessores dando grande parcela de contribuição para o tema.

Todavia, a sistematização feita por Hsu Dau Lin não elenca todas as possibilidades de mutação constitucional, se é que elas existem; contudo, não se deixará de expor o entendimento dado por este autor.

Na doutrina nacional destaca-se a obra de Anna Cândida que não nega a existência de mutação constitucional (lembrando que esta reconhece apenas aquelas que são constitucionais; as inconstitucionais não recebem guarida doutrinária por razões óbvias), porém, tal doutrinadora analisa a mutação constitucional como uma forma de interpretação da Constituição.

Cabe a seguinte indagação: se a Constituição Federal admite a possibilidade de interpretação de seu texto como forma de adequá-lo à realidade ou ainda fazer preponderar os princípios que orientam esse documento, por que então se falar em mutação constitucional?

⁴⁵ Entende-se por desconstrução a possibilidade de desmontagem, de decomposição de alguns conceitos que foram criados e readequados com o passar do tempo e que, possivelmente trazem conteúdos diversos daquilo pelo qual foram elaborados.

Aparentemente a questão de terminologia pode servir de parâmetro para a resposta dessa pergunta, levando-se a constatar que mutação constitucional para alguns autores é sinônima de interpretação constitucional.

2.1 Constatações

Analisando o processo evolutivo⁴⁶ das constituições constata-se que as mesmas passam por processos de mudanças além daquelas já previstas pelo ordenamento jurídico.

Tais mudanças não seriam objeto de preocupação dos operadores do direito se não estivessem diante de uma modalidade de constituição que em regra não admite mudança baseada nos costumes, na prática cotidiana.

No entanto, a sociedade se apresenta em constante evolução (transformação) e o direito, por sua vez, não pode ficar distante de todo esse dinamismo que propõe o progresso de uma coletividade.

Tanto é verdade que o direito deve ser visto e analisado, como uma matéria viva, em constante movimentação e que seja compatível com o período em que se está vivendo; do contrário, ter-se-ia um direito obsoleto e inadequado ao momento. É preciso compreender que o direito não é apenas um conglomerado de regras, devendo sim ser entendido como um conjunto de princípios. Esta talvez seja chave para a compreensão da discussão que se propõe, confrontando mutação constitucional e interpretação.

É certo também que, em se tratando de constituições rígidas (Constituição Brasileira), o direito não pode ser flexibilizado ao ponto de não mais garantir a segurança jurídica⁴⁷ pretendida por uma sociedade organizada.

⁴⁶ Evolução pode ser considerada uma palavra positivista expressando sentido de melhoria pelo tempo. A escolha da palavra não reflete esta intenção. É possível afirmar que Constituições evoluíram? Analisada a História constitucional do Brasil entende-se que não houve essa evolução, já que tivemos uma constituição democrática e depois uma outorgada. As emendas e revisões do texto constitucional também, por si própria, não refletem unicamente melhorias nos textos da Constituição, podem criar problemas ou ainda retrocessos aos direitos fundamentais. Escolheu-se o termo evolutivo como forma de se referir exclusivamente ao avanço do tempo, transformação.

Por esta razão, o tema mutação constitucional se desperta como um estudo de extrema importância para o direito constitucional contemporâneo, pois coloca em pauta o binômio estabilidade-mudança, ou seja, como assegurar a estabilidade da Constituição em face das constantes mudanças que a sociedade muitas vezes precisa passar.

Para alguns doutrinadores com Uadi Lammego Bulos⁴⁸, esse binômio estabilidade-mudança pode se revestir de outra nomenclatura como “estabilidade e dinamismo”.

Bulos (1997, p. 53), com inegável propriedade sobre o assunto, aduz que as constituições positivas permitem o equilíbrio entre o elemento dinâmico e o elemento estático: sendo o dinâmico um componente indispensável para as mudanças informais da constituição e o estático, que também propõe mudanças em consonância com o dinamismo da ordem jurídica.

Nesse sentido, as leis constitucionais logram uma alterabilidade relativa, dado que podem sofrer alterações, independentemente das formalidades especiais oriundas do princípio da rigidez, consagrado a partir do Visconde James Bryce. À luz dessa constatação, os estudiosos perceberam que as constituições podem sofrer mudanças através de processos informais, isto é modificações que decorrem da atuação formal do poder constituinte derivado. (Bulos, 1997, p. 54)

Conforme se destaca, as alterações constitucionais informais se apresentam como algo possível em face do dinamismo da sociedade cujos costumes e práticas vão sendo alterados dia após dia.

2.2 Conceituação

Entende-se que não há um conceito único e pacífico do que seja a mutação constitucional, tentar estabelecer essa definição seria o mesmo que querer conciliar

⁴⁷ É importante estabelecer qual o paradigma daquilo que se entende por segurança jurídica. Equilíbrio talvez seja a palavra determinante na compreensão deste vocábulo. O acesso a justiça não é mais a maior preocupação, mas sim o acesso a justiça com qualidade. Não se espera apenas um conjunto de regras, mas sim sua efetividade. A segurança jurídica oposta em um sistema positivista pode ser considerada mera previsibilidade de decisão, ao passo que uma teoria contemporânea tem que afirmar a segurança jurídica como sendo a melhor decisão possível, a decisão correta, adequada.

⁴⁸ BULOS, Uadi Lammego. *Mutação Constitucional*. Editora Saraiva. São Paulo, 1997

o inconciliável. Não dá para definir o que é mutação, mas informar a definição de acordo com um momento, um problema daquele que a identificou.

Segundo Bulos (1997, p. 57) após toda a análise histórica feita em sua obra chega-se a seguinte definição para o termo “mutação constitucional”:

Denomina-se mutação constitucional o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.

A professora Anna Cândida da Cunha Ferraz⁴⁹, com a peculiar autoridade que detém sobre o tema, apresenta sua definição baseada nas linhas de Meireles Teixeira traçando também uma diferenciação entre a reforma constitucional (modalidade formal de modificação da Constituição) e a mutação constitucional:

A primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimo, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na 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, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara ao entendimento atribuído as cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas. (1986, p. 09)

Portanto, baseado nos dois conceitos acima apresentados, chega-se à conclusão que a mutação constitucional é uma espécie de mudança informal da constituição derivada dos costumes, da interpretação do texto sem qualquer alteração na letra da lei. O texto constitucional não sofre qualquer alteração pela mutação constitucional, mas sim a interpretação que é dada para determinado tópico da lei maior; logo, não há que se falar em mudança da lei, mas sim de uma nova forma de interpretar essa lei. Oportuno lembrar que tais conceitos são oriundos da definição já trazida por Hsu Dau Lin, algo que até o momento nada de novo foi criado ou acrescentado.

⁴⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. Série Max Limonad. Editora Max Limonad Ltda. São Paulo, 1986

A mutação constitucional não costuma se adequar a Constituições rígidas, como bem observa Raul Machado Horta⁵⁰:

A mutação Constitucional nem sempre se ajusta ao sistema de Constituição rígida e sua adoção se compatibiliza melhor com a plasticidade da Constituição e aos períodos iniciais de funcionamento do regime político, como se pode verificar nos casos de sua aplicação. A mutação consagra o uso constitucional, que acaba se sobrepondo a norma escrita da Constituição. (1996, p. 22)

A explicação para a inadequação das mutações constitucionais às constituições rígidas talvez se deva pelo fato de que tais constituições, para sua máxima validade necessitem ser rigorosas às possibilidades de mudança, evitando que sejam equiparadas a leis infraconstitucionais, hierarquicamente mais simples.

Para Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau, no exercício de suas funções ministeriais no Supremo Tribunal Federal, o fenômeno da mutação constitucional não se revela como uma simples interpretação do texto sem qualquer alteração do conteúdo; para eles, conforme adiante será demonstrada na fundamentação do voto desses Ministros na Reclamação 4335-5/AC, a interpretação do texto é fenômeno constante na correta atuação dos tribunais e que a mutação compreende inclusive a alteração do texto constitucional.

A propósito, veja como a mutação constitucional é definida pelo então Ministro do STF Gilmar Mendes, proferida em seu voto na Reclamação⁵¹ acima destacada:

“Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.

⁵⁰ HORTA, Raul Machado. *Mudança na Constituição e Reforma Constitucional*. Revista do CAAP – Centro Acadêmico Afonso Pena, nº 01, Minas Gerais, 1996. Versão online.

⁵¹ Rcl 4.335-5/AC, item 10 do voto.

Portanto, para o referido doutrinador, a mutação constitucional se confunde com a reforma da constituição uma vez que permite a alteração do texto pela interpretação feita pelo judiciário. Será que tal constatação não parece um tanto quanto equivocada já que para se alterar o texto constitucional é necessário o cumprimento de diversas formalidades com o objetivo de manter a estabilidade das relações jurídicas do país?

2.3 Modalidades de Mutações Constitucionais

As mutações constitucionais, segundo a orientação de Hsu Dau-Lin (1998, p. 31) pode ser dividida em 04 modalidades: 1ª mutação constitucional mediante prática estatal que não viola a Constituição, 2ª mutação pela impossibilidade de exercer alguns direitos estipulados pela Constituição, 3ª mutação mediante prática contraditória à Constituição e 4ª mutação pela interpretação.

Vale ressaltar que para efeito de nossa pesquisa não se aprofundará no estudo das três primeiras hipóteses, uma vez que o desenrolar do trabalho será voltada a última divisão, ou seja, da mutação pela interpretação. Portanto, tendo finalidade meramente didática, sem esmiuçar todas as divisões, passa-se agora a demonstrar as primeiras divisões de possibilidades caso ocorra mutação constitucional.

Ocorre a mutação constitucional mediante prática que não viola formalmente a Constituição (1ª) sempre quando há uma tensão entre uma situação real e a adequação legal descrita na Constituição; segundo Dau Lin (1999, p. 32):

Em sollen (dever ser) é aqui uma contradição com o Sein (ser), não é de um determinado artigo, mas o conjunto das várias disposições constitucionais ou a integração global do quadro constitucional.⁵²
(Tradução nossa)

Como exemplo, o autor cita a introdução do princípio da separação dos poderes nos Estados Unidos por onde nenhum secretário de estado poderia

⁵² En sollen (debe ser) está aquí em contradición com el Sein (Ser), no resulta de cierto artículo, sino del conjunto de várias prescripciones constitucionales o de la integración global de todo el entramado constitucional.

participar das sessões do congresso. Com isso, não se permitia qualquer relação entre congresso e governo. Na prática, criaram comitês parlamentares permanentes cada um deles correspondente a um determinado órgão de governo e os presidentes desses conselhos se relacionavam com o congresso e com o próprio governo. Enfim, esse órgão intermediário fazia a ligação entre os anseios do congresso e o governo. Nessa situação não houve reforma da constituição nem mesmo lesão, pois a proibição é a relação direta entre governo e congresso, e não a intermediação feita por um terceiro.

A mutação pela impossibilidade de exercício de alguns direitos estipulados pela Constituição (2ª) é outra hipótese apresentada por Hsu Dau-Lin onde determinado direito garantido pela Constituição não corresponde mais com a realidade jurídica presente.

Os artigos de direito constitucional atribuído a determinados assuntos acabam se perdendo diante da impossibilidade de exercê-los, posto que tais artigos da Constituição, agora já não correspondem à realidade jurídica. (1998, p. 36)⁵³ (Tradução nossa)

Para Jellinek, portanto, ocorre a mutação pela impossibilidade do exercício de algum direito devido a seu desuso; já para Dau Lin não se depara apenas com o desuso, bastando simplesmente a impossibilidade ao exercício de determinada imposição legal.⁵⁴

A terceira divisão apresentada ocorre quando determinada prática se contradiz com a Constituição (3ª), seja por uma reforma material da Constituição, seja pela legislação ordinária ou pelas regras editadas pelos órgãos superiores do Estado. “La situación de tensión es clara aquí, porque la contradicción entre el Sein (ser) y el deber ser (sollen) es inequívoca”⁵⁵. (1998, p. 39)

⁵³ El derecho que atribuyen los artículos constitucionales a ciertos sujetos se pierde ante la imposibilidad de ejercerlos, de modo que esos artículos de la Constitución ahora ya no corresponden a realidad jurídica.

⁵⁴ El primeiro que señaló esta clase de mutación constitucional fue Jellinek. Acuñó para designarla el concepto de <mutación de la Constitución por el desuso>. Pero eso no es correcto: Porque en realidad la Constitución no se transforma por el desuso sólo es una de las causas. (1998, p. 36) O primeiro que identificou esta classe de mutação constitucional foi Jellinek. Cunhou para designar o conceito de mutação da constituição por desuso. Porém isso não é correto: porque na realidade a Constituição não se transforma somente pelo desuso, essa é somente uma das causas.

⁵⁵ Aquí a situação de tensão entre ser e deve ser é clara, porque a contradição entre ambas é inequívoca (Tradução nossa)

Quando apresenta essa divisão, Dau Lin faz questão de salientar a ausência de controle de constitucionalidade de lei infraconstitucional que sirva para reconhecer ou negar a existência de contradição entre tal texto e a Constituição.

Como se destaca, “puede la legislación ordinaria transformar un precepto constitucional cuando una ley vigente contradice la Constitución y al faltar instancias especiales para examinar su constitucionalidad, puede quedar indemne”⁵⁶. (1998, p. 41)

Veja que essa mutação poderia ser abrandada pelo controle de constitucionalidade; ora, se tal controle existisse não seria permitida a contradição entre uma lei e um texto constitucional. Ainda que essa lei fosse aplicada imediatamente a contradição apontada seria sujeitada ao controle de constitucionalidade informando se está ou não em contradição com a Constituição. Se positivo, essa lei é tida por inconstitucional e sua vigência deixa de ser observada pelo ordenamento jurídico.

A contradição de uma lei recém-editada com o texto da Constituição é fato possível de ocorrer; no entanto, a permanência dessa lei impura no ordenamento é incompatível com modelos jurídicos que exercem o controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade tem por uma de suas finalidades declarar se determinada lei está em desacordo ou não com a Carta Constitucional, se existe algum vício que impeça a produção de seus efeitos à coletividade. Por isso entende-se que nas Constituições rígidas, sujeitas ao controle de constitucionalidade, dificilmente ocorrerá uma mutação constitucional pela contradição entre a realidade e a disposição legal.

⁵⁶ Uma legislação ordinária pode transformar um precepto constitucional quando uma lei em vigência contradiz a Constituição, e na inexistência de instâncias para resolver esse conflito, essa transformação pode ser inofensiva. (Tradução nossa)

A quarta e última divisão, mutação pela interpretação (4ª) é provavelmente a hipótese mais estudada pelos constitucionalistas; seja pelos contemporâneos, seja pelos clássicos.

É, também, uma mutação constitucional na interpretação: particularmente quando os preceitos constitucionais só são interpretados de acordo com as considerações e necessidades mudando com o tempo considerado o significado original que a assembleia constituinte deu à pergunta de normas constitucionais. A norma constitucional está intacta, mas a prática constitucional que tenta segui-las, é diferente. O que é Constituição infere em um dia como agora não será mais tarde. A Constituição sofre mutação então em suas normas para receber outro conteúdo, a medida em que suas disposições regulam outras circunstâncias que a anteriormente imaginada. (Dau Lin, 1998, p. 45)⁵⁷ (tradução nossa)

Com a permissão que a didática oferece, pode-se em poucas linhas afirmar que a mutação constitucional por interpretação ocorre quando uma norma alcança outro sentido, indo além do que já era conhecido ou mesmo ultrapassando limites que antes não se alcançavam.

Em resumo, de todas as modalidades apresentadas por Hsu Dau-Lin, em nenhuma delas se afirma a possibilidade de mudança do texto escrito da lei; em todas as hipóteses o que ocorre é a mudança do sentido, dos efeitos da lei, pela interpretação.

No próximo tópico avançar-se-á tendo por paradigma o estudo da mutação constitucional pela interpretação apresentada por Dau Lin sob o viés dado pela Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz.

⁵⁷ Cabe, también, una mutación constitucional mediante la interpretación: particularmente cuando los preceptos constitucionales sólo se interpretan según consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo que se considere el sentido originario que dio el constituyente a las normas constitucionales em cuestión. La norma constitucional queda intacta, pero la práctica constitucional que pretenda seguirlas, es distinta. Lo que se infere de la Constitución um día como derecho ya no lo es posteriormente. La Consitución experimenta una mutación em tanto que sus normas reciben outro contenido, em la medida que sus preceptos regulan otras circunstancias distintas de las antes imaginadas. (Dau Lin, 1998, p. 45)

2.4 Interpretação – (Sub) gênero da Mutação Constitucional

O estudo do processo informal de mudana da Constituio, título da obra de Anna C ndida da Cunha Ferraz, comea com suas primeiras linhas trazendo a import ncia da interpretao constitucional. Segundo a autora, uma constituio se presume obra de toda fora viva da nao contendo princípios e disposioes muitas vezes vagos, deixando a encargo daqueles que irão interpretá-la, compreender para então trazer à prática.

Para reforar seu estudo, a doutrinadora cita a obra clássica de Karl Loewenstein “toda constituio  , em si, uma obra humana incompleta, além de ser obra de compromisso entre as foras sociais e grupos pluralistas que participam de sua formao”. (Ferraz, 1986, p. 22)

A constituio entra em vigor sem conseguir prever todos os fatos e atos humanos possíveis e impossíveis de ocorrer, por isso incompleta; chega como uma espécie de obra inacabada que muitas vezes depende de intérpretes para exteriorizar a vontade do legislador ordinário no momento da confeco deste texto.

Assim como afirmou Loewenstein, a constituio   uma obra inacabada que depende da participao de toda a comunidade / nao para torná-la acessível e adequada ao seu tempo.

Outra passagem importante destacada por Anna Cândida é a preleo feita por Carlos Maximiliano em sua obra de Comentários a Constituio afirmando que a interpretao   matéria inerente às Constituioes:

Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a época e circunstâncias diversas, destinado como  ,   longevidade excepcional. (Ferraz, 1986, p.23)

Portanto, o autor aceita a ideia de interpretao do texto constitucional como forma de dar longevidade a esta lei, de adequá-la ao tempo em que se vive,

compreendendo para tanto as necessidades que antes não eram pretendidas ou mesmo nem existiam. A rigidez para Maximiliano é característica indispensável à Constituição, desde que não seja extremada, rigorosa por demais; razão pela qual o Autor conclui que a interpretação é salutar ao desenvolvimento da Lei Maior.

Ora, se o Texto Constitucional é feito para determinar as regras que regerão determinada nação e seus dispositivos não preveem todos os fatos e atos possíveis de acontecer, como fazer com que esse texto evolua em conjunto com a evolução das relações humanas? Segundo a Professora Anna Cândida a interpretação da Constituição é a única forma de mantê-la viva e em consonância com a realidade.

Concluindo essa etapa do estudo, Anna Cândida (1986, p. 24) assim afirma: “a interpretação é *conditio sine que non* para a aplicação de norma constitucional; sem ela, a dinâmica constitucional seria impossível”.

2.4.1 Métodos utilizados à Interpretação Constitucional

Para fins didáticos, Anna Cândida nos apresenta alguns métodos utilizados pela doutrina jurídica de interpretação da Constituição, sendo eles: 1º) Interpretação Gramatical, 2º) Interpretação Lógica, 3º) Interpretação Analógica, 4º) Interpretação Evolutiva, 5º) Construção Constitucional. Passaremos a expor resumidamente cada um dos métodos apontados.

Na interpretação constitucional feita pelo método gramatical (1º) é necessário que se extraia o espírito ou o sentido da Lei Maior exclusivamente de seu texto escrito. Ou seja, por se tratar de um documento comum à nação, o vocábulo empregado não deve necessariamente ser técnico; as palavras empregadas devem manter seu sentido comum, conforme a vida cotidiana.

Ferraz (1986, p. 36) utiliza passagem da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho aduzindo que: “as palavras da norma constitucional devem ser entendidas em seu significado comum, com o sentido que têm na vida cotidiana, salvo se resultar claro do texto que o constituinte a elas se referiu em seu sentido técnico”.

Um bom exemplo trazido na obra de Anna Cândida (1986, p. 39) se refere ao voto feminino no período de 1891, época em que as mulheres não eram reconhecidas como eleitoras pela simples interpretação gramatical de determinado dispositivo de lei. Segundo o artigo 70 da Constituição de 1891 seriam eleitores os cidadãos maiores de 21 anos, e excluía mendigos, analfabetos, religiosos e outros.

Veja que pela interpretação exclusivamente gramatical não se possibilitaria entender a mulher como cidadã; se a lei falava em cidadão, não se permitiria o voto feminino, apenas o masculino (em razão do sentido masculino da palavra cidadão).

Apenas em 1932, por meio de uma interpretação constitucional chegou-se à conclusão que a palavra cidadão se referia tanto aos homens como às mulheres, entendendo que essa era a vontade do legislador quando confeccionou essa disposição.

A simples interpretação da constituição pelo método gramatical não é por si só o mecanismo mais seguro de praticá-lo ou adequá-lo à realidade social vivida pela nação. Como no exemplo acima, por vários anos as mulheres deixaram de representar seu papel na sociedade, por uma mera interpretação que as discriminavam.

O simples enunciado da regra permite afirmar que o intérprete, na medida em que pode optar por um dos significados de uma palavra equívoca, adotando um deles, confere à Constituição sentido concreto, determinado, vale dizer, escolhe um dos caminhos possíveis para concretizar a norma. Como essa interpretação pode ser feita em momentos distintos, diante de circunstâncias diversas, “o aparente objetivo e a intenção do constituinte” podem sofrer influência desses novos fatores. (Ferraz, 1986, p. 40)

A autora encontra nesse exemplo a existência de uma mutação constitucional visto que foi empregado um novo sentido ao texto constitucional sem a modificação do texto escrito.

O método de interpretação pela lógica (2º) procura identificar a intenção do legislador no momento em que confeccionava a lei, “busca-se reconstruir o

pensamento ou a intenção do constituinte de modo a alcançar, depois, a precisa vontade do texto constitucional”. (Ferraz, 1986, p. 40)

Para definir essa modalidade, Anna Cândida assim escreve: “a norma é analisada quanto à sua formação e elaboração, ao fim que persegue e às suas relações com outras normas do mesmo ordenamento”. (1986, p. 41)

Busca-se com essa modalidade a análise dos fatores que circundavam o legislador no momento da elaboração daquela lei ou dispositivo de lei, de modo a entender os efeitos que o legislador buscava com a produção daquela norma.

A vulnerabilidade desse método é cristalina e passível de críticas, pois está se interpretando aquilo que é subjetivo – à vontade. Não é possível dar sentido à determinada norma que dependa da interpretação da vontade do legislador; é o mesmo que interpretar uma interpretação.

A subjetividade presente na utilização desse método o torna como algo bastante dificultoso de se aceitar e acima de tudo duvidoso, tendo em vista que aquele que interpreta essa “vontade” também está motivado pelas mesmas espécies de sentimentos que moveram aquele que criou a lei. Fatores históricos, sociais, culturais, ainda que diferentes de épocas para épocas, despertam as mesmas paixões, as mesmas lutas, as mesmas convicções.

Por isso, além de muito duvidosa essa interpretação da vontade do legislador, tal método perde qualquer característica científica, pois não permite a conferência de sua veracidade com sua intenção original. Não é possível confirmar se a interpretação esta em consonância com a vontade do legislador.

A interpretação pelo método analógico (3º) ocorre quando o intérprete atribui para determinado caso uma regulamentação que até então não existia, emprega a analogia com forma de suprir a lacuna existente no texto constitucional.

Segundo Anna Cândida, “pressuposto da aplicação da analogia, na interpretação constitucional, é, pois, a existência de uma lacuna constitucional. O

preenchimento de lacunas constitucionais desencadeia assim a atuação de processos de mutação constitucional". (1986, p. 44)

Pela interpretação evolutiva (4º) admitem-se novos conteúdos que não estavam presentes no pensamento do constituinte quando elaborou a Constituição; fatores políticos, assim como sociais e históricos, passam a ganhar corpo na interpretação constitucional (sem alteração do seu texto), como forma de adequar o pensamento do constituinte à realidade.

Corroborando com a afirmação acima, Ferraz (1986, p. 46) traz como fundamento a regra estabelecida por Linares Quintana:

A Constituição, enquanto instrumento de governo permanente, cuja flexibilidade e generalidade lhe permite adaptar-se a todos os tempos e circunstâncias, deve ser interpretada tendo-se em conta não apenas as condições e necessidades existentes no momento de sua elaboração, mas, também, as condições sociais, econômicas e políticas que existam ao tempo de sua interpretação e aplicação, de maneira que seja sempre possível o cabal cumprimento dos fins e propósitos que informam e orientam a lei fundamental do país.

Em linhas resumidas, o método evolutivo permite que a Constituição seja aplicada aos fatos contemporâneos que até então não haviam sido previstos pelo legislador sem que o texto base sofra qualquer alteração.

A construção constitucional (5º) guarda certa divergência doutrinária colocando em dúvida se essa construção é consequência do processo de interpretação ou se é um método distinto da interpretação. Por definição, a interpretação constitucional é a procura pelo sentido do texto, que resulta da sua letra, do conceito gramatical e lógico, e do confronto com outros dispositivos e, a construção constitucional agrega além dos quesitos da interpretação, critérios extrajurídicos ou metajurídicos. (Ferraz, 1986, p. 46).

A construção constitucional é espécie da interpretação, como o é a interpretação lógico-sistemática, e se aproxima ou por vezes até mesmo se identifica com a interpretação evolutiva. (Ferraz, 1986. P. 48)

Pois bem, após a desconstrução, da mutação constitucional sob orientação da obra de Anna Cândida Ferraz, pode-se concluir que a mesma ocorre quando o legislador, na sua função de intérprete da Lei Constitucional, analisa o texto e sem modificá-lo, emprega determinado sentido que não havia sido previsto pelo Constituinte quando da elaboração da Lei.

A interpretação feita pelo legislador obedece alguns métodos de interpretação constitucional, seja o gramatical, lógico, analógico ou mesmo o evolutivo e a Construção Constitucional. Em qualquer dos casos não se aponta a possibilidade de alteração do texto escrito da Constituição; não esta se afirmando que a Constituição seja imutável, muito pelo contrário, espera-se que essa lei seja modelada ao tempo em que esta sendo aplicada, observando para isso os procedimentos previamente definidos em lei.

Além disso, a interpretação constitucional não pode simplesmente ocorrer como forma de responder aos anseios do povo e em favor deste. Deve ocorrer por necessidade, por ser a Constituição um elemento vivo dentro do ordenamento e por isso tendente a passar por constantes modernizações.

Konrad Hesse estabeleceu alguns princípios que devem orientar o intérprete da Constituição no momento de estabelecer a valoração das opiniões que podem solucionar o problema. Tais princípios foram compilados na obra de Uadi Lammego Bulos⁵⁸:

- a) Princípio da Unidade da Constituição – as normas devem ser interpretadas em conjunto com outras da própria Constituição para evitar contradição entre ambas;
- b) Princípio da Concordância Prática – os bens jurídicos protegidos constitucionalmente devem ser coordenados com vistas à resolução dos problemas concretos;
- c) Princípio do critério da Correição Funcional – as Constituições regulam as funções do Estado, assim como as funções estatais. Logo, o intérprete não deverá exceder as prescrições voltadas a esse sentido, a fim de evitar agressões à sua letra;
- d) Princípio da valoração e relevância dos pontos de vista – devem prevalecer os pontos de vista que resguardam a unidade política, objeto precípua das Constituições;
- e) Princípio da força normativa da Constituição – deve-se dar prioridade a interpretação que obedeça as características normativas da Constituição. (Bulos, p. 115),

⁵⁸ BULOS, Uadi Lammego. *Mutação Constitucional*. Saraiva, 1997.

Pois bem, a interpretação constitucional é talvez, sob a perspectiva de Anna Cândida Ferraz e Uadi Lammego Bulos, uma das mais importantes modalidades de mutação constitucional e para que seja possível a sua ocorrência é necessário além da manutenção do texto escrito, a sujeição do intérprete aos princípios acima expostos.

Não se pode aceitar a interpretação constitucional de uma norma dando significado totalmente diverso do que pretendia o constituinte quando da confecção desse texto legal.

Muito importante fazer menção a obra de Bulos (1997, p. 97) quando vincula o intérprete aos princípios regentes da interpretação constitucional:

E no mister de interpretação de normas, impede extrairmos do sistema positivado pelo legislador aqueles princípios que foram valorizados pela manifestação constituinte originária, verificando qual o sentido atribuído às palavras, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo, após a correta apreensão da principiologia que ampara as palavras.

As normas constitucionais guardam maiores possibilidades de interpretações tendo em vista que são normas de conteúdos mais abertos, que carecem em ser assim para permitir a evolução e a complementação do texto primário, originário.

Imaginar uma Constituição sem a possibilidade de se adequar aos enfrentamentos propostos pela modernidade é o mesmo que fechar os olhos para os constantes avanços das relações humanas, e não apenas isso, acreditar que nada precise ser modificado seria tolice.

Devido à sua estrutura, as normas constitucionais demandam uma interpretação que densifique, precise e/ou as complemente, interpretação esta que assume, muitas vezes, uma função criadora na medida em que o intérprete/aplicador, se vê obrigado a preencher, com pautas valorativas e opções ideológicas próprias, o espaço de conformação que o constituinte, consciente ou involuntariamente deixou “em aberto”. (Bulos, 1997, p. 116)

Retomando o estudo de Anna Cândida da Cunha Ferraz, passa-se a analisar o momento em que ocorre a mutação constitucional por via da interpretação constitucional.

Respondendo tal questão, a Autora afirma que “ocorre mutação constitucional por via da interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição”. (Ferraz, 1986, p. 57)

Ou seja, segundo a autora, toda e qualquer interpretação do texto constitucional poderia resultar na mutação da Constituição, desde que não fosse alterado o texto original; do contrário, estaríamos diante de uma reforma constitucional inconstitucional, ou seja, uma reforma da lei sem a observância dos procedimentos propostos para isso.

Paulo Bonavides, aqui trazido por Anna Cândida, explica com clareza a possibilidade da interpretação constitucional como processo de mutação da constituição:

O emprego de novos métodos da hermenêutica jurídica tradicional fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais de emenda constitucional. Excluída a via excepcional do golpe de Estado ou do apelo extremo aos recursos revolucionários, a ordem constitucional, quando se lhe depara o imperativo de renovação a que se acha sujeita, pode perfeitamente atender essa necessidade por três caminhos normais: o estabelecimento de uma nova Constituição, a revisão formal do texto vigente e o recurso aos meios interpretativos. (Ferraz, 1986, p. 57)

Bonavides então deixa claro que a alteração do texto constitucional pode ocorrer sob dois aspectos: dentro da legalidade ou pela ilegalidade. Pela legalidade a mudança pode ocorrer apenas com a elaboração de um novo texto, pela revisão do texto vigente ou ainda pela utilização de recursos que chama de “revolucionários”. Já pela ilegalidade o autor cita o golpe de estado.

Quando a interpretação é feita em descompasso com o texto constitucional original apresentando uma nova redação àquilo que foi interpretado, justificando ser isto uma hipótese de mutação constitucional, na verdade não passa de um golpe de estado, conforme bem destacou Paulo Bonavides.

A mudança do texto constitucional escrito necessita passar por procedimentos previamente dispostos pela própria Constituição, ressaltando a importância da democracia e seu processo legislativo.

Concluindo, oportuna lição de Anna Cândida (1986, p. 58)

A mutação constitucional por via interpretativa não atinge a letra da Constituição; também, não altera o conteúdo positivado expressamente na norma constitucional. Apanha, porém, o significado, o sentido, o alcance das disposições constitucionais. A mudança da letra do texto constitucional, nas Constituições rígidas, somente se admite, quando decorrente de reforma, mediante processo previsto na própria Constituição. Partindo-se do pressuposto de que a Constituição rígida tem sua supremacia assegurada por controle de constitucionalidade, toda mudança da letra constitucional, por processo que desborda o previsto no texto, não prevalece, por inconstitucional.

Por esta razão alertamos que quando ocorre a mudança do texto da constituição sem a devida observância dos procedimentos legais que lhes são propostos, se está diante de uma reforma inconstitucional – sinônimo de golpe de Estado.

E mais, Anna Cândida adverte quanto aos perigos da interpretação constitucional aduzindo que:

Quanto mais elástico for o processo interpretativo, tanto maiores, porém, os perigos de frustração ou desvirtuamento do texto constitucional e de distorções dos princípios fundamentais que embasam o documento constitucional. A quebra e a decomposição desses fatores, levam, por essa via, “a uma legitimidade fácil e desimpedida do poder” e a “perda da função estabilizadora da Constituição” quando não a sua destruição como lei. (Ferraz, 1986, p. 62)

2.5 Os intérpretes da Constituição

Muito se falou até o momento sobre a possibilidade de ocorrer interpretação constitucional como sendo uma forma de adequação da Constituição à realidade vivida. No entanto, cabe a seguinte indagação: a quem a lei incumbiu de interpretar a Constituição no momento de sua aplicação? Para tentar responder essa questão, será utilizada como base a doutrina de Anna Cândida da Cunha Ferraz.

A Constituição deve, em regra, ser exercida por determinados órgãos já previamente determinados pela própria Lei Maior cabendo-lhes, se necessário for, a interpretação ou complementação da norma. Essa modalidade de interpretação é chamada pela doutrina de interpretação constitucional orgânica, pois como o próprio nome pressupõe, trata-se de modalidade conferida a determinados órgãos.

Dentro do conjunto universo a qual se denomina interpretação constitucional orgânica compreende-se os seguintes integrantes: intérpretes legislativos, judiciários ou executivos, visto que a interpretação não é tratada como sendo monopólio deste ou daquele poder.

Em paralelo, tem-se a interpretação constitucional não orgânica, que seria aquela interpretação que não foi realizada por órgãos cuja função era a aplicação da Constituição, ou seja, a interpretação feita não visava imediata que assim fosse aplicada. Como exemplo, pode-se citar as interpretações oriundas de doutrinadores e cientistas do direito; essa modalidade de interpretação também pode ser reconhecida como interpretação doutrinária.

Falar-se-á em poucas linhas sobre as interpretações constitucionais orgânicas legislativas e administrativas, apenas de forma didática, para conhecimento de suas principais nuances; contudo, não serão profundamente abordadas, por não ser o objeto desta pesquisa. O enfoque maior que se pretende dar é sobre a modalidade de interpretação constitucional judicial.

2.5.1 Interpretação Constitucional Legislativa

A interpretação constitucional legislativa consiste na 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-lo e, conseqüentemente, dar-lhe aplicação. O órgão legislativo recebe da própria constituição o comando imperativo para atuar a norma constitucional. (Ferraz, 1986, p. 65)

Segundo a definição acima, ocorrerá interpretação constitucional legislativa sempre que a própria Constituição determinar que sua aplicação deva se dar por órgão dotado de poder legislativo.

Esse órgão legislativo, no momento em que estiver interpretando, buscará dar um sentido concreto à vontade do constituinte no momento de editar leis que disciplinem a sua aplicação.

“Assim, todo e qualquer órgão ou sujeito chamado a aplicar ou consentir na aplicação da norma constitucional mediante ato normativo legislativo estará dando interpretação legislativa à Constituição”. (Ferraz, 1986, p. 65)

A interpretação constitucional legislativa é incumbência do Poder Legislativo que a desenvolve, de modo genérico, como leis de aplicação da Constituição. Tratam-se dos tipos de leis já conhecidos: lei ordinária, lei complementar entre outras.

O poder executivo também participa da interpretação constitucional legislativa no momento de opor seu veto ou ainda pedir a promulgação da lei; vale deixar registrado que sua participação pode ocorrer nos casos já previstos pela própria Constituição (iniciativa própria).

No direito constitucional pátrio a interpretação constitucional em sua forma legislativa se manifesta através de leis, mais especificamente das leis complementares.

Segundo Ferraz (1986, p. 80) “inúmeros artigos⁵⁹ referem-se à Lei Complementar cuja função é fundamentalmente, complementar, integrar ou concretizar disposições constitucionais dependentes de lei ulterior”.

Todavia, a autora não deixa de considerar a hipótese de outras formas de lei como as leis delegadas, leis federais, leis estaduais, servindo de instrumento a complementação da Constituição.

Duas questões são controvertidas no tocante à interpretação constitucional legislativa: a primeira é sobre a possibilidade de se propor uma lei que tenha por função regulamentar normas constitucionais de sentido impreciso, obscuro ou duvidoso; a segunda é sobre a possibilidade de editar uma lei para preencher uma lacuna constitucional.

Para diversos autores a resposta à primeira questão é negativa pelo argumento de que a lei não seria o meio correto a dirimir toda e qualquer controvérsia constitucional, bem como essa nova lei poderia distorcer e até mesmo mudar o sentido da Constituição pela sua proposta de complementação.

No entanto, a crítica para esses argumentos reside justamente no fato de que é tarefa do órgão legislativo interpretar, razão pela qual não se pode proibir que exerça sua função. Para tanto, como limite à interpretação é a impossibilidade de se alterar a letra da Constituição deformando-a.

Em resumo, assim escreve Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 88), “cabe, portanto, ao órgão legislativo competente buscar o cumprimento efetivo da norma, contornando as dificuldades e suprindo-lhe as obscuridades”.

E completa, respondendo a primeira questão: “não se trata, no caso, de interpretação autêntica da Constituição. Trata-se tão somente, de se procurar, viabilizar a aplicação constitucional, de modo harmônico com seu conteúdo e espírito”. (Ferraz, p. 88)

⁵⁹ Constituição Federal. Art. 3º, 8º VI, 14, 15 § 1º e 3º

Quanto à possibilidade de preenchimento de lacuna constitucional mediante lei, em nada se opõe a doutrina de Anna Cândida, inclusive indicando que a lei tem exatamente essa função, preencher a lacuna deixada pelo texto constitucional.

Por fim, a autora adverte dos riscos dessa modalidade de interpretação ante a complexidade vivenciada pelo legislador no momento de confeccionar uma lei que proponha a aplicação da Constituição.

No entanto, os riscos “não devem servir de pretexto para que as leis imobilizem o texto constitucional, impeçam mudanças necessárias e perfeitamente admitidas, quando não exigidas, pelo espírito e pela letra da Constituição”. (Ferraz, 1986, p. 101).

2.5.2 Interpretação Constitucional Administrativa

A interpretação constitucional administrativa é também uma modalidade de interpretação constitucional orgânica, visto que desenvolvida por órgãos administrativos do poder executivo.

Destaca-se desde já que o poder legislativo assim como o poder judiciário também pode participar desse processo de interpretação designada residualmente para os órgãos do executivo.

A interpretação constitucional é atribuída aos órgãos do poder executivo todas as vezes que necessitam adequar seus atos, resoluções e disposições gerais ao domínio dos ditames da Constituição.

A modalidade de interpretação administrativa é conhecida por não carregar características específicas no tocante a sua esfera de atuação, algo que se difere da interpretação legislativa e judiciária (conforme se verá adiante). A interpretação constitucional é realizada sem o objetivo de criar leis ou resoluções complementares à Constituição, mas sim adequar à conduta administrativa aos preceitos constitucionais.

Segundo Anna Cândida (1986, p. 148),

Consiste, assim, na interpretação constitucional operada mediante atos, resoluções ou disposições gerais ou não, que *não* tenham por objetivo a elaboração de leis integrativas ou complementares à Constituição ou decisões jurisprudenciais visando a aplicação da Constituição a casos concretos ou à declaração de inconstitucionalidade de leis.

A exteriorização da atividade de interpretação administrativa pode se manifestar por diversas formas, sendo o mais usual em forma de atos ou ainda por nomeações e resoluções.

As interpretações constitucionais administrativas devem obedecer alguns limites, impostos pela própria constituição; um desses limites é bem definido pelo princípio da legalidade. Certo é que a interpretação visa à adequação de atos aos preceitos constitucionais, deve o intérprete se questionar a todo momento da constitucionalidade ou não daquele ato.

Não poderá editar um ato que esteja em desacordo com a Constituição pela simples faculdade que possui de interpretar o texto maior e assim criar mediante suas próprias vontades, atos que não recebem guarida da Constituição.

Por esta razão, grande parte da doutrina entende que a interpretação constitucional administrativa é bastante cautelosa e deve obedecer aos rígidos critérios da constituição.

No tocante à mutação constitucional, define Anna Cândida (1986, p. 157) que:

se configura o processo de mutação sempre que, atuando para concretizar, integrar e aplicar a Constituição, conduz, 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.

Nessa modalidade de interpretação constitucional também não se permite a mudança do texto constitucional, e muito pelo contrário, para ser reconhecida como

um processo de mutação constitucional deve-se manter as características essenciais da lei dando-lhe apenas um novo sentido, se necessário for.

A principal pergunta que se faz ao analisar a interpretação constitucional administrativa é de que maneira essa interpretação pode modificar o sentido ou o alcance da Constituição.

Inicialmente é necessário analisar a interpretação sob dois aspectos: (1) a tipologia das normas constitucionais que estão sendo estudadas ou (2) a interpretação atuada por atos administrativos de finalidades administrativas, políticas ou atos de governo.

2.5.2.1 Interpretação segundo a tipologia das normas

Conforme destacado por Anna Cândida (Ferraz, 1986, p. 158) José Afonso da Silva observa caráter relevante das interpretações constitucionais administrativas quando analisadas as normas programáticas, de eficácia limitada e normas de eficácia contida.

Com relação às normas programáticas duas situações merecem destaque: a primeira quando o constituinte fixa os princípios que amoldam sua intenção ficando a encargo do intérprete, ao tempo que convier, fazer ou não a interpretação dessa norma. A interpretação que conforme a vontade do constituinte pela ação do intérprete pode ser chamada de integrativa, complementar.

A segunda situação ocorre quando o intérprete se apresenta para dar eficácia, por meio de leis, de determinada norma, deixando margem de discricionariedade à execução da norma.

Em suma, existem diversas normas programáticas dispostas na Constituição que aguardam, segundo a vontade do constituinte, a sua integração ao texto legal que se tornará eficaz por meio de leis editadas pelo intérprete dessas normas.

Um problema que se destaca dessa atuação frente às normas programáticas é a inércia do legislador sobre aquilo que deveria fazer integrar a norma constitucional de modo direto ou indireto, ficando essa ação vinculada a sua própria vontade.

São inúmeros os exemplos de normas programáticas que carecem de interpretação a fim de integrá-las à Constituição que permanecem intactas e sem perspectiva de se tornarem realidade.

Talvez por essa inércia o poder judiciário tem atuado em casos cuja alçada não lhe competia, fazendo prevalecer os fundamentos e objetivos do próprio texto constitucional; amado ou odiado, o ativismo judicial é merecedor de uma análise responsável sobre sua eficácia ou não.

A interpretação constitucional administrativa das normas de eficácia contida também apresenta suas particularidades. Em primeiro é necessário saber se a norma é contida por leis ou outras normas constitucionais ou em segundo se é contida por fatos, elementos históricos, políticos, sociais, valores como segurança pública, bons costumes, regime democrático, estes, também chamados de elementos de contenção por restringirem direitos individuais.

É em nome dessas expressões limitativas e concretas que o Poder Público desenvolve a intensa atividade designada de poder de polícia. A interpretação constitucional desenvolvida pela atividade do poder público na aplicação desses elementos fornece, em grande medida, o caráter real que as normas constitucionais assumem no cotidiano. Não se pode deixar de observar que o conteúdo concreto de tais conceitos éticos, valores, motivos, é, de modo mais constante e objetivo, fixado através da ação administrativa do que por intermédio de normas legais. (Ferraz, 1986, p. 161)

Por essas questões considera-se de extrema importância o estudo da interpretação constitucional administrativa de normas constitucionais, especialmente das programáticas e as de eficácia contida.

2.5.2.2. Interpretação segundo a finalidade do ato

A interpretação constitucional administrativa também pode ser levada como fator determinante à “positivação de atos administrativos ou de finalidade política ou atos de governo”. (Ferraz, 1986, p. 163)

“Os poderes públicos podem receber da Constituição competência para atuar e aplicar a norma constitucional direta ou indiretamente, tanto praticando atos administrativos em sentido estrito, como atos administrativos de finalidade política.” (Ferraz, 1986, p. 163)

Como exemplo, Anna Cândida da Cunha Ferraz apresenta a nomeação de um ministro para a Corte Suprema afirmando que essa escolha de modo indireto influenciará na interpretação constitucional na modalidade judicial, ou seja, pela faculdade que a lei lhe confere (praticar o ato de nomear), pode indiretamente ser veículo de outro processo de mutação constitucional.

“A interpretação administrativa impulsiona, direta ou indiretamente, o processo de mutação constitucional quando o Poder Executivo, aplicando normas constitucionais, decide sobre planos e programas particularmente voltados para os setores econômico-social, de previdência social, etc.” (Ferraz, 1986, p. 163)

2.5.3 Interpretação Constitucional Judicial

Nesse momento passa-se a estudar aquela que é aceita pela doutrina como a mais importante forma de interpretação da Constituição em razão da repercussão das decisões que são proferidas pelo órgão judiciário.

Bulos (1997, p. 133) afirma que a essa interpretação “é considerada a mais importante entre as modalidades de interpretação orgânica, dada a grande repercussão das decisões judiciais, bem como as características que a circunscrevem”.

Ferraz (1986, p. 102) precursora do assunto, assegura que “a relevância atribuída a interpretação constitucional judicial deve, em grande parte ser atribuída à repercussão das decisões judiciais e às características de que se reveste essa modalidade de interpretação constitucional”.

Em suma, a interpretação constitucional judicial é de indiscutível importância para a ordem jurídica a ser seguida pelo Estado. De outra forma, em sistemas de Constituições rígidas, o controle de constitucionalidade de atos do judiciário abre precedente a um leque de possíveis interpretações da norma, criando possíveis controvérsias entre princípios e instrumentos de interpretação.

Bulos define as principais características da interpretação constitucional judicial: a) obrigatoriedade – a interpretação é obrigatória, pois não cabe ao magistrado a opção em decidir ou não decidir uma lide, b) primariedade – a interpretação judicial deve ser provocada através de um processo judicial e c) definitiva – característica das Cortes Constitucionais que ao final definem em absoluto a matéria levada à análise. (1997, p. 133)

A questão principal que reveste o estudo das interpretações constitucionais judiciais é o limite imposto ao intérprete, questionando-o até que ponto suas decisões podem inovar e criar. Qual a sua legitimidade em complementar, restringir ou mesmo dar forma aos preceitos inseridos no texto constitucional.

Importante registrar que até a partir de meados do século XX entendia-se o princípio da Separação de Poderes como algo absoluto, de modo que não se aceitava qualquer intervenção na esfera de atuação de cada um deles, não se imaginava a possibilidade do executivo exercer atribuições que até então era do legislativo.

Kubliskas (2009, p. 126) explica que o chamado Welfare State trouxe uma reformulação ao papel do Estado inserindo leis que protegem o trabalho do homem, sua saúde, segurança e bem estar. Por conta dessas inovações, as relações econômicas e sociais se tornaram mais complexas obrigando uma integração maior entre os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Segundo Kubliskas (2009, p. 127), “a partir do advento do Estado Social consolidou-se a ideia de que o Poder Judiciário poderia participar da atividade de criação do direito”. Para tanto, como forma de reforçar sua posição, cita Mauro Cappelletti:

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. Como escreve Lord Reid, outro eminente jurista inglês, ‘em tempos anteriores entendia-se quase escandaloso sugerir que os juízes criassem o direito em vez de meramente declará-lo. É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não apenas de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, e alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado a discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da aceitação que em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”.

Convive-se de maneira harmônica com ideia de adequação da Constituição a realidade que se vive, permitindo aos órgãos que compõe os poderes legislativo, executivo e judiciário que interpretem a letra fria da Lei; o que não se conforta é a ideia de ausência de limites no exercício da atividade de interpretar.

Dentro desse panorama, falando dos possíveis intérpretes da Constituição, é importante destacar a obra *Hermenêutica Constitucional* de Peter Haberle⁶⁰ onde consigna que a hermenêutica deve ser adequada a sociedade pluralista ou sociedade aberta. Explicando, o tradutor da obra Gilmar Mendes assegura que “todo aquele que vive a Constituição é um legítimo intérprete”. (Haberle, 2002, p. 09)

Para Haberle, nas palavras de Gilmar Mendes,

⁶⁰ HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. SAFE, Porto Alegre, 2002.

a interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesses, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional. (Haberle, 2002, p. 09)

Apesar de aceitar o cidadão como mais um intérprete da constituição, tendo em vista que esta não é um monopólio do Estado, a teoria de uma sociedade aberta tal como desenvolvida por Haberle reflete profunda dificuldade da mesma se materializar quando levado em consideração as desigualdades sociais, característica marcante de nossa sociedade.

É bastante interessante a conclusão trazida por Anna Cândida da Cunha Ferraz quando explica necessidade da Constituição refletir ideias e valores dominantes em determinada época: “a constituição deve ser vista como um elemento condicionado, porém ao mesmo tempo condicionante da estrutura social”. (Ferraz, 1986, p. 124) E complementa na sequência:

Se a Constituição se acha em relação condicionadora e condicionante com as restantes estruturas do Estado e da sociedade e estas estruturas sociais, econômicas, políticas e jurídicas estão sujeitas a constantes mudanças, é claro também que essa mobilidade há de se projetar sobre a estrutura constitucional. Consequentemente, a Constituição se transforma, ou pela reforma formal, ou, sem mudança de forma, altera-se no sentido significado e alcance.

Portanto, não se nega em momento algum a necessária adequação do texto constitucional à realidade presente, a possibilidade de interpretação, mas desde que ocorra apenas e tão somente a mudança do sentido da Constituição e não a sua própria redação sem o devido procedimento legal previsto para tanto. Caso seja necessária a mudança da letra da lei, que esta seja feita pelos métodos clássicos devidamente legitimados pela própria Constituição.

É exatamente esta a advertência feita por Bulos (1997, p. 135):

Todavia, se o ato interpretativo desvirtuar a letra das normas que embasam a Constituição, quebrando a juridicidade dos princípios informadores da ordem constituída, estaremos diante das mutações

inconstitucionais. As mutações inconstitucionais destroem a vida dos preceptivos constitucionais, idealizados por obra de poder incondicionado cujo reflexo incide sobre todo ordenamento jurídico. Os efeitos provocados por estas deformações variam em grau e em profundidade e podem contrariar a Carta Suprema, em maior ou menor extensão, sem mudar a letra de suas normas.

Ou seja, para Bulos, a mutação constitucional pela interpretação constitucional é à ação do intérprete em aplicar um novo sentido, ou alcance da norma analisada sem que a mesma sofra qualquer alteração em seu texto.

Segundo Bulos (1997, p. 137), a doutrina trata a questão das mutações inconstitucionais, também chamadas de falseamento ou quebrantamento da Constituição como uma ação maliciosa do intérprete da norma ocasionando vício gravíssimo de inconstitucionalidade pela prática de ato contrário à Constituição.

A Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz também faz menção em sua obra das mutações inconstitucionais e de forma categórica e irredutível afirma ser necessário combater e repelir esse tipo de mudança informal da constituição por ser acima de tudo inconstitucional.

Inadmissíveis teoricamente diante da concepção de constituição, obra de um poder mais alto, reflexo de uma ideia de direito na comunidade, decisão política fundamental positivada, dotada de caráter impositivo que deve prevalecer sobre todo o sistema jurídico e político, abarcando, a um só tempo, todos os atos dos governantes e governados, perduram, todavia, na prática. Não há como negar-lhes existência. Combatê-los e repeli-los é, pois, imperativo indiscutível. (Ferraz, 1986, p. 250)

Nota-se que a Constituição obra viva que é, depende de diversas interpretações como forma de adequá-la à realidade, porém, tais interpretações não podem promover mudança na regra escrita editada pelo constituinte, sem a observância do procedimento para isso.

Todavia, conforme será analisado no próximo capítulo, não parece claro pela atuação de alguns ministros do STF, que a mutação constitucional enquanto processo de adequação do texto legal à realidade pode ser instrumento de valorosa serventia ao direito, mas que a sua utilização, desrespeitando a norma pela

interpretação equivocada ou tendenciosa pode, inclusive, ultrapassar os limites do controle de constitucionalidade.

E isso fica bastante claro nas palavras de Bulos (1997, p. 138)

Sem embargo, são inegáveis os riscos de interpretação constitucional, enquanto processo informal de mudança da Constituição. Ao invés de adaptar a Lei Maior à realidade social cambiante, passa a comprometer a sua estabilidade, ocasionando sua destruição como lei. Deveras, as mutações inconstitucionais representam o maior de todos os riscos que pode sofrer uma Constituição, em se falando de mudanças informais por ato interpretativo.

Dentro desse estudo, destacam-se então duas modalidades de interpretação constitucional judicial que merecem ser apresentadas como forma de complementar o estudo. Da experiência constitucional pode-se extrair a interpretação evolutiva e a Construção Constitucional.

Exemplificando a interpretação evolutiva, Ferraz (1986, p. 130) apresenta a prática constitucional exercida pela Corte Americana no tocante à cláusula de comércio entre os Estados.

Segundo a Constituição Americana o Congresso daquele país teria competência para regular as relações comerciais interestaduais; pensava-se que fosse apenas para dirimir sobre as barreiras aduaneiras entre estados e os obstáculos à liberdade de comércio. No entanto, desde a primeira vez em que teve que utilizar dessa norma, a Corte ampliou o seu sentido e alcance, dando ao Congresso poder total para regular as relações comerciais entre estados e não apenas sobre as barreiras aduaneiras.

Essa prática permaneceu por vários anos e acabou por si própria adequando a Constituição Americana à realidade daquele momento sem passar por uma reforma específica; a Constituição foi “atualizada” por obra da Corte Suprema.

Concluí-se no exemplo acima que a Corte Suprema Americana criou uma jurisprudência sobre o assunto, ou seja, foram proferidas inúmeras decisões

reiteradas que aceitavam a ampliação dos poderes do Congresso para atuar nas relações comerciais interestaduais e acabaram se tornando a regra. O avanço dos tempos, fez com que essa interpretação se perpetuasse no ordenamento jurídico; e diversos exemplos podem ser extraídos do sistema americano, baseado no *common law*.

Ferraz (1986, p. 133) vê com preocupação a interpretação evolutiva:

A evolução constitucional por força de decisões jurisprudenciais é fortemente contida na América Latina, por exemplo, em razão de fatores tais como: a predominância política do Poder Executivo sobre a Corte Suprema, a inexistência de reais garantias de imparcialidade dos juízes, as frequentes reformas constitucionais e a instabilidade institucional constante, que dá ensejo a sucessivos e prolongados períodos de exceção constitucional.

Os abusos na interpretação constitucional que por hora podem ser considerados benéficos, refletir em avanço ou em modernização, também abrem precedente a uma utilização indiscriminada, motivada por objetivos e interesses particulares de seu intérprete.

A interpretação pela Construção Constitucional nasceu do direito norte americano e representa uma importante técnica utilizada pela mais original de suas instituições: a Suprema Corte.

Bulos (1997, p. 141) nos apresenta duas definições utilizadas para o termo *construction*; a primeira, elaborada pelos dicionaristas do direito anglo-saxão:

É a fixação do sentido de uma Constituição, lei, estatuto de uma sociedade, regimento de uma sociedade beneficente, contrato, testamento, ou qualquer outro instrumento em litígio, ou tendo uma relação com o litígio.

A segunda definição, elaborada por juristas daquele país apresenta outro conceito, fazendo inclusive uma diferenciação da interpretação:

A *construction* seria a retirada de conclusões através de elementos já existentes, dados e indicados pela linguagem usada, ao passo que o ato interpretativo significaria a arte de descobrir o verdadeiro sentido

da própria linguagem, ou, de alguma forma, das palavras ou símbolos.

Em outras palavras, conforme preconiza Bulos (1997, p. 142)

A interpretação atém-se ao texto, estudando propriamente a lei, e a construção vai adiante, examinando as normas jurídicas em seu conjunto, descobrindo e revelando a *ratio essendi* do produto legislado, no intuito de recompô-lo ou construí-lo, sempre sopesando o todo orgânico. A interpretação configuraria, para alguns, o exame isolado da lei; já a construção seria a confrontação das palavras legais com outras do mesmo ou diferente repositório de normas, a fim de determinar “o Direito Positivo, lógico, aplicável à vida real.”

Confirmando sua tese, Bulos (1997, p. 144) assim complementa

Deveras, construção e interpretação não são atividades distintas. Evidenciam fases de um mesmo processo. A construção está contida na complexidade do processo interpretativo, consistindo num estágio dele. Se assim não fosse, teríamos de concluir que as situações que ensejam o construtivismo não poderiam ser interpretadas, o que é inverdade. A experiência demonstra que a tarefa de captar o sentido, alcance e significado de dispositivos constitucionais é comum a ambos os expedientes, até mesmo naqueles casos onde inexistente normatividade – verdadeiros vácuos normativos, derivados da incompletude da ordem jurídica – ou naquelas hipóteses em que duas normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes nem mesmo âmbito normativo, colidem, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso concreto.

E assim conclui que:

Tanto em hipótese de lacuna como em caso de antinomia jurídica, o magistrado, e. g., apreciando o caso *sub judice*, a todo o instante, também o interpreta, buscando a significação dos conceitos jurídicos, diante da vaguidade, ambiguidade do texto, imperfeição e falta de terminologia técnica, má redação etc.

Para outros autores, a *construction* pode ser classificada como uma modalidade de interpretação, segundo estes, toda interpretação é uma construção visto que o intérprete ao executar sua função não fica restrito exclusivamente a letra da lei, mas insere princípios e valores de justiça e moral.

Tanto a autora Anna Cândida da Cunha Ferraz, como Uadi Lammego Bulos, ao falar da *construction* e interpretação buscam a origem etimológica da palavra no dicionário de Henry Campbell Black⁶¹

Construction. The process, or the art, of determining the sense, real meaning, or proper explanation of obscure or ambiguous terms or provisions in a statute, written instrument, or oral agreement, or the application of such subject to the case in question, by reasoning in the light derived from extraneous connected circumstances or laws or writings bearing upon the same or a connected matter, or by seeking and applying the probable aim and purpose of the provision. (1896, p. 386)⁶²

Interpretation. The art or process of discovering and expounding the meaning of a statute, will, contract, or other written document. The discovery and representation of the true meaning of any signs used to convey ideas. (1896, p. 954)

Um dos exemplos de *construction* apresentados por Anna Cândida da Cunha Ferraz é o famoso caso *Marbury x Madison* muito estudado no direito constitucional nos capítulos sobre controle de constitucionalidade.

A *construction* não foi muito significativa para outros países, além do seu país de origem; igualmente no Brasil, poucos são os exemplos da utilização dessa modalidade. O Habeas corpus pode, talvez, ser o exemplo mais emblemático do uso da *construction* em nosso país.

Capitaneado por Ruy Barbosa, o Supremo Tribunal Federal ampliou o alcance do artigo 72, § 22 da Constituição Federal de 1891; pela interpretação dada por aquele Tribunal, o habeas corpus não se abreviaria apenas as restrições ao direito de liberdade de locomoção, mas sim a toda e qualquer lesão de direito pessoal praticada sob o abuso de autoridade. (Ferraz, 1986, p. 138)

⁶¹ BLACK, Henry Campbell. *Handbook on the construction and interpretation of law*. St. Paul, Minnessota. Estados Unidos, West Publishing Co., 1896

⁶² Tradução livre do autor: O processo, ou a arte, de determinar o sentido significado, real, ou adequado explicação de termos obscuros ou ambíguos ou disposto no estatuto, escrito ou oral, acordo, ou a aplicação de tal assunto para o caso em questão, pelo raciocínio à luz derivado de estranhas circunstâncias relacionadas ou leis ou escritos influência sobre o mesmo ou ligada a determinada matéria, ou pela busca e aplicando a objetivo provável e da finalidade da norma.

Segundo o § 22 do artigo 72 da Constituição de 1891 apenas poderia utilizar o habeas corpus como remédio à lesão ao direito e liberdade de locomoção, porém, entendeu o Supremo Tribunal Federal que não apenas a locomoção estaria protegida, mas sim todos os direitos pessoais tolhidos pelo abuso de autoridade.

Atuação positiva do STF, Fagundes Seabra (apud Ferraz, 1986, p. 138) tece comentários valerosos sobre o tema

Desenvolve-se, então, fecundo trabalho jurisprudencial, que se alinha entre o que de mais notável se conhece na história do direito, como contribuição pretoriana para a estrutura da ordem jurídica. Os Juízes da Excelsa Corte, a duras penas e a riscos sem conta (dois presidentes da república declarariam formalmente não cumprir julgados do tribunal; um outro censurá-lo-ia em mensagem ao Congresso) fortaleceriam o constitucionalismo brasileiro. Ao habeas corpus se atribui latitude que, em país algum, jamais se lhe reconhecera. Os julgados ampliativos do instituto se fundamentaram, principalmente, na correlação entre o exercício do direito de ir e vir e o exercício doutros direitos, acolhendo-se o pedido sempre que o direito de locomoção se mostre indispensável para o exercício de um outro, incontestável e líquido. Ao assegurar-se a liberdade de movimento, porque condição para o exercício de um direito – o direito escopo, na conhecida expressão de Pedro Lessa – em verdade se garante é o exercício deste. O desempenho de funções políticas, as imunidades parlamentares, a cessação, com o estado de sítio, de medidas tomadas sob ele, o exercício de profissão e de cargo público, tudo foram direitos protegidos através do habeas corpus. Essa conceituação nova do writ multissecular, da qual resultou a denominada teoria brasileira do habeas corpus, consideradas as suas repercussões na vida do regime, se traduz em concurso inestimável ao aperfeiçoamento das instituições republicanas, pela reinvidicação, para o Poder Judiciário, da posição de supremo árbitro no amparo do indivíduo e das minorias contra os abusos do Poder Executivo.

A *construction* do habeas corpus foi, portanto, inegavelmente, uma grande evolução ao texto primário da lei, transformando o sentido de uma norma sem que houvesse sido necessário que esta norma passasse por uma reforma constitucional.

Concluindo, o estudo da *construction* permitiria a escrita de uma monografia específica para seu estudo ante a sua riqueza de exemplos (inspirados na doutrina norte americana); ao final do terceiro capítulo será retomada a análise do modelo de interpretação construtiva.

2.5.4 - Processos atípicos de mudança do texto constitucional

A obra de Anna Cândida elenca alguns fenômenos intitulados por anômalos de mudança da constitucional; em primeiro, a inércia no plano constitucional; em segundo, o desuso; e, por fim, a mudança tácita da Constituição.

Analisando a primeira hipótese nos deparamos com o vocábulo inércia. O que vem a ser inércia no plano constitucional? Pois bem, como o próprio tema pressupõe, a inércia constitucional é a inatividade consciente na aplicação de determinados dispositivos constitucionais.

Meirelles Teixeira (*apud* Ferraz, 1986, p. 218) afirma que:

configura-se a inércia constitucional quando há inatividade consciente na aplicação da Constituição, ou seja, quando uma disposição constitucional deixa de ser plenamente aplicada por falta de atuação do poder competente para esse fim, por um tempo mais ou menos longo.

A outra pergunta que não abandona o tema é saber qual o tempo correto para se estabelecer a inércia? Ou melhor, se existe um tempo mínimo e máximo razoável para a atuação do legislador?

Apesar da inexistência de qualquer determinação legal, no tocante a prazos, que obrigue a vinculação do legislador a cumpri-los, Ferraz (1986, p. 219) afirma que:

Se o comando impositivo não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional, mas este é insindicável e incontrolável jurídica e jurisdicionalmente: primeiro, porque, como adverte Levi, ninguém é legitimado para o exercício de uma pretensão jurídica objetivando o adimplemento de tal prestação por parte dos órgãos legislativos, isto é, ninguém tem o direito subjetivo à aprovação de qualquer lei, ainda que determinada no texto da Constituição; segundo, e consequentemente, porque a omissão se revela uma questão política, que escapa a apreciação jurídica.

Em exemplo, Anna Cândida Ferraz (1986, p. 222) afirma que haverá omissão do poder legislativo quando lhe cabendo aprovar ou negar aprovação para

preenchimento de certos cargos previstos na Constituição, não o faz, utilizando-se de manobras políticas que logram evitar o exame ou a discussão da matéria.

O artigo 52 inciso X da Constituição Federal de 1988 é um exemplo que será mais bem apresentado no terceiro capítulo desta pesquisa. Segundo tal artigo, cabe ao Senado Federal suspender a execução no todo ou em parte de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Qual prazo teria o Senado Federal, após receber a decisão proferida pelo STF transitada em julgado, para suspender a execução da norma? A lei é silente quanto a isso. Logo, a demora na suspensão configuraria a inércia constitucional?

Entende-se que sim, estar-se-ia diante da inércia do Poder Legislativo em tornar pública a decisão do STF que declarou inconstitucional determinada norma, suspendendo assim os seus efeitos. O que se questionará é a possibilidade de anulação dessa atribuição constitucional prevista ao Senado em face da sua inércia; terá um dos outros poderes legitimidade para, mediante atuação própria, desprestigiar função constitucional até então garantida?

A inércia do Senado Federal apresentada no exemplo acima justificaria a validação da sentença declarada inconstitucional pelo STF independente de passar sob o crivo e consequente publicação pelo Senado Federal? Tais questões serão oportunamente discutidas.

Voltando ao exemplo, uma decisão definitiva proferida pelo STF declarando uma norma inconstitucional é matéria cuja apreciação poderia ter prioridade de tramitação no Senado Federal, até mesmo para evitar injustiças. O acúmulo de processos da mesma natureza, exemplo de problema enfrentado pelo judiciário, poderia ser um obstáculo a menos na concretização da justiça.

Anna Cândida afirma que a inércia é um mecanismo de mutação da constituição à medida que deixa de fazer a vontade do legislador originário, ou seja, o “deixar de fazer” prejudica a Constituição em atingir os objetivos pela qual foi proposta. Para a autora (Ferraz, 1986, p. 230)

A inércia caracteriza-se pela não aplicação intencional, provisória mas prolongada, das disposições constitucionais pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução. Como modalidade de mutação constitucional a inércia é processo pernicioso, que acarreta consequências desastrosas à vida constitucional dos Estados. De um lado porque, ao contrário dos demais processos de mutação constitucional, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. Na maioria das vezes serve com instrumento exatamente para evitar tal adaptação.

O desuso no plano constitucional é a segunda modalidade de processos anômalos de mudança da Constituição consistindo na inobservância: consciente, uniforme, consentida, pública e reiterada por longo período de uma disposição constitucional.

O desuso pode muitas vezes se confundir com a inércia, porém, como preferem alguns autores, pode o desuso tomar a forma de costume *ab-rogatório* ou *contra legem*. Ferraz (1986, p. 235) filia-se a corrente que aproxima o desuso da inércia e não do costume.

O desuso importa, apenas, na paralisação do uso da norma constitucional; paralisação com ânimo definitivo, é certo. Mas tão somente inoperância ou o não uso da norma constitucional. Esta não é revogada, ab-rogada ou derogada pelo desuso.

Essa modalidade de mudança anômala da Constituição se aproxima da inércia, tendo como principal diferença o fato de que a inércia dificulta a adequação da Constituição à realidade e o desuso paralisa a norma definitivamente, ou seja, no primeiro caso a norma não veio à tona por ineficiência do legislador, na segunda, por deixar de utilizá-la, o legislador esquece-se da existência daquela norma de modo a paralisá-la.

Por esta razão acredita-se que o desuso não derroga a norma, sendo esta permitida apenas por uma reforma constitucional ou superveniência de uma nova Constituição, o desuso torna a regra constitucional letra morta, podendo inclusive ser reconhecida como modalidade de mutação inconstitucional.

A terceira e última modalidade anômala é a mudança tácita da Constituição aceita em duas situações: a primeira, quando determinada reforma da Constituição

não indica com clareza o texto alterado, e, em segundo, quando possível reforma indica com precisão o texto alterado, mas essa modificação contraria normas constitucionais preexistentes. Tais situações são reconhecidas por processos de emenda à Constituição, evitados de problemas pela deficiência de técnica.

Para Ferraz (1986, p. 242)

Inteiramente indesejável, vez que não se destina a adaptar a Constituição à realidade concreta ou sequer dar vida à norma constitucional, mas ao contrário, é fator de perturbação na vida constitucional do Estado, cabe ao constituinte evitar dar ensejo a essa modalidade de mudança da Constituição.

A mudança tácita da Constituição é, pois, espécie de mutação negativa da constituição em razão das deficiências segundo o qual foi criada, editada, acarretando em problemas a sua adequação (se possível for) à Constituição.

No presente capítulo procurou-se trazer à pesquisa os processos de mudança da constituição reconhecidos e aceitos pela doutrina, especificamente sobre a interpretação e suas diversas modalidades, entendidas como forma de mutação constitucional.

Conforme se destacou, as mutações constitucionais podem ser vistas para alguns autores como sinônimo de interpretação constitucional, ou seja, tais interpretações seriam modalidades utilizadas por determinado intérprete a complementação, adequação da norma constitucional à realidade social.

Procurou-se registrar que as mutações constitucionais, sob o ponto de vista de doutrinadores pátrios não aceitam a alteração do texto constitucional escrito, sendo esta hipótese possível desde que preenchidas as características previstas para reforma constitucional ou ainda pela vinda de uma nova Constituição.

Pela análise do que foi exposto até o presente momento, quer alguns ministros do STF, usar a faculdade de interpretar a Constituição não apenas em seu sentido e alcance, mas também de modificar o próprio texto escrito, adequando-o

assim a realidade social; será que é possível esquecer-se da rigidez como estrutura garantidora de perpetuação e estabilidade da Lei Maior?

03 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O STF NA RECLAMAÇÃO 4335-5 / AC

Neste capítulo, pretende-se demonstrar o posicionamento de alguns ministros do STF, especialmente daqueles que já votaram na Reclamação 4335-5/AC, sobre o que vem a ser a mutação constitucional, fazendo para isso o uso da análise desta Reclamação como caso prático.

Entende-se que a Reclamação 4335-5 / AC tenha sido o episódio mais emblemático e polêmico no que tange a mutação constitucional, razão pela qual será analisada profundamente; não pelo mérito da discussão da inconstitucionalidade ou não da progressão de regime para condenados pela prática de crimes hediondos (objeto da reclamação), mas sim a fundamentação utilizada em alguns dos votos já proferidos.

O voto do ministro Gilmar Mendes e Eros Grau será questionado sob os aspectos jurídicos tomando por base toda a análise histórica que até aqui foi feita da mutação constitucional: desde sua aparição, destacada por Paul Laband até o aprofundamento maior feita em nosso ordenamento jurídico por Anna Cândida da Cunha Ferraz.

A importância do Senado Federal, pano de fundo de discussão desse capítulo, não será doutrinariamente esgotada tendo em vista que não é essa a proposta maior deste capítulo, mas sim, o questionamento da possibilidade de ter ou não sua competência suprimida pelo STF.

Em resumo do que se pretende com a pesquisa deste capítulo, perfilha-se às colocações de Lênio Streck⁶³ abordando a Reclamação 4335-5/AC

Ao final dos debates entre os Ministros daquela Corte, poder-se-á chegar, de acordo com o rumo que a votação (da Reclamação 4335-5/AC) tem prometido até o momento, a uma nova concepção, não

⁶³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago.2007 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10253>>. Acesso em: 27/12/2012.

somente do controle da constitucionalidade no Brasil, mas também de poder constituinte, de equilíbrio entre os Poderes da República e de sistema federativo. Isto porque a questão está ancorada em dois pontos: primeiro, o caminho para a decisão que equipara os efeitos do controle difuso aos do controle concentrado, que só pode ser feito a partir do que – nos votos – foi denominado de “mutação constitucional”, que consistiu, na verdade, não a atribuição de uma (nova) norma a um texto (Sinngabung), mas, sim a substituição de um texto por outro texto (construído pelo Supremo Tribunal Federal); o segundo ponto é saber se é possível atribuir efeito erga omnes e vinculante às decisões emanadas do controle difuso, dispensando-se a participação do Senado Federal ou transformando-o em uma espécie de diário oficial do Supremo Tribunal Federal em tais questões. É, pois, sobre estes aspectos cruciais que, motivados pela fertilidade do tema e pela responsabilidade como juristas comprometidos com o Estado Democrático de direito, decidimos propor algumas reflexões sobre a matéria, na intenção de provocar discussões durante o processo decisório no Supremo Tribunal Federal. E a discussão que propomos inicia a partir dos bem fundamentados votos proferidos pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau, que, acaso majoritários, estabelecerão uma ruptura paradigmática no plano da jurisdição constitucional no Brasil. Ao não concordarmos com os referidos votos, buscamos trazer alternativas teóricas que possam ser aptas a contribuir com o debate. Afinal, numa sociedade que se quer democrática, é papel dos juristas comprometidos com essa sociedade contribuir não apenas para a formação de opinião pública especializada, mas também para a cidadania em geral, aprofundando a discussão sobre questões centrais para a realização permanente do Estado Democrático de Direito⁶⁴.

As constantes mudanças pela qual tem passado o direito pátrio desde a concepção da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais vêm abrindo espaço para movimentos que lutam para colocar em prática todas as intenções ainda esquecidas do legislador originário, fazer valer a lei orientada pelos objetivos da constituição; como exemplo desses movimentos, pode-se citar o ativismo judicial. Preocupa-se a ideia de prevalência de decisões fundamentadas no ativismo judicial, os riscos que se corre com essas decisões, como bem destaca Paulo Bonavides⁶⁵:

Acontece, porém que a moderna metodologia de interpretação da Constituição ampliou demasiadamente a importância do fator político ao ocupar-se da matéria social, empobrecendo assim a consistência jurídica da Constituição normativa ou conduzindo-a a um estado de crise e carência que se avizinha da desintegração. (2003, p. 484)

⁶⁴ Apenas tendo por objetivo contextualizar o leitor, até o momento em que Lênio Streck se posicionou sobre o tema, haviam votado apenas os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003

Oportuno também dedicar atenção (sem aprofundar ao tema) àquilo que se entende por ativismo judicial; neste ponto vale lição de Elival da Silva Ramos ⁶⁶, segundo o qual:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do poder judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (Ramos, 2010, p. 308)

Luis Roberto Barroso⁶⁷, também define ativismo judicial:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito. (Barroso, 2010, p. 09)

Ultimamente o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou uma série de discussões sobre temas que a sociedade aguardava por uma resposta definitiva;

⁶⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, Vol. 12. Fev/mai 2010 ISSN 1808-2807.

temas como união homoafetiva, fidelidade partidária, células tronco, além de outros que despertam diversos entendimentos e posicionamentos não apenas entre as cabeças que operam nosso direito, mas de toda a sociedade.

Protagonista desses enfrentamentos, o STF vem atuando de forma ativista, como definem alguns doutrinadores, destacando, por exemplo, Lênio Streck, ao promover julgamentos muitas vezes divergentes com o texto constitucional, deturpando regras fundamentais do direito ou mesmo criando definições próprias e exclusivas, tal como a mutação constitucional.

Em manifestação veiculada por prestigioso órgão de imprensa, O Presidente do Senado e do Congresso Nacional expressou o desconforto institucional do Poder Legislativo brasileiro diante de práticas adotadas pelos outros Poderes que lhe ameaçam a primazia no desempenho de uma de suas funções primordiais, a de legislar. De fato não se ignora que o Congresso se encontra pressionado, de um lado pelo Poder Executivo, mercê da edição desenfreada de medidas provisórias com força de lei, desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, e, de outro, por recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, que teriam transposto os limites da lúdica atividade jurisdicional que lhe compete exercer. Daí a exortação que culminou por fazer aquela autoridade em relação a esse último fenômeno, no sentido de que caberia “definir com precisão os limites da intromissão do Judiciário na seara parlamentar”. (Ramos, 2010, p. 21)

Além da necessidade de apresentar respostas aos anseios da sociedade, o positivismo jurídico passa a ganhar destaque negativo diante das inúmeras críticas que lhes são dirigidas. Em resumo, as críticas ao positivismo se resumem a dificuldade de adequar o direito à realidade dos fatos ao momento em que se vive, ou seja, a dificuldade de adequar um texto escrito no passado às necessidades do presente. Em outras palavras, “o positivismo kelseniano, dogmatiza o direito, somente por meio das normas, não reconhecendo um direito fora do ordenamento”.

68

Ideias que no passado se mostravam as melhores, talvez hoje se encontrem desatualizadas, assim como leis que outrora se mostravam adequadas, hoje não registram mais os mesmos vínculos com os anseios da sociedade. A interpretação

⁶⁸ PAGANELI, Celso Jeferson Messias; SIMÕES, Alexandre Gazetta; JÚNIOR, José Antônio Ignácio. *Ativismo Judicial – Paradigmas atuais*. Coleção Univem. Editora Letras Jurídicas. São Paulo, 2011. P. 125

constitucional não pode ser esquecida devendo ser norteadora das decisões que não encontram respaldo jurídico ou que coloquem em *check* direitos fundamentais e a ineficiência do Estado. Luis Roberto Barroso⁶⁹ apresenta com bastante clareza o que se pretende com a interpretação constitucional:

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. (2007, p. 08)

E também adverte que:

Cumprir fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico. (2007, p. 08)

Alguns poderiam tomar por paradigma o jusnaturalismo, modelo antecessor ao positivismo que defendia a existência de direitos independente de sua normatização; no entanto, não se mostrou suficientemente capaz de garantir aos interesses dessa sociedade; uma lei para ser respeitada como tal deve ser uma lei aceita pela maioria como justa, que se aproxime do conceito de justiça. Por sua fragilidade, o jusnaturalismo deu espaço ao positivismo que agora, passados os anos, vem recebendo uma nova nomenclatura: pós-positivismo.

⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Número 9 – março/abril/maio 2007 – Salvador – Bahia. ISSN 1981-1888. Disponível para acesso em <www.direitodoestado.com.br> Acesso em 11/10/12

O pós-positivismo, em linhas gerais pode ser resumido como um sistema que segue a orientação de postulados principiológicos: posituação não apenas de normas, mas também dos princípios que garantem os direitos fundamentais.

Em outras palavras, Silvio Dobrowski⁷⁰, professor de Universidade de Santa Catarina, não entende essa readequação do modelo positivista como sinônimo de mudança total, algo novo (pós-positivismo), mas sim de um sistema que aceita a possibilidade de flexibilizar determinados institutos.

Na medida em que aumenta a atividade governamental, cresce, por igual, essa tarefa de revisão judicial dos atos administrativos. Enquanto em alguns países europeus não se permite recorrer ao Judiciário, com esse fim, existindo um sistema de jurisdição administrativa própria, a Constituição de 1988 inseriu entre os direitos fundamentais, a garantia de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Constituição, artigo 5º, XXXV). A partir desse dispositivo, não se pode pensar em Judiciário tímido, ao modelo do existente em França, voltado apenas a resolver litígios de natureza privada. Embora jurídico, o controle da Administração Pública importa em atividade com interferência direta no funcionamento de uma das ramificações do poder estatal.

Dentro dessa perspectiva, o STF ultimamente tem atuado em alguns casos de forma discricionária, criando alternativas à crise do positivismo deixando de lado o respeito a leis e princípios basilares de nosso ordenamento jurídico. Essa é a preocupação explicada por Edinilson Donisete Machado⁷¹:

A autonomia judicial não pode ser excessiva, posto que poderá vir a exteriorizar apenas a vontade individual do julgador, da mesma maneira que nunca poderá ser excessiva a adesão aos princípios constitucionais, em sua aplicação, haja vista que derogariam todas as regras do sistema que promove a autonomia, necessária ao cumprimento do controle da vontade política substancial, consolidada no ordenamento, via Constituição. A Autonomia judicial, assim, ao se limitar aos conteúdos normativos, às regras e aos princípios, evita que haja arbitrariedade. (Machado, 113)

⁷⁰ DOBROWSKI, Silvio. *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. In REVISTA n.º 31 Ano 16, dezembro de 1995 - p. 92-101. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Seq31Dobrowski-NecessidadeAJEC.pdf>. Acesso em 12/09/11

⁷¹ MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial. Limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

3.1 A Reclamação 4335-5 / AC e o STF

A polêmica criada com a Reclamação 4335-5/AC cuja relatoria ficou a encargo do Ministro Gilmar Mendes é o objeto principal de análise e discussão desse trabalho de pesquisa.

A reclamação foi ajuizada pelo Defensor Público da União Valdimir Perazzo Leite em face da decisão da Vara de Execuções Penais da cidade de Rio Branco / AC. A referida decisão negava a possibilidade de progressão de regime para diversos réus que estavam cumprindo suas penas em regime fechado pela prática de crimes hediondos.

No *Habeas Corpus* de número 82.959 o STF reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90; segundo esse dispositivo da lei era vedada a progressão de regime para crimes hediondos. Posteriormente, em 2007 (após o ajuizamento da Reclamação 4335/AC), a lei 11.464 alterou o mesmo dispositivo determinando que o início da pena fosse cumprido no regime fechado, mas não o cumprimento integral nessa modalidade.

Da narrativa acima se constata que a lei 11.464/07 permitiu a progressão de regime também para aqueles condenados pela prática de crimes hediondos já que a nova redação afirmava que apenas o início da pena seria cumprido no regime fechado. O benefício da progressão seria concedido ao Réu que cumprisse 2/5 da pena se primário fosse ou 3/5 da pena em caso de reincidente.

Ocorre que o juízo da comarca de Rio Branco / AC negou a progressão do regime para determinados réus, condenados pela prática de crimes hediondos, fundamentando sua decisão no fato de que aquela proferida pela STF no HC 82.959 ocorreu em sede de controle difuso de constitucionalidade, cujos efeitos atingiriam apenas as partes envolvidas na demanda.

No entanto, para que a decisão proferida no HC pelo STF produzisse efeitos erga omnes seria necessário que o Senado Federal tomasse conhecimento dessa

decisão e suspendesse a execução dessa norma, conforme disciplina o artigo 52 inciso X da Constituição Federal.

Algumas questões processuais no tocante a possibilidade ou não de ajuizamento da presente reclamação também foram levantadas, no entanto estas foram superadas e tal reclamação foi a julgamento; nesse momento começaram as fundamentações dos ministros.

A relatoria solicitou informações da comarca de Rio Branco que se manifestou no sentido de não conhecer da Reclamação ajuizada por não preencher os requisitos do artigo 13 da Lei 8.038/90 e pelo fato de que o julgamento proferido no Habeas Corpus paradigma não era de conhecimento daquela vara de execuções. A ausência de qualquer publicidade expedida pelo Senado Federal no tocante a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90 não permitia que aquele juízo atuasse de maneira diversa daquela como atuou.

Ademais, segundo o juízo da vara de execuções da cidade de Rio Branco, a reclamação não foi regularmente instruída com os documentos necessários, talvez pela ausência de publicidade da declaração de inconstitucionalidade pelo Senado Federal, e indicam claramente que busca suprimir instância, posto que conforme consta da inicial, contra a decisão deste Juízo que negou a progressão para aqueles apenados por crimes hediondos ou equiparados manejou o reclamante habeas corpus perante o Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

A Procuradoria-Geral da República manifestou em seu parecer pelo não conhecimento da demanda, posição divergente do Ministro Relator que ainda concedeu liminar afastando a impossibilidade de progressão de regime aos condenados pelo estado do Acre, comarca de Rio Branco.

Em fundamentação que conheceu do Habeas Corpus opostos pelos réus presos de Rio Branco, o Ministro Relator determinou que os mesmos fossem privilegiados pela progressão de regime, ficando a critério do juízo da vara de execuções penais daquela cidade verificar se os mesmos preenchem os requisitos para deferimento desse pedido de progressão. Vale ressaltar que essa decisão

contraria não apenas a Constituição Federal, mas também o próprio Regimento Interno do STF, conforme disposto em seu artigo 178⁷².

3.1.1 Mutação Constitucional – Entendimento de Gilmar Mendes

A decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes enfrentou dois problemas: em primeiro a utilização da Reclamação e seu cabimento no caso concreto; em segundo, a decisão proferida renega ou torna desnecessária a atuação do Senado Federal no sistema de controle de constitucionalidade do sistema p atrio.

No tocante à utilização e cabimento da Reclamação, tem se disciplinado pela Constituição Federal em seus artigos 102, I, “I” e 105, I, “f”, que tal procedimento visa   preservação da competência do STF e do STJ assim como de suas decisões.

Segundo o entendimento do Professor Moniz Arag o⁷³, a Reclamação “  um incidente processual, provocado pela parte ou pelo Procurador-Geral, visando a que o Supremo Tribunal imponha a sua competência quando usurpada, explícita ou implicitamente, por outro qualquer tribunal ou juiz” (1969, p. 110)

Para o relator Ministro Gilmar Mendes, socorrendo-se de outras decisões proferidas pelo próprio STF, a legitimidade ativa para opor uma Reclamação perante o STF é de qualquer pessoa que se mostre prejudicada por uma decisão que contrarie orientação do Pretório Excelso.

Logo, por sua análise, entendeu o ministro que pelo fato de ter havido uma decisão que declarou a inconstitucionalidade de um dispositivo de lei (mesmo que em controle difuso de constitucionalidade sem a suspensão determinada pelo Senado Federal) e essa decisão não havia, em tese, sido respeitada, era perfeitamente cabível tal reclamação.

⁷² Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos artigos 176 e 177, far-se-  a comunicação, logo após a decisão,   autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição.

⁷³ MONIZ DE ARAGÃO, Egas. A correição parcial. Curitiba: Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1969.

Mendes entendeu que os condenados da comarca de Rio Branco eram legitimados a opor a Reclamação *sub judice*, uma vez que, estavam sendo prejudicados pelo não cumprimento de uma decisão, que lhes atingiram de maneira salutar.

Caso a decisão proferida pelo STF, no *Habeas Corpus* 82.957, tivesse sido levada a conhecimento do Senado Federal como um caso de inconstitucionalidade e só então houvesse sido suspensa pelo Senado Federal, dando conhecimento público da declaração de inconstitucionalidade descoberta, aí sim os condenados da comarca de Rio Branco estariam sendo vítimas de atuação arbitrária do juízo da vara de execuções penais daquela comarca, posto que a suspensão promovida pelo Senado lhes garantiria a liberdade.

Desta feita, a Reclamação 4334/AC não deveria ter sido conhecida pelo relator Ministro do STF visto que a decisão paradigma havia sido proferida em controle difuso de constitucionalidade; se não houve a suspensão pública daquele dispositivo dito inconstitucional, não seria possível cobrar que essa decisão atingisse a coletividade.

Além de inovar, o ministro Gilmar Mendes feriu a própria Constituição Federal quando permitiu a possibilidade de progressão de regime daqueles presos. Para não ficar ainda mais nebulosa essa decisão, atribuiu ao juízo da vara de execuções criminais, verificar por meio de exame criminológico se todos os apenados estavam em condições de serem agraciados por tal benefício.

Quando se fala em lesão a Constituição Federal, se fala com amparo e fundamento no próprio texto constitucional, pois aquilo que está disposto na Lei Maior, não pode ser objeto de mudança sem passar pelos procedimentos disciplinados pela própria Lei.

O artigo 52 inciso X da Constituição Federal dispõe que é de competência exclusiva do Senado Federal, suspender no todo ou em parte, a execução de norma declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Ao conhecer da Reclamação e conceder liminar permitindo a progressão de regime aos condenados de Rio Branco, o ministro do STF concedeu liminar em total discordância com o texto constitucional. Sendo função do Senado, suspender a execução de norma declarada inconstitucional pelo STF, como poderia o ministro permitir que os efeitos de uma decisão em controle difuso de constitucionalidade atingisse toda uma gama de pessoas que não participaram daquela relação jurídica?

Veja que o controle de constitucionalidade foi desrespeitado. O controle difuso, modalidade fundamental na manutenção da democracia, visto que nega poder absoluto ao STF, já que necessita do Senado Federal para que sua decisão produza efeitos *erga omnes*, foi completamente abduzido do texto constitucional pela atuação do ministro.

O fundamento utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes preocupa por demais pelo fato de que o Senado Federal não se apresenta nessa relação como mero expectador, um divulgador das decisões do STF, mas sim como um controlador de qualquer espécie de abuso que porventura venha ocorrer.

Segundo Mendes⁷⁴,

o senado federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

E mais, vejamos como o Ministro justifica sua decisão⁷⁵:

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

⁷⁴ MENDES, Gilmar. Voto na Reclamação 4335-5/AC, p. 25

⁷⁵ MENDES, Gilmar. Voto na Reclamação 4335-5/AC, p. 27

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? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.

Para o Ministro Gilmar Mendes a atuação do Senado Federal em suspender no todo ou em parte as decisões declaradas inconstitucionais pelo STF é exclusivamente histórica.

A reclamação, conforme acima aduzido, tem por objeto a preservação da competência do STF e a garantia da autoridade de suas decisões; logo, pelo primeiro ponto a reclamação não poderia ter sido recebida, não existiam argumentos que afrontasse a preservação da competência. Em segundo, apenas as decisões proferidas pelo STF no controle concentrado possui eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*.

Em relação a atuação de Gilmar Mendes, o autor Flávio Quinaud Pedron, faz uma reflexão sobre o assunto aduzindo que o Ministro Mendes “acusa o sistema difuso de ser incapaz de solucionar os julgados com eficiência e rapidez, respondendo em idêntica medida aos diversos casos ‘iguais’ que tramitam pelo judiciário”. (2012, p. 17)

Mesmo incongruente com a Constituição Federal, Gilmar Mendes defende seu fundamento amparado por uma releitura do inciso X do artigo 52 afirmando que as decisões do STF, em controle incidental têm “eficácia que transcende o âmbito da decisão”⁷⁶. E mais,

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em

⁷⁶ MENDES, Gilmar. Voto na Reclamação 4335-5/AC, p. 55

sede de controle difuso. Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988.⁷⁷.

Ao concluir seu voto, o Ministro Gilmar Mendes se defende sob o argumento de que sua interpretação é uma autêntica mutação constitucional uma vez que apresenta uma “completa reformulação do sistema jurídico”. Para o ministro, essa nova compreensão conferida ao artigo 52 inciso X da Constituição Federal encontra subsídio na teoria da mutação constitucional.

Ao definir o fenômeno da mutação constitucional o Ministro se ampara de doutrinadores clássicos como Georg Jellinek, Hsu Dau-Lin e Anna Cândida da Cunha Ferraz e define muito bem o tema: por mutação entende-se a reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

No entanto, após uma análise rápida sobre a questão, os votos de alguns ministros proferidos na liminar da Reclamação 4335/AC não apresentou uma nova forma de interpretação, uma mudança de sentido como pretendeu, mas sim alterou o texto; ora, se a atuação do Senado Federal que era obrigatória foi suprimida, quer dizer que o texto constitucional foi desrespeitado e não simplesmente reinterpretado.

Segundo Pedron, o Ministro “entende que a mutação é *criação* deste Tribunal, que “atualiza” para os novos padrões a realidade, supostamente diminuindo o déficit entre norma e realidade” (2012, p. 17)

É interessante a complementação feita pelo Ministro como forma de justificar essa “mutação constitucional” que aqui tomamos a liberdade de tratá-la como mutação constitucional à brasileira:

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 - deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla – talvez até mesmo um

⁷⁷ MENDES, Gilmar. Voto na Reclamação 4335-5/AC, p. 56

certo efeito vinculante - à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 1998). No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou ao relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, § 1o A).⁷⁸

Ao que parece, o Ministro Mendes tem ciência de que sua fundamentação não encontra respaldo doutrinário nos estudos sobre mutação constitucional, mas que, por conta do excesso e acúmulo de processos nas instâncias judiciais e frente a uma nova proposta de celeridade, torna-se justificável sua decisão.

A necessidade de uma justiça mais célere e efetiva, desperta estudos que merecem monografias próprias e exclusivas para apresentar a pesquisa, razão pela qual não ingressaremos a fundo neste tema; no entanto, é pacífica a conclusão de que o sistema atual carece de mudanças e melhorias.

O custo dessa resposta esperada do Judiciário pela sociedade é preocupante tendo em vista as inúmeras lesões causadas na Constituição; como visto na Reclamação 4335/AC, a progressão de regime estava confirmada, mas faltava o trâmite regular para que a mesma produzisse seus efeitos para a coletividade; resultado: lesão de dispositivo constitucional. Será que esse é um preço justo a ser pago pelo direito pátrio?

Os defensores de uma atuação desvinculada da lei poderão defender que é necessária celeridade, que os réus estavam presos, que a liberdade estava sendo tolhida. Sim, é verdade. Não se discute o mérito em aceitar como justa e possivelmente adequada à decisão do Ministro; mas e o direito? E as regras processuais? Hoje para o bem, e amanhã? A história não nos esconde as diversas decisões déspotas na humanidade.

Concluindo seu voto, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a função do Senado Federal no tocante a atuação disciplinada pelo artigo 52 inciso X da

⁷⁸ MENDES, Gilmar. Voto na Reclamação 4335-5/AC, p. 57

Constituição Federal é de dar mera publicidade ao ato declarado inconstitucional, pois para ele os efeitos dessa declaração já poderiam ser considerados *erga omnes*.

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. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31, (2), publicação a cargo do Ministro da Justiça). Tais decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm força de lei (Gesetzeskraft) [Lei do Bundesverfassungsgericht, § 31, (2)]. Segundo Klaus Vogel, o § 31, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã faz com que a força de lei alcance também as decisões confirmatórias de constitucionalidade. Essa ampliação somente se aplicaria, porém, ao dever de publicação, porque a lei não pode conferir efeito que a Constituição não prevê.⁷⁹

E finaliza aduzindo que a não publicação pelo Senado Federal não teria o condão de impedir que a decisão do Supremo Tribunal Federal assumisse sua real eficácia jurídica. A isso, entendemos como eficácia *erga omnes*.

3.1.2 Mutação Constitucional – Entendimento de Eros Grau

Após o voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes, votou o ex-ministro Eros Grau, hoje aposentado de sua função e seguindo basicamente o mesmo entendimento do relator opinou de forma favorável a concessão da liminar pleiteada na Reclamação 4335/AC.

Logo no início de seu voto Eros Grau se manifesta afirmando que “uma das marcantes oposições que se manifestam no bojo do direito   a que se põe entre a

⁷⁹ MENDES, Gilmar. Voto na Reclamação 4335-5/AC, p. 59

necessária tutela da segurança jurídica e da liberdade individual, de um lado, e a função da Rcl 4.335 / AC interpretação no desenvolvimento do direito, de outro”⁸⁰.

Reconhece o ministro, conforme bem destacado por Pedron,

A explosão de litigiosidade que marca a contemporaneidade, e o risco, através da eficácia *inter partes* típica da lógica do sistema difuso, ser carente de uma condição de maior efetividade – aqui entendida como capacidade de produzir uma solução que diminua, na maior medida do possível, a constelação de casos pendentes de julgamento no interior do Judiciário brasileiro. Sendo assim, reconhece a necessidade de desenvolver outra leitura normativa que autorize – como também quer o Min. Gilmar Mendes – uma solução mais rápida para os processos jurisdicionais, “desafogando” o Judiciário. (2012, p. 18)

O ministro Eros Grau também se mostra preocupado com a situação do Judiciário brasileiro, assim como fez o relator, e se questiona se a decisão do mesmo é uma modalidade de mutação constitucional ou não.

Independente do que se narrará a partir de agora, o ministro Eros Grau na maioria das vezes em que vai justificar seu voto, faz alusão à situação crítica do poder judiciário. Vejamos abaixo:

O crescimento do número de litígios e a multiplicação de processos idênticos no âmbito do sistema de controle difuso são expressivos da precariedade da paz construída no interior da sociedade civil. Uma paz dotada de caráter temporário, na medida em que o dissenso entre particularismos antagônicos é apenas mediado, superado pela conveniência --- o que, no direito, não consubstancia, a rigor, nenhuma mediação efetiva, nem suprassunção, mas justaposição conflitante. Daí a multiplicação de conflitos que operam a transposição, para o âmbito do Judiciário, de antagonismos que se revestem de múltiplas aparências, insuficientes porém para ocultar suas raízes, plantadas na oposição de interesses historicamente bem definidos. As estruturas engendradas pela modernidade são insuficientes para nos elevar à eticidade (*Sittlichkeit*) hegeliana, permeada pela racionalidade como razão efetiva. De modo que, os particularismos opondo-se uns aos outros, profusamente, mas em última instância exibindo os antagonismos de classe, o observador arguto verificará que nos juízos singulares e nos tribunais são hoje travados, como se de um jogo e não de uma luta se tratasse, confrontos entre partes que consubstanciam uma manifestação própria da sociedade civil, as classes sociais. Dizendo-o de outra

⁸⁰ GRAU, Eros. Voto na Reclamação 4335/AC, p. 02

forma: o Judiciário é atualmente arena em que se joga a luta de classes.⁸¹

O ministro Eros Grau se reveste com absoluta propriedade para radiografar a situação do judiciário brasileiro e quando fala, não inventa de forma maliciosa um quadro inexistente. De fato, o judiciário brasileiro vem passando por uma crise sem perspectiva de melhoras; questiona-se a lei – se está atingindo aos anseios da sociedade, questionam-se seus membros – advogados, magistrados, promotores, no exercício adequado de suas funções. Tudo é verdade.

Para José Eduardo Faria⁸², ao abordar a Crise do Judiciário no Brasil, assim preleciona:

A “crise da Justiça” se traduz pela ineficiência com que o Judiciário desempenha três funções básicas: a instrumental, a política e a simbólica (Santos et al., 1996). Pela primeira função, o Judiciário é o principal locus de resolução dos conflitos. Pela segunda, ele exerce um papel decisivo como mecanismo de controle social, fazendo cumprir direitos e obrigações, reforçando estruturas de poder e assegurando a integração da sociedade. Pela terceira, dissemina sentido de equidade e justiça na vida social, socializa as expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica e calibra os padrões vigentes de legitimidade na vida política. A ineficiência do Judiciário no exercício dessas três funções decorre da incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura e a realidade socioeconômica a partir da qual e sobre a qual tem de atuar. Em termos históricos, desde seus primórdios no Brasil colonial, como uma instituição inquisitória forjada pelo Estado português a partir das raízes culturais da Contra-Reforma, aos dias de hoje, com seu intrincado sistema de prazos, instâncias e recursos, o Judiciário sempre foi organizado como um burocratizado sistema de procedimentos escritos. (Faria, 2005, p. 23)

Somado ao que acima foi relatado, o acúmulo de demandas semelhantes, pendentes de julgamento nas mais diversas esferas e Tribunais é fato conhecido e diversos doutrinadores, em seus estudos, tem por objetivo encontrar as saídas para outra realidade, melhoria de tal deficiência. Porém, cabe a seguinte questão: é possível valer-se de todas as formas, ainda que discrepantes com o ordenamento jurídico pátrio para se buscar uma nova realidade? Existem limites nessa luta incessante? Ou como bem pergunta o Professor Pedron (2012, p. 18), até onde a

⁸¹ GRAU, Eros. Voto na Reclamação 4335/AC, p. 04

⁸² FARIA, José Eduardo. *A crise do judiciário no Brasil*. Independência dos Juizes no Brasil. Aspectos relevantes, casos e recomendações. Organizador Jayme Benvenuto Lima Junior. co-organização: Sébastien Conan; apresentação: Jayme Benvenuto Lima Jr. Recife: Gajop; Bagaço, 2005.

elasticidade do texto constitucional autoriza à possibilidade de uma interpretação que pode modificar a lógica já estabelecida?

A alteração do texto constitucional é permitida, desde que cumpridas às formalidades disciplinadas em procedimentos específicos, razão pela qual não se pode conceber como válida uma alteração que não passou por tais procedimentos.

Esse preocupante excesso na atuação do STF também mereceu destaque no voto de Eros Grau onde o mesmo se questiona se o Relator Gilmar Mendes teria excedido os poderes que revestem seu cargo

A esta altura importa indagarmos se não terá ele excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?⁸³

Para responder tais questionamentos o Ministro Eros Grau alega que apenas caso a caso é possível destacar excessos ou não. Para defender pela ausência de excesso praticado pelo Relator Gilmar Mendes, Grau acomoda seu posicionamento nos ensinamentos de Aulis Aarnio (*Le rationnel comme raisonnable*, trad. par Geneviève Warland, L.G.D.J., Paris, 1.992, pág. 278):

O interpretante será correto quando a conclusão [i] se insere no quadro [na moldura] do direito; [ii] o discurso que o justifica processa-se de maneira racional; [iii] atende ao código dos valores dominantes. Penso poder dizê-lo, agora, de modo diverso.

Portanto, para Eros Grau, a decisão de Gilmar Mendes não estaria correta por se tratar de mutação constitucional, mas sim por ser adequada à realidade, tal como o brocardo: os fins justificam os meios.

Para auxiliar nesse processo de desafogar o judiciário, o Ministro Gilmar Mendes passou por cima do texto constitucional e deu à sua decisão efeitos que apenas o Senado Federal poderia ter dado – suspensão no todo ou em parte de ato declarado inconstitucional.

⁸³ GRAU, Eros. Voto na Reclamação 4335/AC, p. 05

No que tange ao conceito de mutação constitucional, o ministro Eros Grau consegue apresentá-lo com bastante clareza e também de acordo com as definições clássicas. Para Grau, a mutação constitucional é “a transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual”..⁸⁴.

Porém, na tentativa de explicar e “adaptar” o conceito clássico com necessidade de melhorias que já se destacou, Eros Grau afirma que a mutação constitucional é muito mais que uma interpretação, mas sim a possibilidade de substituição⁸⁵ de um texto por outro texto, a critério daquele que estiver interpretando; tanto é verdade que nesta votação Eros Grau opina pela alteração do texto:

Quando ela se dá (mutação constitucional), o intérprete extrai do texto norma diversa 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. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.⁸⁶

Para Eros Grau a mutação constitucional pode ser reconhecida como vocábulo sinônimo de reforma constitucional, mesmo sendo esse último uma modalidade de processo formal de modificação da constituição. Conclui-se da leitura do trecho acima que para o Ministro a mutação compreende a mudança da redação, um novo texto.

⁸⁴ GRAU, Eros. Voto na Reclamação 4335/AC, p. 09

⁸⁵ A substituição do texto do artigo 52 inciso X proposta pelo ministro é a seguinte: texto atual - [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] texto proposto - [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].

⁸⁶ GRAU, Eros. Voto na Reclamação 4335/AC, p. 09

Além de se posicionar conjuntamente com Gilmar Mendes, Eros Grau defende que não ocorra apenas uma nova interpretação do texto constitucional, mas é simpatizante a possibilidade de que tal texto possa ter sua própria redação alterada.

Nesse sentido, Pedron (2012, p. 21) com sua clareza peculiar explica que

A questão da legitimidade da mutação é transportada para a questão da sua eficiência; ou seja, ao que parece, ambos os ministros do STF reduzem as exigências da legitimidade das suas decisões a um cálculo pragmático – para usar a expressão de Dworkin (1999) – de modo que, se o resultado representar alguma espécie de ganho para uma parcela da comunidade (no caso, uma suposta aceleração dos procedimentos judiciais e uma diminuição de causas a serem julgadas pelo STF) a decisão se mostra legítima.

Continuando em seu voto, Eros Grau não se repreende ao afirmar que mutação constitucional é a mudança do texto da constituição e não simplesmente uma nova interpretação (já que assim entende o Relator Gilmar Mendes). Grau coloca que o relator não extraiu uma norma diferente do texto, mas sim corrigiu o texto conforme a sugestão de substituição por ele apresentada.

A confusão, feita por Eros Grau é tão grande que entende a mutação constitucional de uma forma e analisa sua exteriorização ao mundo jurídico de outra; isso para não se afirmar de maneira imprudente que a modo como interpretou o conceito clássico se adequa a necessidade atual do poder judiciário.

Mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a prática constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema.⁸⁷

Fazendo uma analogia com a Reclamação 4335/AC o ministro Eros Grau cita uma sessão de julgamentos em que o STF declarou que era inconstitucional a

⁸⁷ GRAU, Eros. Voto na Reclamação 4335/AC, p. 11

exigência de depósito em dinheiro para se opor recurso administrativo. Em face dessa decisão, relata o ministro (sem apresentar as fontes de sua constatação) que muitos contribuintes tiveram seu dinheiro devolvido. Deixa implícito que essa decisão favoreceu a coletividade que não precisou esperar pela suspensão e publicação da inconstitucionalidade pelo STF.

Para se fundamentar, Eros Grau cita passagem da obra de Hsu Dau-Lin⁸⁸ onde o mesmo aborda a questão das normas obsoletas, dando a entender que a atuação do Senado Federal no controle difuso possa ser vista como tal. Porém, vale ressaltar que para uma norma ser reconhecida como obsoleta é necessário que os direitos por ela estatuídos sejam impossíveis de praticá-los ou por sua própria inaplicabilidade.

Questiona-se: em qual das duas proposições opostas por Dau-Lin no tocante as normas obsoletas poderia se enquadrar a regra do artigo 52 inciso X da Constituição Federal?

Na primeira não poderia tendo em vista que não se estatuiu direitos, mas sim impôs uma regra procedimental a ser seguida com a finalidade de manter hígido o controle de constitucionalidade vigente; na segunda, por sua vez, entende-se que o acúmulo de processos do judiciário aguardando manifestação do Senado Federal não serviria de embasamento para torná-la inaplicável; se assim fosse, todo o processo legislativo perderia sua vitalidade. Ora, o referido artigo 52 inciso X poderia ser mesmo considerado obsoleto conforme afirmado pelo Ministro Eros Grau?

É bem provável que não se trate de uma norma obsoleta, tal qual foi reconhecida pelo Ministro Eros Grau, que assim justifica sua posição:

Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o

⁸⁸ DAU LIN, Hsu. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú. Instituto Vasco de Administración Pública.

discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso. Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete 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. Indague-se, a esta altura, se esse texto, resultante da mutação, mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A resposta é afirmativa. Ademais não se vê, quando ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, oposição nenhuma entre ele e qualquer de seus princípios; o novo texto é plenamente adequado ao espaço semântico constitucional.⁸⁹.

Da análise do voto de Eros Grau é possível concluir, apoiado nas palavras de Pedron (2012, p. 22) que sua posição é ainda mais precária ao ordenamento jurídico que a do próprio Relator, uma vez que muda o texto da constituição sem respeitar o procedimento formal para isso, “curiosa (a posição) – para não dizer autoritária”.

3.1.3 Mutação Constitucional – Entendimento de Sepúlveda Pertence

Contrariando o posicionamento dos ministros que antecederam o seu voto, Sepúlveda Pertence coloca que a fundamentação usada pelo Relator poderia se equiparar a um golpe de estado. Pertence afirma que o Senado Federal faz parte do controle de constitucionalidade pelo sistema difuso e, por esta razão, não poderia ter sido suprimido de sua competência a suspensão de lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso.

Com bastante lucidez o ministro Pertence alega que a decisão do Relator e de Eros Grau agride ferozmente a constituição federal, especificamente o controle de constitucionalidade brasileiro. Para ele, não há que se falar em mutação constitucional ou algo parecido a isso, mesmo aceitando que o controle concentrado acabou por tornar ineficiente o controle difuso.

⁸⁹ GRAU, Eros. Voto na Reclamação 4335/AC, p. 14

Para solucionar a demanda, sugeriu o ministro que, com base na Emenda Constitucional 45 que poderiam ter sido utilizadas as súmulas vinculantes; e estas em nada agrediram a Constituição. O STF, provocado no controle difuso a dirimir sobre causas possíveis de ocasionar insegurança jurídica ou multiplicidade de processos, poderia editar uma súmula vinculante, produzindo um resultado prático muito melhor – eficácia *erga omnes* e efeito vinculante - sem contrariar normas constitucionais. (Pedron, p. 23)

Sepúlveda Pertence sugere, talvez, não apenas uma solução qualquer para a demanda, mas sim a solução adequada e rigorosamente constitucional; criar ou deturpar conceitos clássicos não podem ser recebidos e aceitos – merecem imediatamente serem expungidos.

3.1.4 Mutação Constitucional – Entendimento de Joaquim Barbosa

O atual presidente do STF ministro Joaquim Barbosa, ao votar a Reclamação 4335/AC, desde logo deixou claro que não poderia a mutação constitucional servir de amparo às decisões pretendidas por Gilmar Mendes e Eros Grau.

Segundo Pedron (2012, p. 23)

O Min. Barbosa entende que o artigo 52 inciso X da Constituição de 1988, não é contraditório com a atual sistemática do controle de constitucionalidade em feições mistas trazidas pelo Texto Maior, de modo que careceria de legitimidade qualquer tentativa de apagar os traços distintivos historicamente estabelecidos entre o controle difuso e o controle concentrado.

É clara a incoerência das fundamentações trazidas por Gilmar Mendes e Eros Grau; tudo que por eles foi escrito em nada se assemelha ou se aproxima do que os clássicos entendem por mutação constitucional. Tanto é verdade, que o próprio Ministro Barbosa cita a obra de Anna Cândida da Cunha Ferraz e Uadi Lammego Bulos para esclarecer que para se constatar a mutação constitucional é necessário se atentar para dois requisitos fundamentais: existência de um lapso temporal razoável e a definitiva dessuetude do dispositivo.

3.1.5 Mutação Constitucional – Entendimento de Ricardo Lewandowski

O mais recente voto proferido na Reclamação 4335-5/AC foi dado pelo Ministro Ricardo Lewandowski que, assim como a maioria, discorda do posicionamento adotado pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau.

Em seu voto, Lewandowski discorda do Ministro relator quando o mesmo afirma que:

Se o Supremo Tribunal pode, em a o direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declara o de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?⁹⁰

Segundo Lewandowski, tal interpreta o:

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 divulga o das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo. Com efeito, a prevalecer tal entendimento, a C mara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa⁹¹.

Para o ministro, aceitar a tese de muta o constitucional revelaria franca vulnera o do sistema de separa o de poderes criado justamente para impedir que as fun es do governo fiquem concentradas a determinados órgãos, resultando na limita o da liberdade política do cidadão.

Citando Georg Jellinek, Lewandowski conclui que “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.”⁹²

⁹⁰ MENDES, Gilmar. Voto na Reclama o 4335/AC.

⁹¹ LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto na Reclama o 4335/AC, pag. 09

⁹² JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado. Buenos Aires: ed. IB de F, 2005. p. 747

Por derradeiro, o ministro conclui que não se pode afirmar que a proposta de nova interpretação do artigo 52 inciso X da Constituição Federal seja espécie de mutação constitucional, posto que existe limites formais e materiais impostos pela própria Lei Maior, citando para isso o artigo 60 §4º que trata como cláusula pétrea a separação de poderes.

Importante ainda destacar no voto do Ministro Ricardo Lewandowski seu entendimento do que vem a ser mutação constitucional, dando como exemplo o que ocorreu com o artigo 97 da Constituição Federal:

A nova interpretação que se pretende dar ao dispositivo em comento, a meu ver, difere - e muito - da mutação reconhecida quanto ao art. 97 da Constituição. Nesse caso, a transformação operou-se a partir de uma praxis processual adotada pela Suprema Corte, que, sem desprezar qualquer princípio ou norma fundamental de nosso ordenamento jurídico, acabou por dispensar a rígida observância do que nele se contém quando se trata da apreciação de casos cujas teses já tenham sido julgadas pelo Plenário.⁹³

A fundamentação do Ministro Lewandowski é coerente com a Constituição Federal, pois não renega a possibilidade de interpretação da Lei Maior para sua adequação ao contexto atual, desde que não sejam lesionados princípios ou norma fundamental; e conclui seu parecer:

o que se propõe aqui é algo inteiramente diferente. Almeja-se, na verdade, deslocar uma competência atribuída pelos constituintes a determinado Poder para outro. Não me parece, contudo, seja possível materializar-se tal desiderato, mesmo porque os próprios teóricos da mutação constitucional reconhecem que esse fenômeno possui limites.⁹⁴

Importa esclarecer que esses foram os votos proferidos até o momento; o julgamento na Reclamação 4335-5/AC ainda não se concluiu tendo em vista que outros ministros deverão votar.

⁹³ LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto na Reclamação 4335/AC, pag. 10-11

⁹⁴ LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto na Reclamação 4335/AC, pag. 11

3.2 O Senado Federal e o Controle de Constitucionalidade

A discussão trazida à baila questiona a importância do Senado Federal no controle de constitucionalidade brasileiro como órgão responsável pela suspensão no todo ou em parte das decisões (sobre inconstitucionalidade de leis) proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso.

Para que se possa criticar a atuação do STF na Reclamação 4335-5/AC é necessária, antes de tudo, demonstrar a intenção do legislador originário quando atribuiu ao Senado Federal à função de suspender e publicar as decisões do STF, atribuindo efeito *erga omnes* e não apenas *inter partes*, característica do controle difuso.

A intenção desse tópico não é esgotar o assunto nem tampouco apresentar toda a doutrina que circunda o tema “controle de constitucionalidade”, mas sim de apresentar os principais pontos que merecem reflexão. Aceita-se a ideia de que o princípio da separação de poderes ainda vigora ou se filia a teóricos como Gilmar Mendes que afirmam que tal princípio está ultrapassado?

Sobre a atuação do Senado Federal, afirma Gilmar Mendes⁹⁵:

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 necessária e 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? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um caso Clássico de Mutação Constitucional. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004. Disponível para acesso em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em 17/09/2012.

“O Brasil incorporou o controle judicial e difuso de constitucionalidade dos atos normativos, desde a República, por influência de Rui Barbosa. Ele refletiu as lições do constitucionalismo norte-americano pungentes à época”. (Azambuja⁹⁶, 2008. p. 149)

A Constituição de 1934 atribuiu ao Senado Federal a competência para suspender a execução de qualquer lei ou ato normativo declarado inconstitucional; segundo o artigo 91 inciso IV⁹⁷ combinado com o artigo 96⁹⁸ daquele texto. Tal competência persiste até os dias atuais, sendo esta, inclusive objeto de afronta de alguns ministros do STF.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro conhecido por ser híbrido, trazendo características do common law é objeto de divergências processuais no tocante aos efeitos emanados dessas decisões.

Segundo Azambuja (2008, p. 150)

Ante este hibridismo das formas de controle aceitas concentrado e difuso no Brasil, guardando aspectos de suas origens da *common law* (concreto ou difuso) e da *civil law* (abstrato ou concentrado) é que se apresenta a divergência processual dos efeitos da decisão sobre a mesma declaração de constitucionalidade. Esse hibridismo processual no controle de constitucionalidade judicial brasileiro é quem gera a falta de coerência de julgamento sobre o mesmo objeto jurídico e uno constitucional ante o processo constitucional formal (concentrado) ou material (difuso) adotado para a resolução desse conflito.

A competência do Senado Federal nasceu como forma de modelar o controle difuso de constitucionalidade em um país que não havia vinculação a precedentes, como por exemplo, no sistema americano.

⁹⁶ AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. *Controle Judicial e Difuso de Constitucionalidade no direito Brasileiro e Comparado. Efeito Erga Omnes de seu Julgamento*. SAFE, Porto Alegre, 2008.

⁹⁷ BRASIL, Constituição Federal. Art. 91 - Compete ao Senado Federal: IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

⁹⁸ BRASIL, Constituição Federal. Art. 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

A crítica que reveste os efeitos das decisões do controle difuso de constitucionalidade é justamente exemplificada no que ocorreu na Reclamação 4335-5/AC; existe uma decisão que confirma a inconstitucionalidade de lei, porém os efeitos apenas serão produzidos perante as partes que compõem a lide, pouco importando se estes efeitos poderiam beneficiar uma gama maior de pessoas, dependente para isso da suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal.

Do sistema americano de controle de constitucionalidade não se implantou o *stare decisis* que significa em poucas linhas que os precedentes judiciais devem ser obrigatoriamente respeitados. Nesse sistema americano, as decisões da Suprema Corte possuem eficácia *erga omnes*, ou seja, as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade são, naquele sistema, obrigatoriamente respeitadas.

No caso brasileiro da Reclamação 4335/AC, uma possível decisão proferida pelo STF teria validade apenas para as partes que integraram o Recurso Extraordinário cujo mérito discutia a inconstitucionalidade da vedação a progressão de regime e não para todos aqueles que possivelmente estivessem em igual situação; ou seja, essa suposta decisão do STF somente passará a produzir efeitos para a coletividade depois de ocorrer sua suspensão por ato do Senado Federal, nos termos do artigo 52 inciso X da Constituição Federal.

Incorporou-se parte do sistema de controle de constitucionalidade americano ao modelo brasileiro sem, contudo, trazer também o *stare decisis*, posto que a suspensão do ato declarado inconstitucional depende do Senado Federal.

Com isso, depara-se com um grande problema: a existência de uma decisão proferida pela Corte Suprema condicionada apenas às partes que compõe a lide; a coletividade, em si, para se beneficiar dessa decisão precisa aguardar a suspensão e publicidade pelo Senado Federal.

Para Ada Pellegrini Grinover o Senado Federal é “a pedra de toque do sistema difuso de controle da constitucionalidade, no Brasil”⁹⁹; uma vez declarada a inconstitucionalidade pelo STF em controle difuso, este necessariamente oficia o Senado Federal para eventual suspensão da norma, produzindo a partir de então o esperado efeito *erga omnes*.

Questiona-se a eficiência do Senado Federal no exercício de sua atuação enquanto participante do controle de inconstitucionalidade visto a grandiosa fila de processos parados, aguardando a manifestação deste órgão em suspender os efeitos da norma declarada inconstitucional. Oportuno mencionar que a lei não obriga o Senado Federal a suspender a decisão proferida pelo STF; no entanto, seria incoerente a manutenção de uma lei declarada inconstitucional pela última instância do Judiciário.

Clèmerson Merlin Clève¹⁰⁰ (1995, p. 94) já tratou em sua obra a respeito do prazo para execução da suspensão de norma declarada inconstitucional pelo Senado Federal, o autor questiona a existência ou não de um prazo para que este cumpra a sua função.

Não há prazo para a deliberação do Senado Federal. Não especificando, a Constituição, prazo para a sua deliberação e, ademais, inexistindo sanção contra a sua omissão, não é demais imaginar a possibilidade de o Senado manter-se inerte por anos a fio.

Por se tratar de órgão político, o Senado Federal manifesta suas intenções segundo a vontade de seus componentes, senadores representantes de cada estado da federação em igual número e atribuições. A cada oito anos essas intenções podem sofrer alterações em face das eleições diretas, conferindo ao povo o direito de escolha na manutenção ou troca de seus representantes.

Havendo mudanças, mudam-se também os interesses, as intenções, onde aquilo que era prioridade passa ocupar assento na lista dos “não importantes” e

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, *O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas* in RPGE-SP nº 25, p. 30.

¹⁰⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1995.

assim, aquilo que necessitava de manifestação urgente, perde seu sentido e aguarda a mercê de ocupar novamente o rol das prioridades.

Se não fosse o legislador editar norma específica para regulamentar o mérito discutido na Reclamação 4335/AC, a progressão de regime para crimes hediondos, estariam àqueles presos ainda cumprindo suas penas em regime fechado – fato este proibido em face das garantias e liberdades individuais ao cidadão.

Espera-se deixar claro que a intenção não é discutir o mérito da decisão, se correta ou não a progressão de regime, seu cabimento e seus legitimados; também não se questionam os benefícios que a liminar concedida por alguns ministros do STF trouxeram para aqueles presos que se assim não tivesse sido, teriam sido suprimidos ainda mais dias de sua liberdade; o que se questiona é o mecanismo criado, lesionando à Constituição Federal.

Segundo Di Pietro¹⁰¹ (2006, p. 222) “os poderes que exerce o administrador público são regradados pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça a sua atividade, sob pena de ilegalidade”.

Logo, conclui-se que a liminar concedida por Gilmar Mendes e Eros Grau, sem qualquer dúvida é uma decisão ilegal, pois além de auferir vantagem não prevista por lei, lesionou princípio basilar da Constituição Federal: a separação de poderes.

Ao ultrapassar as fronteiras delimitadas pela Constituição Federal o Supremo Tribunal Federal anulou a função de moderação atribuída ao Senado Federal.¹⁰²

¹⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo. Editora Atlas, 2006.

¹⁰² O vocábulo senado proveniente do latim ostenta o prefixo “sen”, senex, que quer dizer velho, idoso, fazendo-se presumir que o senador guarda uma experiência maior para exercer sua função em face de sua maturidade mais respeitável. Por esta, dentre outras razões, entende-se que o Senado exerce o papel de moderação no interesse do estado que representa.

Além de moderador o Senado Federal é também representante dos interesses do estado que representa e essa atuação é autônoma e não poderia ter sido negada como foi.

Sendo assim, o Senado Federal como representante dos estados federados, sob a característica de órgão dotado de integrantes experientes, não pode ter suprimido do rol de suas competências genéricas a suspensão no todo ou em parte norma declarada inconstitucional pelo STF.

Assim preconiza Mèrlin (1995, p. 95)

O Senado Federal dispõe, no caso da suspensão, de uma competência genérica e não de um dever constitucionalmente determinado de agir. A competência do Senado “consiste em atividade discricionária” de natureza política. Cuida-se a resolução suspensiva de “ato político que empresta eficácia *erga omnes* á decisão do Supremo Tribunal Federal proferia em caso concreto”. Ao Senado “cabe examinar da conveniência e oportunidade de considerar, em tese, suspensos os seus efeitos, de retirar dispositivo legal ou regulamentar do ordenamento jurídico”. Não está ele obrigado a editar a resolução suspensiva.

Urge a seguinte questão: o fato do Senado Federal não suspender norma declarada inconstitucional significa afirmar que não concorda com sua inconstitucionalidade e que, portanto, quer garantir-lhe vigência?

A omissão do Senado, diga-se, a não suspensão da lei declarada inconstitucional não significa afirmar que este Poder estaria convalidando uma inconstitucionalidade, mas apenas entendendo que a lei, ainda que declarada inconstitucional devesse permanecer em vigência no âmbito particular nos casos concretos; a competência atribuída ao Senado Federal é a suspensão a norma e não a discussão sobre o mérito da decisão, mesmo porque esta já se firmou pelo STF.

Não se discute, portanto, que a norma uma vez declarada inconstitucional dessa forma perecerá; no entanto, por interesse momentâneos pode ser melhor que os efeitos de tal declaração não se produzam imediatamente - *erga omnes*, mas sim que permaneçam *inter parts*.

Lênio Streck, Marcelo André Cattoni de Oliveira e Martônio Mont' Alverne Barreto Lima¹⁰³, escreve com maior clareza aquilo que se pretende demonstrar:

Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988. Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma conseqüência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.

Logo, ainda que beneficiassem inúmeras pessoas, não se permite lesionar a Constituição Federal para atingir determinado fim; o que mais preocupa é justamente o precedente que se abre para atuações futuras atuações semelhantes.

As decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade produzem efeitos apenas para as partes que envolvem o litígio, ou seja, os efeitos são *inter parts*. Após a suspensão no todo ou em parte pelo Senado Federal, a mesma norma declarada inconstitucional passa a alcançar toda a coletividade, ou seja, passa a produzir efeitos *erga omnes*.

As mudanças não param por aí. Uma vez suspensa a norma pelo Senado Federal, o efeito *ex tunc*, característico das decisões proferidas em sede de controle

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago.2007 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10253>>. Acesso em: 27/12/2012.

difuso de constitucionalidade, passam agora a produzir efeitos *ex nunc*. Isso equivale dizer que a norma declarada inconstitucional pelo STF que até então produzia efeitos *ex tunc* passa agora a produzir efeitos *ex nunc*.

No caso da Reclamação 4335-5/AC a liminar concedida pelo Ministro Gilmar Mendes estendeu para esta os efeitos de outro julgado que declarou inconstitucional uma determinada norma. A atuação de Mendes beneficiou um grupo de pessoas que maneira alguma seria beneficiada haja vista que mesmo suspensa a execução da norma pelo Senado Federal esta produziria efeitos apenas a partir daquele momento, não retroagiria, alcançando com isso os presos de Rio Branco/AC.

A norma declarada inconstitucional pelo STF no controle difuso e na sequência suspensa pelo Senado Federal se estende a toda à coletividade a partir do momento que se torna pública pela publicidade dada pelo Senado Federal: torna-se *erga omnes* e *ex nunc*.

A questão dos efeitos é polêmica e vem destacada na obra de Mèrlin (1995, p. 96)

Cumprir verificar os efeitos produzidos pela resolução suspensiva do Senado. A questão é polêmica. Themistocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, José Afonso da Silva, Nagib Slaibi Filho, Anna Cândida da Cunha Ferraz e Regina Macedo Nery Ferrari entendem que a decisão do Senado produzirá efeitos unicamente a partir de sua edição, não apanhando, portanto, as situações jurídicas definidas sob a égide da lei anteriormente à sua manifestação. Não parece que seja assim. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, parecia “evidente aos constituintes que a suspensão da execução da lei, tal como adotada em 1934, importava na extensão dos efeitos do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive instrumento de economia processual. Atribuía-se, pois, ao ato do Senado, caráter ampliativo e não apenas paralisante ou derogatório do diploma viciado. E não fosse assim, inócua seria o instituto com referência a maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional.

Lênio Steck, em sua famosa obra *Jurisdição Constitucional*¹⁰⁴, aduz com bastante clareza a questão de produção dos efeitos *ex tunc* e *ex nunc*, conforme se destaca a seguir:

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Forense, 2ª ed., 2004.

"(...) há que se fazer uma diferença entre o que seja retirada da eficácia da lei, em sede de controle concentrado, e o que significa a suspensão que o Senado faz de uma lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso. Suspender a execução da lei não pode significar retirar a eficácia da lei. Caso contrário, não haveria diferença, em nosso sistema, entre o controle concentrado e o controle difuso. Suspender a vigência ou a execução da lei é como revogar a lei. Pode-se agregar ainda outro argumento: a suspensão da lei somente pode gerar efeitos ex nunc, pela simples razão de que a lei está suspensa (revogada), à espera da retirada de sua eficácia. Daí a diferença entre suspensão/revogação e retirada da eficácia. Sem eficácia, a lei fica nula; sendo nula a lei, é como se nunca estivesse existido. Não se olvide a diferença nos efeitos das decisões do Tribunal Constitucional da Áustria (agora adotada no Brasil), de onde deflui a diferença entre os efeitos ex tunc (nulidade) e ex nunc (revogação). Dito de outro modo, quando se revoga uma lei, seus efeitos permanecem; quando se a nulifica, é esta írrita, nenhuma. Não fosse assim, bastaria que o Supremo Tribunal mandasse a lei declarada inconstitucional, em sede de controle difuso, ao Senado, para que os efeitos fossem equiparados aos da ação direta de inconstitucionalidade (que historicamente, seguindo o modelo norte-americano, sempre foram ex tunc). Se até o momento em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei no controle difuso, a lei era vigente e válida, a decisão no caso concreto não pode ser equiparada à decisão tomada em sede de controle concentrado. Repetindo: a valer a tese de que os efeitos da decisão do Senado retroagem, portanto, são ex tunc, qual a real modificação que houve com a implantação do controle concentrado, em 1965? Na verdade, se os efeitos da decisão desde sempre tinham o condão de transformar os efeitos inter partes em efeitos erga omnes e ex tunc, a pergunta que cabe é: por que, na prática, desde o ano de 1934 até 1965, o controle de constitucionalidade tinha tão pouca eficácia? Desse modo, mesmo que o próprio Supremo Tribunal assim já tenha decidido (RMS 17.976), temos que a razão está com aqueles que sustentam os efeitos ex nunc da decisão suspensiva do Senado".

Gilmar Mendes¹⁰⁵, em seu artigo *O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional* (2009, p. 11) questiona a seguinte situação: se o STF pode suspender a eficácia de uma lei ou de uma emenda constitucional no controle concentrado, por qual razão a mesma atuação não seria possível no controle incidental?

A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica. Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Gilmar Mendes. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional*. Brasília, 2009. Disponível para acesso em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>. Acesso em 12/11/12

decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que se cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

Pelo que se destacou é possível concluir que Ministro Gilmar Mendes não reconhece a importância do Senado Federal atuando no controle difuso de constitucionalidade; segundo tal doutrinador, a atuação do órgão legislativo é dispensável e o respaldo jurídico que atribui ao Senado a competência para suspender a lei declarada inconstitucional em controle difuso conferida pela Constituição Federal não passa de mero incidente histórico.

Posição contrária, Streck, Cattoni de Oliveira e Lima divergem de Mendes aduzindo que:

Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988. (2007, p. 07)

E as críticas não param por aí, os autores acima também analisam a questão da lesão ocasionada aos direitos e garantias fundamentais:

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle

concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais. Se a Constituição – seja na sua versão original, seja naquela que decorreu das reformas realizadas pelo poder constituinte derivado – elabora tão preciosa diferenciação entre controle concentrado e controle difuso, não há como se imaginar que os efeitos do controle concentrado sejam extensivos ao controle difuso, de forma automática.

Se *ex nunc* ou *ex tunc*, entende-se que a discussão poderia ganhar uma dissertação específica para estudo do tema, razão pela qual não se aprofundará nesta linha de pesquisa. O objetivo foi demonstrar que a fundamentação utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes que afirma se tratar de um caso de mutação constitucional não é tão simples como parece. Não se questiona a necessidade de conferir um alcance maior às decisões proferidas pelo STF, utilizando, por exemplo, das súmulas vinculantes, instrumento eficaz e legal a vincular determinados assuntos a uma decisão que já transitou em julgado.

Gilmar Mendes questiona a obrigatoriedade ou não do Senado Federal suspender a execução da lei; porém, a atuação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade encontra-se prevista na lei Maior, ao contrário da obrigatoriedade de suspender a lei que lhe foi comunicada.

A suspensão da lei é incumbência do Senado Federal, que, após a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, torna pública essa decisão tendo eficácia *erga omnes* produzindo efeitos *ex nunc*. Indaga-se com a seguinte questão: teria o Senado Federal prazo para execução dessa tarefa? Estaria obrigado a suspender a lei?

Oportuno, em resposta, destacar artigo do ex-ministro do STF Paulo Brossard¹⁰⁶, que nos idos de 1976 já se preocupava com essas questões. Brossard, repetindo as palavras de Pontes de Miranda, negava o que aparentemente

¹⁰⁶ BROSSARD, Paulo. *O Senado e as Leis Inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, v.13, nº 50, p. 55-64, abr./jun. de 1976. Disponível para acesso em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181304>. Acesso em 12/11/12.

demonstra ser a opinião de Gilmar Mendes: “o Senado Federal não é Cartório do Supremo Tribunal Federal”. (1976, p. 06)

Atribuir ao Senado papel mecânico, fazê-lo autômato, transformá-lo em carimbo, meirinho, cartório ou porteiro de auditórios, não significa apenas atribuir-lhe uma função absolutamente subalterna, mas, e, especialmente, sem qualquer significação ou utilidade, tarefa que poderia ser desempenhada, com proficiência e vantagem, por qualquer funcionário da secretaria do Supremo Tribunal.

Paulo Brossard (1976, p. 08) continua sua explanação demonstrando a importância da atuação do Senado Federal:

Evidentemente, não foi para essa função de amanuense que a Constituição de 34 reservou essa competência ao Senado, em caráter privativo. No exercê-la, o Senado está sujeito apenas ao seu prudente critério. Com efeito, não há regras escritas a respeito e não há porque escrevê-las. Convém deixar o problema entregue à presumida sabedoria e sendo de responsabilidade pela câmara dos Estados. Considere-se desde logo que, suspensa a execução de lei, não haverá mais possibilidade de alguém invocá-la e o judiciário voltar a apreciá-la. Desse modo, impede-se a formação de jurisprudência e a exegese se imobiliza. Ora, é sabido e ressabido que a jurisprudência ao longo do tempo se enriquece enriquecendo a lei, aluvionalmente, ao descobrir nela virtualidades impressentidas ao primeiro exame e riquezas irreladas às primeiras aplicações.

Finalizando sua exposição, Brossard (1976, p. 10) conclui sobre o prazo para o Senado Federal executar a função que lhe fora atribuída:

Tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos, como para a ordem jurídica.

Portanto, a possibilidade de suspender uma lei a ser exercida pelo Senado Federal é ato aparentemente político, segundo o qual poderá ocorrer a critério da conveniência e no momento que for mais adequado.

Ao contrário daquilo que já foi discutido no que tange a importância do Senado Federal no controle de constitucionalidade, insiste Gilmar Mendes em

demonstrar ser ineficiente a atuação deste Poder no controle de constitucionalidade, razão pela qual justifica a necessidade de sua alteração e para isso se ampara na mutação constitucional.

É certo, outrossim, que a admissão da pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental ou difuso (declaração de inconstitucionalidade com efeito ex nunc), cuja necessidade já vem sendo reconhecida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, parece debilitar, fortemente, a intervenção do Senado Federal – pelo menos aquela de conotação substantiva. É que a “decisão de calibragem” tomada pelo tribunal parece avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso. Pelo menos, não resta dúvida de que o tribunal assume aqui uma posição que parte da doutrina atribuía, anteriormente, ao Senado Federal. (2004, p. 16)

Conforme narrado no primeiro capítulo deste trabalho, a mutação constitucional sempre foi utilizada em momentos de crise: seja jurídico, político ou social e o uso pelo Ministro Gilmar Mendes e Eros Grau não parece estar sendo diferente. Uma coisa é possibilidade de se interpretar uma norma e adequá-la a realidade, ao momento histórico que se vive; outra coisa é reescrever uma norma sem obediência aos procedimentos específicos para isso, tendo por fim consertar, reparar alguma incongruência que possa estar alimentando uma crise.

Ao que parece, entende-se que a justificativa por esse imbróglio seja a necessidade de apresentar respostas rápidas e eficientes ante as dificuldades pelo qual passa o poder judiciário brasileiro (por exemplo: acúmulo de processos; número reduzido de juízes, sucateamento da estrutura física e tecnológica); e isso não é apenas um problema exclusivo do judiciário, mas sim, de igual forma, do poder legislativo e executivo que poderiam figurar de uma forma ativa no cenário nacional.

Para confirmar essa análise, veja a conclusão que Gilmar Mendes (2004, p. 30) faz à ocorrência de mutação constitucional no artigo 52 inciso X da Constituição Federal:

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer

tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla – talvez até mesmo um certo efeito vinculante – à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental.

E conclui sua obra afirmando que

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. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140, 5 – publicação a cargo do Chanceler Federal – e Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã, art. 31 (2), publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia. (Mendes, 2004, p. 31)

Sendo assim, em que pese o valoroso conhecimento doutrinário da corrente capitaneada por Gilmar Mendes, entende-se que o instituto da mutação constitucional não confere a possibilidade de mudança do texto da Constituição e isso reforça a tese anteriormente lançada de que a mutação constitucional é sempre utilizada em momentos de crise, assim como a “multiplicidade de processos idênticos no sistema difuso”, palavras do próprio Ministro.

Parece-nos um tanto quanto equivocado esse instituto chamado de “mutação constitucional” tendo em vista que desde quando identificado por Paul Laband, se apresentou tendo por pano de fundo um cenário de instabilidades e cobranças por parte da sociedade.

3.3 A importância da Interpretação – Uma proposta construtivista

Até o momento, por tudo que foi escrito, pode ter ficado dúvidas a respeito da possibilidade de interpretar ou não a Constituição Federal, sua adequação ao contexto no qual esta sendo aplicada.

Contrário a isso, afirma-se que a Constituição deve ser interpretada de modo a diminuir seu afastamento com a realidade; contudo, o que se rejeita é que a Constituição seja manipulada com a finalidade de fazer prevalecer a vontade deste ou daquele poder, no caso em estudo o STF.

Em melhor explicação, preconiza Konrad Hesse que:

Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (*sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (1991, p. 22)

Completando seu raciocínio, Hesse afirma que quando o sentido de uma norma não pode mais ser realizado é necessário que o mesmo passe por uma revisão constitucional:

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. (Hesse, 1991, p. 23)

Konrad Hesse apresenta com absoluta propriedade a problema que vem sendo abordado neste trabalho, o limite para a interpretação, ressaltando que se determinado dispositivo não pode mais ser aplicado, este deve ser revisto pelos

procedimentos formais. O artigo 52 inciso X, se mero incidente histórico e inadequado à realidade como afirma o Ministro Gilmar Mendes e Eros Grau, deve ser extirpado do texto constitucional por um procedimento específico, caso assim também entenda o Poder Legislativo.

A interpretação conforme a constituição poderia ser levantada para atenuar o problema entre a interpretação e seus limites; dentre os princípios da interpretação constitucional encontra-se essa a interpretação conforme a constituição, que desde já desperta enorme curiosidade sobre a possibilidade ou não sua utilização.

Virgílio Afonso da Silva em seu artigo “Interpretação conforme a constituição: Entre a trivialidade e a centralização judicial”, debate amplamente essa questão: “quando se fala em interpretação conforme a constituição, não se está falando de interpretação constitucional, pois não é a constituição que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as leis infraconstitucionais”¹⁰⁷.

Sendo assim, não seria possível a utilização da interpretação conforme para resolver o problema instaurado pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau no tocante ao artigo 52 inciso X da Constituição Federal.

A interpretação conforme vem a escolher uma moldura de possíveis interpretações, analisa a norma no vácuo, ou seja, quer antecipar problemas e conflitos antes mesmo que estes tenham ocorrido. Exemplifica-se essa forma de interpretar afirmando que o artigo “x” de determinada lei só poderá ser interpretado em um sentido predeterminado ou que poderá ser interpretado em diversas outras possibilidades, exceto uma em especial.

Segundo Silva (2006, pg. 192):

O conceito de interpretação conforme a constituição não parece ser encarado como algo problemático pela doutrina brasileira e também pela doutrina de outros países. De uma forma geral, quando se fala em interpretação conforme a constituição, quer-se com isso dizer que, quando há mais de uma interpretação possível para um

¹⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e centralização judicial. http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_03_p191_210.pdf

dispositivo legal, deve ser dada preferência àquela que seja conforme a constituição. Duas são as versões desse entendimento que são mais frequentemente citadas, uma jurisprudencial e outra doutrinária.

As súmulas vinculantes também são formas de interpretar conforme a Constituição, e apesar de muito bem recepcionada pelo direito pátrio, podem ocasionar outros problemas além dos quais aqueles que por ela foram vinculados, visto que as súmulas vinculantes são textos escritos e como tais podem também estar sujeitos a novas interpretações.

A interpretação não pode ser vista como um problema para o direito, visto que faz parte do processo de evolução das sociedades de um modo em geral; como já foi escrito, os problemas de antes podem não ser os mesmos atualmente, assim como no momento da confecção da Constituição possivelmente não existiam os problemas que existem hoje.

O que preocupa é prevalecer a vontade de um tribunal a qualquer custo, a qualquer preço, mesmo que para isso seja preciso inovar sob fundamentos diversos, como por exemplo, a mutação constitucional.

A Reclamação 4335-5/AC é um excelente exemplo para se demonstrar a afirmação feita acima, tendo em vista que, para dar uma amplitude maior a determinada decisão, os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes se apoiaram no instituto da mutação constitucional e assim criaram um entendimento que modificava o todo o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Certo é que o mérito da questão, ou seja, a inconstitucionalidade da lei que vedava à progressão de regime aos apenados por crimes hediondos acabou sendo sumulada pelo próprio STF.

O julgamento da presente Reclamação ainda não se concluiu. A sugestão que se faz para se solucionar esse tipo de problemática identificada no julgamento da Reclamação 4335-5/AC é a interpretação construtiva do direito, tese da

integridade defendida por Dworkin¹⁰⁸ em sua obra “O Império do Direito”. Em tempo, ressalta-se que indicar soluções foge a proposta desse trabalho, porém o mesmo ficaria vazio se não trouxesse em seu bojo algum mecanismo capaz de auxiliar no processo de interpretação.

Em linhas gerais, Dworkin defende a integridade do direito como ideal para orientar as técnicas jurídicas de uma sociedade que se apresenta motivada com o compromisso firmado em dar às práticas do Legislativo e do Judiciário, a melhor orientação e leitura possível. O ponto central de sua obra está em afirmar que “a natureza da argumentação jurídica encontra-se na melhor interpretação moral das práticas sociais existente”. (GUEST *apud* PEDRON, 2012, p. 163)

A interpretação construtiva, defendida por Dworkin (1999, p.xi), possibilita afirmar que o direito deve constituir-se na melhor justificativa possível das práticas jurídicas. Ou seja, é extremamente importante o modo como os juizes decidem as situações que lhes são colocadas; é o que aduz Learned Hand, juiz americano citado por Dworkin:

Os processos criminais são os mais temidos de todos, e também os mais fascinantes para o público. Mas os processos civis, nos quais uma pessoa pede que outra indenize ou ampare por causa de algum dano causado no passado ou ameaça de dano, têm, às vezes, consequências muito mais amplas que a maioria dos processos criminais. A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas frequentemente se veem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo” (DWORKIN, 1999:03).

A citação feita acima nos confirma com clareza aquilo que corriqueiramente se escuta em corredores forenses e universitários: o poder judiciário está em crise; a crise do positivismo. Enfim, são expressões que indicam a necessidade de se refletir sobre a qualidade do direito que está sendo aplicado, das decisões que estão sendo proferidas.

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Não se pretende com esta pesquisa negar a possibilidade de interpretar a Constituição, fazendo com que, se necessário for, confira novos contornos para uma regra que ali havia sido prevista. Essa afirmação pode até parecer contraditória posto que a todo o momento parecesse ter sido defendida que a Constituição não poderia ser interpretada, apenas depois de cumpridos os procedimentos específicos para isso.

O que se defende neste trabalho é a possibilidade de interpretação do texto constitucional, adequando-o, se melhor convier, ao momento em que se vive, momento em que os fatos estão fervilhando e se modificando e que estas interpretações sejam orientadas pelos princípios que informa a Constituição. As reformas do judiciário são cada vez mais constantes, com o objetivo de adequação do direito à realidade social e política que se vive; no entanto, será que tais reformas dão azo a qualquer tipo de mudança, mesmo que se necessário for a modificação de um texto legal, que se faça desvinculado dos procedimentos já previstos?

A possibilidade de mudança de um texto da Constituição não pode acontecer de forma aleatória, ao interesse de alguns dos seus intérpretes, tanto é verdade que o processo de mudança da Lei Maior é complexo, justamente para não ser modificado a todo momento. A proposta do Ministro Eros Grau é exatamente a mudança do texto constitucional, afirmando que para isso bastaria socorrer-se da mutação constitucional.

É certo que quando se busca mudança, espera-se que algo de melhor seja colocado em prática, mas isso não é um resultado matemático, podendo vir acontecer ou não; se aceita a mudança desde que se respeite o procedimento ou a forma prevista em lei para tanto.

Quando se fala em interpretar a lei não é possível deixar de reconhecer a existência de não apenas um, mas diversos pontos de vista sobre o mesmo fato, cabendo àqueles imbuídos de interpretar, a execução desta tarefa. Nesse sentido afirma Dworkin que:

O raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis (1999, p. 11)

O autor nos apresenta algumas formas de interpretação dentre as diversas que reconhece ter. Lages *apud* Pedron¹⁰⁹ (2009, p. 130) explica essas formas sugeridas por Dworkin:

A conversacional é intencional. Atribui significado a partir dos supostos motivos, intenções e preocupações do orador, e apresenta suas conclusões como afirmações sobre a interpretação deste ao dizer o que disse. A interpretação científica apresenta-se como uma interpretação causal, o cientista começa por coletar dados, para depois interpretá-los. A interpretação artística, por sua vez, tem por finalidade justificar um ponto de vista acerca do significado, tema ou propósito de determinada obra artística: um poema, uma peça ou uma pintura, etc., apresentando-se como uma interpretação construtiva, preocupada essencialmente com o propósito, não com a causa. Assim, do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto (LAGES, 2001, p. 39)

Para Dworkin a interpretação artística se assemelha a interpretação das práticas sociais que tem por preocupação o propósito e não a causa e, além do mais, é uma interpretação Construtiva. O autor apresenta algumas etapas dessa interpretação construtiva demonstrando a sua serventia para o estudo do direito:

Assim, Dworkin estabelece três etapas de interpretação, com a finalidade de tornar a interpretação construtiva instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática social. Observe-se apenas que a perspectiva aqui é analítica, não havendo diferenciação em graus. Primeiro, de acordo com Dworkin, deve haver uma etapa pré-interpretativa, na qual são identificados as regras e os padrões que se considerem fornecer o conteúdo experimental da prática. Mesmo na etapa pré-interpretativa é necessário algum tipo de interpretação. Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral, raciocinar no sentido de buscar formar um pensamento sistemático sobre determinada matéria. A etapa pós-interpretativa ou reformuladora, a terceira e última etapa, consiste na etapa na qual o intérprete ajusta sua ideia daquilo que a prática

¹⁰⁹ PEDRON, Flávio Quinaud. A Proposta de Ronald Dworkin para uma Interpretação Construtiva do Direito. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 47, p. 127-137, out./dez. 2009

“realmente” requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa (LAGES, 2001, p. 40).¹¹⁰

Na sequência da apresentação de sua teoria Ronald Dworkin desenvolve três concepções acerca do direito: o convencionalismo, o pragmatismo e o direito como integridade. Iniciando pelo convencionalismo, assim explicou que:

a força coletiva só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado assim o autorizou explicitamente, de tal modo que advogados e juízes competentes estarão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importa quais sejam suas divergências em moral e política (DWORKIN, 1999, p. 141)

É possível destacar da citação acima que sobre o prisma do convencionalismo o direito não estaria completo vez que sua aplicabilidade ficaria vinculada com aquilo que se convencionou no passado. Para Pedron (2009, p. 131):

O convencionalismo fracassa como interpretação da prática jurídica em função do seu aspecto negativo – isto é, ao afirmar que [...] não existe direito a não ser aquele que é extraído de decisões por meio de técnicas que são, elas próprias, questões de convenção (LAGES, 2001, p. 42). Esse fracasso decorre do fato de os magistrados se tornarem mais dedicados às fontes convencionais (legislação e precedentes) do que lhes permite o convencionalismo: Um juiz consciente de seu convencionalismo estrito perderia o interesse pela legislação e pelo precedente exatamente quando ficasse claro que a extensão explícita dessas supostas convenções tivesse chegado ao fim. Ele então entenderia que não existe direito, e deixaria de preocupar-se com a coerência com o passado; passaria a elaborar um novo direito, indagando qual lei estabeleceria a legislatura em vigor, qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade no futuro (DWORKIN, 1999, p. 159).

É necessário que o novo direito guarde relação com a legislatura passada, seja coerente com aquilo que anteriormente estava em vigência; um juiz desvinculado dessa preocupação atuaria da forma que julgasse adequada ao momento, independente da legislação.

¹¹⁰ LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em “O Império do Direito. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 4, n. 7/8, jan./jun., 2001.

Quanto ao pragmatismo Dworkin revela que o juiz atuaria de forma que estivesse fazendo o melhor para a comunidade no futuro, independente de métodos; parte do pressuposto que o cidadão não tem direitos tutelados pelo Estado:

pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou mais poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida. O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro da sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos pra esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes (DWORKIN, 1999, p. 195).

Em resumo, o juiz convencionalista atua sob a orientação do que foi decidido no passado; o pragmático, aparentemente desvinculado do passado decide seus casos criando por si mesmo um direito novo. Por esta razão, após a identificação dessa problemática, Dworkin sugere a interpretação do direito com integridade:

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e [equanimidade] corretos” (1999, p.202)

Em resumo, Pedron (2009, p. 132) define que:

a integridade nega que as manifestações do Direito sejam meros relatos factuais voltados para o passado, como quer o convencionalismo; ou programas instrumentais voltados para o futuro, como pretende o pragmatismo. Para o Direito como integridade, as afirmações jurídicas são, ao mesmo tempo, posições interpretativas voltadas tanto para o passado quanto para o futuro.

Uma sociedade que reconheça o direito como integridade para solucionar as dificuldades da interpretação se torna um modelo especial, diferenciado, de

comunidade colocando a moral em primeiro plano em detrimento a força coercitiva. Sobre essa questão Dworkin coloca que:

Se as pessoas aceitam que são governadas não por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito.

Infelizmente não é objetivo principal deste trabalho a apresentação da Teoria do Direito como Integridade defendida por Ronald Dworkin, nem tampouco trazer uma solução única para as dificuldades encontradas pelos intérpretes da Constituição nesse processo de adequa-la a realidade, dar novos contornos para esse lei por meio da interpretação.

No entanto, verifica-se que a Teoria de Dworkin pode ser vista como tendência a ser buscada, por exemplo, pelo STF no momento em que tiver que escolher pela melhor norma a ser aplicada no caso em concreto.

Fazendo uma breve pesquisa do termo “Mutação Constitucional” no s tio¹¹¹ do Supremo Tribunal Federal   possível identificar o registro de 16 acórdãos proferidos, dos quais se destaca o HC 90.450 que aborda a questão da prisão civil do depositário infiel. Em breve síntese, o referido Habeas Corpus pugna pela liberdade daquele que foi preso por se tratar de depositário infiel.

É bastante interessante a fundamenta o do Ministro Celso de Mello que, socorrendo-se da interpreta o como processo de mudança informal da Constitui o, buscou na Conven o Americana sobre Direitos Humanos¹¹² a

¹¹¹ www.stf.jus.br

¹¹² Conven o Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica. Decreto n  678, de 6 de novembro de 1992. Art. 7  1. Toda pessoa tem direito à liberdade e   segurança pessoais. 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condi es previamente fixadas pelas constitui es políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. 3. Ninguém pode ser submetido a deten o ou encarceramento arbitrários. 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua deten o e notificada, sem

possibilidade de proferir uma decisão que fosse a mais adequada ao caso em concreto; em momento algum precisou fazer uso da alteração de qualquer dispositivo constitucional para referendar sua decisão, apenas interpretou sob o ângulo da melhor norma:

A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibiliza-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs¹¹³.

A ADPF 132/RJ, outra importante decisão proferida pelo STF, julgada em meados de 2011, questionava a existência ou não de proteção legal para as uniões homoafetivas, pode ser utilizada como um exemplo de interpretação do direito como

demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa. 7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

¹¹³ HABEAS CORPUS 90450/MG – Rel. Min. Celso de Mello. Paciente e Impetrante: Demétrios Nicolaos Nikolaidis. Autoridade Coatora: Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

integridade. Em suma, pleiteava-se em primeiro lugar a interpretação do artigo 1723 do Código Civil de modo a incluir a modalidade de união homoafetiva dentro do conceito de entidade familiar; e em segundo lugar, declarar a validade das decisões judiciais que equiparavam as uniões homoafetivas em uniões estáveis.

O julgamento da presente ADPF se pautou na interpretação dos princípios que regem a Constituição Federal reconhecendo premissas como: tratamento igual para todos; liberdade de opção sexual; combater a intolerância e toda forma de preconceito (inclusive sexual) entre outros.

Em momento algum se levantou a possibilidade de uma mutação constitucional fundamentada em uma nova realidade que o país estava vivendo; não se alterou nenhum dispositivo constitucional: nem por uma reforma (prevista pela Constituição) nem por tentativas individuais de Ministros intencionados a fazer prevalecer a sua decisão.

Nesse sentido, oportuno destacar que:

o STF pode ter desenvolvido um processo de aprendizado histórico que conduziu à percepção de que a alternativa teórica da mutação constitucional simboliza uma prática que se adéqua bem a uma teoria dos erros institucionais, devendo ser abandonada. Ao voltar-se para a história institucional, como feito no Capítulo 1 da presente pesquisa, pode-se perceber que, na tradição brasileira, o recurso do STF a uma mutação constitucional não passou de um modismo, no qual o conceito simplesmente foi transportado com um uso meramente retórico. (Pedron, p. 203)

E mais:

a assunção de uma postura comprometida com a legitimidade decisória democrática passa pela via da incorporação da tese do direito como integridade e da defesa de uma interpretação construtiva. Ora, no caso em discussão, deve ser entendido que o art. 5º, caput, da Constituição de 1988, já traz, explicitamente, um princípio mais geral e abrangente de igual proteção, quando determina que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Trata-se de norma constitucional veiculada por texto com redação original. (Pedron, p. 203)

O STF, portanto, no julgamento da ADPF 132 em momento algum inovou ou criou algo que não havia sido previsto pelo texto constitucional, muito pelo contrário, o fundamento para essa decisão foi extraído de uma leitura construtiva da Constituição. Logo, a utilização da mutação constitucional deve ser abandonada por não representar a melhor saída frente às incompletudes do direito e ser substituída pela interpretação dos princípios que compõem o arcabouço da Constituição.

CONCLUSÃO

Concluir um trabalho demanda antes de qualquer coisa um grande poder de síntese das ideias que foram apresentadas no desenvolvimento do trabalho; espera-se ao final atingir esse objetivo com o devido sucesso.

Da exposição que se fez é possível concluir que o objetivo maior não foi trazer à tona a discussão sobre a inconstitucionalidade da progressão de regime para aqueles condenados pela prática de crimes hediondos, até mesmo porque o legislativo já regulamentou essa questão por meio da lei 11.464/07 e o STF pela Súmula Vinculante n.º 26. O presente trabalho tem por escopo a análise dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau quando fundamentaram seus votos na possibilidade de uma mutação constitucional.

Recapitulando, a lei que negava a possibilidade de progressão de regime foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto, a decisão que pugnou pela inconstitucionalidade ocorreu no controle difuso de constitucionalidade, razão pela qual os efeitos dessa decisão alcançariam apenas as partes que estavam envolvidas naquela demanda.

Ocorre que, apesar dos efeitos dessa decisão atingir apenas as partes que estavam envolvidas na demanda, outros em iguais condições, mesmo que em outras demandas, necessitavam serem alcançados pela declaração de inconstitucionalidade para com isso conseguir o benefício da progressão de regime prisional.

No entanto, para que os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade produzisse efeitos para a coletividade seria necessário que o Supremo Tribunal Federal comunicasse o Senado Federal de sua decisão que concluiu ser inconstitucional a vedação a progressão de regime prisional para os condenados pela prática de crime hediondo, e o Senado Federal, por sua vez, suspendesse a eficácia da lei maculada e promovesse a publicidade dessa decisão proferida pela cúpula do judiciário.

Uma vez obedecida a regra proposta pelo artigo 52 inciso X da Constituição Federal, aquela decisão de inconstitucionalidade proferida em controle difuso pelo STF não restringiria seus efeitos apenas *inter parts*, passando então a produzir efeitos *erga omnes*, ou seja, todos aqueles que estivessem nas mesmas condições daqueles que foram beneficiados pela declaração de inconstitucionalidade no controle difuso seriam também alcançados.

Porém, conforme até aqui foi narrado, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau não obedeceram aos ditames constitucionais e por meio de liminar estenderam os efeitos daquela decisão que declarou lei inconstitucional possibilitando a progressão de regime. Na Reclamação 4335-5/AC foi conferido aos presos da comarca de Rio Branco/AC o direito a progressão de regime mesmo estes não tendo sido parte no processo que declarou inconstitucional a lei que proibia a progressão. Segundo tais Ministros, era necessário fazer uma releitura do artigo 52 X da Constituição Federal de modo a adequá-lo a realidade; essa readequação seria possível por meio da mutação constitucional que dentre outras finalidades poderia inclusive permitir a alteração da redação do texto constitucional, conforme afirmou Eros Grau.

Não se questiona que os benefícios propostos pela lei penal devem se valer do princípio da igualdade, ou seja, aquilo que se garante para um deve ser garantido para outro, desde que ambos estejam nas mesmas condições.

Ocorre, porém, que o procedimento que amplia os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade no sistema difuso para a coletividade não foi devidamente respeitado. Ainda que se levantem os defensores de um direito mais humanizado, menos burocrático e mais célere, que questionasse a ineficiência do Senado Federal no exercício de sua atuação no controle de constitucionalidade, não se pode aceitar que o texto constitucional seja lesionado.

Ao conferir efeito *erga omnes* a uma decisão que havia sido produzida no controle difuso permitiu-se a mudança das características do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade que prevê, para tanto, a participação de outro poder: o poder legislativo, senado federal.

Surge então a seguinte questão: seria a mutação constitucional o mecanismo adequado a ser utilizado pelos Ministros do STF nas hipóteses em que há necessidade de mudança do texto da Constituição Federal, ainda que essa mudança seja decorrente da vontade de algum desses Ministros e podendo acontecer sem obediência a qualquer procedimento específico?

Conforme se destacou com a análise dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, o fundamento para a criação desenvolvida em seus votos com relação a extensão dos efeitos da inconstitucionalidade encontrava respaldo na mutação constitucional: para o primeiro Ministro seria nada mais que a possibilidade de alteração do sentido do texto constitucional sem a mudança do texto escrito e para o segundo a possibilidade de mudança não apenas no sentido, mas também na letra da lei.

Segundo os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, a modalidade de controle difuso de constitucionalidade estaria ultrapassada, inadequada aos padrões atuais que implicavam acima de tudo celeridade processual; e não apenas isso, entendem que o Senado Federal não possui competência técnica para modificar uma decisão proferida pela mais alta corte do poder judiciário brasileiro.

Em suma, entendem que se a decisão produzida pelo Supremo Tribunal Federal não pode ser modificada pelo Senado Federal, por qual motivo seria necessária a sua atuação no controle de constitucionalidade de leis? Para os citados Ministros a função do Senado Federal se resumiria a dar mera publicidade do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; logo, a atuação do Senado Federal seria desnecessária, revelando com isso um aperfeiçoamento da lei.

É necessário respeito aos procedimentos previamente dispostos pelo texto constitucional. Não se pode abusar do poder que se tem para inovar, transformar o direito e acima de tudo: interpreta-lo.

Conforme já se destacou, não se discute neste trabalho a inconstitucionalidade da progressão de regime e a necessidade de estender os efeitos dessa decisão para a coletividade, mas sim o desrespeito ao procedimento por aqueles que justamente deveriam guarda-lo.

Dentre as atribuições conferidas pela Constituição Federal ao Senado Federal no controle de constitucionalidade o voto dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau reconheceu apenas uma: uniformizar e publicar a jurisprudência. Tais Ministros se esqueceram de que o Senado Federal, como representante em igualdade dos estados da federação é importante canal de comunicação com os vários setores da sociedade, festejando com isso a democracia. E mais, ao negarem a importância do Senado Federal no controle de constitucionalidade se negou também o princípio da Separação dos Poderes, algo temeroso para a harmonia dessa relação.

No primeiro capítulo demonstrou-se a aparição da mutação constitucional tal como estudada por Paul Laband, com amparo na obra de Sanchez Urrutia, que definiu esse instituto como o fenômeno capaz de possibilitar a mudança da constituição sem a necessidade desta passar por uma reforma. Importante destacar que nesse momento histórico vivido por Laband era extremamente importante fazer prevalecer a ideia de soberania da constituição, que sua alteração não seria algo tão simples e corriqueiro. Alterar a constituição nessa época por meio de uma reforma implicaria em coloca-la em descrédito com o povo.

A falta de um mecanismo de controle de constitucionalidade na Constituição Imperial Alemã também merece destaque ao período vivido por Laband. Somando-se, a necessidade de imprimir força à constituição e a inexistência de um controle de constitucionalidade resultou o surgimento da mutação constitucional – processo que permitia a alteração da constituição independente de reforma, igualando seus ditames às normas infraconstitucionais.

Georg Jellinek também se ocupou em estudar a mutação constitucional aceitando a sua existência; mas foi Hsu Dau-Lin, constitucionalista que melhor descreveu e assim sistematizou a mutação constitucional.

No segundo capítulo foram estudadas as conclusões de Anna Cândida da Cunha Ferraz, expoente maior do direito brasileiro no estudo das mutações constitucionais, assim como de Uadi Lammego Bulos, outra obra referenciada pelo direito pátrio.

Neste capítulo, chegou-se a conclusão que o estudo da mutação constitucional feito por Anna Cândida não possibilita qualquer forma de mudança do texto constitucional, mas sim a interpretação desse texto. Segundo a autora, a mutação constitucional é um processo informal de mudança da constituição que pode ocorrer tanto pela interpretação de seu texto como por usos e costumes.

No terceiro e último capítulo analisou-se a Reclamação 4335-5/AC e a votação de alguns ministros, em especial dos Ministros que até o momento votaram: Gilmar Mendes, Eros Grau, Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

Fundamentando-se na mutação constitucional os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau atribuíram efeito erga omnes a uma decisão de inconstitucionalidade reconhecida no controle difuso sem a participação do Senado Federal alegando que tal obrigatoriedade estaria superada pela evolução do controle concentrado.

Segundo tais ministros, a mutação constitucional pode ser definida como a mudança do sentido da norma sem a alteração de sua redação, ou em alguns casos, segundo Eros Grau, essa mudança de sentido permite até mesmo sua alteração.

Obviamente não se esgotaram todas as fontes de pesquisa sobre o tema, porém, foram utilizadas as principais e mais consultadas no estudo da mutação constitucional, abrangendo lições daqueles que a identificaram desde sua origem, passando inclusive por autores pátrios que em muito contribuíram para a consecução deste.

Ao concluir este trabalho, entende-se que os motivos que levaram Gilmar Mendes e Eros Grau a fundamentarem suas decisões na mutação constitucional se assemelham aos mesmos argumentos quando de sua primeira utilização por Paul Laband.

Naquela época, a crise do positivismo na Alemanha não permitia que se lesionasse e assim desestabilizasse a Constituição que ainda necessitava se consolidar como lei maior daquele Estado; ademais, não havia um controle de constitucionalidade para evitar abusos e coibir a atuação desregrada do legislador. Assim como no Brasil, a crise do judiciário e a cobrança da sociedade por um direito mais justo possivelmente fez com que aqueles Ministros se posicionassem contrários a Constituição, desobedecendo a um procedimento regular e por suas próprias mãos legislaram conforme a própria vontade.

Esse mecanismo criado por Laband aparentemente serve como um mecanismo de blindagem de uma Constituição que por um lado demandava credibilidade, e por outro precisava ser remodelada a medida que os fatos fossem acontecendo e o direito fosse sendo cobrado a tutelar novos interesses.

É de vital importância compreender a Constituição mais como um conjunto de princípios jurídicos (e sabe dar a eles o seu verdadeiro tratamento) do que como um sistema de regras (ligadas a um texto) e que todo o conceito de mutação é uma ameaça para um regime que se quer verdadeiramente democrático.

O conceito de mutação constitucional tal como utilizado pelos já citados ministros do STF não existe, tampouco se aproxima da proposta quando de sua primeira utilização haja vista o cenário daquela época que é totalmente diferente do atual, onde a Constituição encontra-se em vigência por 25 anos. A atuação de tais ministros se assemelha a um golpe de estado; atitude que se deve temer e, como operadores do direito preocupados com a manutenção da democracia, coibir para manutenção da democracia.

Para dar solução a Reclamação 4335-5/AC preferiram os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau a utilização da mutação constitucional (e nesse sentido leia-se

como a possibilidade de alteração do texto constitucional como forma de readequação a realidade social) ao invés de, por exemplo, fazer uso da interpretação dos princípios que norteiam a Constituição; triunfou-se o fato em detrimento da força normativa da Constituição.

Por esta razão, como forma de elucidar a afirmação feita acima, utilizou-se a ideia da interpretação construtiva (teoria do direito como integridade desenvolvida por Ronald Dworkin) que não reduz o direito a um conglomerado de normas, mas tem por essas um ponto de partida e com a mesma importância dos princípios jurídicos.

Sendo assim, conclui-se a mutação constitucional da forma como proposta pelos Ministro Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação 4335-5/AC deve ser imediatamente afastada por não se refletir na melhor leitura do direito. E como proposta entende-se que os princípios informadores da própria Constituição permitem novas interpretações sem a necessidade de alteração do texto constitucional como forma de sua adequação ao contexto que se vive.

Em suma, a questão da possibilidade de progressão de regime para presos condenados por crimes hediondos poderia ter sido superada, ainda que o Senado Federal não houvesse publicado a suspensão da norma considerada inconstitucional, caso tivessem sido invocados os princípios que orientam a Constituição (como por exemplo o princípio da legalidade, igualdade); ou ainda se utilizando dos fundamentos da Constituição (como a dignidade da pessoa humana); ou até mesmo pelos objetivos da Constituição (construir uma sociedade livre, justa e da livre iniciativa)

Entende-se que seguindo a sugestão proposta pela teoria de Ronald Dworkin, mesmo não tendo tal teoria sido esmiuçada ao máximo neste trabalho, objeto de estudo futuro, possivelmente restaria por superada a tensão entre a segurança jurídica e decisão justa, mantendo o texto constitucional hígido, sem lesões, proferindo uma decisão equilibrada, adequada a realidade que não tolera injustiças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. *Controle Judicial e Difuso de Constitucionalidade no direito Brasileiro e Comparado. Efeito Erga Omnes de seu Julgamento*. SAFE, Porto Alegre, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Ativismo Judicial*. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, Vol. 12. Fev/mai, 2010 ISSN 1808-2807.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Número 9 – março/abril/maio 2007 – Salvador – Bahia. ISSN 1981-1888. Disponível para acesso em <www.direitodoestado.com.br> Acesso em 11/10/12

BEZERRA, Paulo César Santos. *Mutação constitucional: os processos mutacionais como mecanismos de acesso à justiça*. Disponível em: <<http://www.sefaz.pe.gov.br/flexplub/versao1/filesdirectory/sessions579.pdf>> Acesso em: 02 out. 2012.

BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado Total e o Estado Social. Atualidade do debate sobre o direito, Estado e economia na República de Weimar*. Tese de Livre Docência apresentada ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro – Área de direito econômico e financeiro da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nos termos do edital FD 14/2003 , publicado no Diário Oficial do Estado em 16 de abril de 2003. São Paulo, 2003.

BLACK, Henry Campbell. *Handbook on the construction and interpretation of law*. St. Paul, Minnessota. Estados Unidos, West Publishing Co., 1896

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003

BROSSARD, Paulo. *O Senado e as Leis Inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, v.13, nº 50, p. 55-64, abr./jun. de 1976. Disponível para acesso em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181304>. Acesso em 12/11/12.

BULOS, Uadi Lammego. *Mutação Constitucional*. Saraiva, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DAU LIN, Hsu. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú. Instituto Vasco de Administración Pública.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo. Editora Atlas, 2006.

DOBROWSKI, Silvio. *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. In REVISTA n.º 31 Ano 16, dezembro de 1995 - p. 92-101. Disponível em:

<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Seq31Dobrowolski-NecessidadeAJEC.pdf>.
Acesso em 12/09/11

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, José Eduardo. *A crise do judiciário no Brasil*. Independência dos Juizes no Brasil. Aspectos relevantes, casos e recomendações. Organizador Jayme Benvenuto Lima Junior. co-organização: Sébastien Conan; apresentação: Jayme Benvenuto Lima Jr. Recife: Gajop; Bagaço, 2005.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. Série Max Limonad. Editora Max Limonad Ltda. São Paulo, 1986

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas* in RPGE-SP nº 25.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. SAFE, Porto Alegre, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio fabris Editora, 1991

HORTA, Raul Machado. *Mudança na Constituição e Reforma Constitucional*. Revista do CAAP – Centro Acadêmico Afonso Pena, nº 01, Minas Gerais, 1996. Versão online.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução de Christian Forter. Madrid, Centro de Estudio Constitucionales, 1991.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais. Análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009.

LAGES, Cíntia Garabini. *A proposta de Ronald Dworkin em “O Império do Direito”*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 4, n. 7/8, jan./jun., 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª Edição. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976)

MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial. Limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os limites da revisão constitucional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Vol. 21. 1997

MENDES, Gilmar Ferreira. *O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um caso Clássico de Mutação Constitucional*. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004. Disponível para acesso em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em 17/09/2012.

PAGANELI, Celso Jeferson Messias; SIMÕES, Alexandre Gazetta; JÚNIOR, José Antônio Ignácio. *Ativismo Judicial – Paradigmas atuais*. Coleção Univem. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2011.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação Constitucional na Crise do Positivismo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

_____. *A Proposta de Ronald Dworkin para uma Interpretação Construtiva do Direito*. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 47, p. 127-137, out./dez. 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANCHEZ URRUTIA, Ana Victória. *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de La Constitución. Una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SCHMITT. Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madri: Revista de Derecho Privado, 1939.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago.2007 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10253>>. Acesso em: 27/12/2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Forense, 2ª ed., 2004.

VERDÚ. Pablo Lucas. *Estudios Preliminares*. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição como reserva de justiça*. Disponível para acesso em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n42/a03n42.pdf>> Acesso em 07/03/2012