

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
E A CONTEXTUALIZAÇÃO DO
TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDE-
RAL DE 1988: MUTAÇÃO CONSTI-
TUCIONAL**

Constitutional jurisdiction and
the 1988 Constitution of Brazil:
constitutional mutation

Eduardo Sadalla Bucci

SUMÁRIO

“COMO EU ESCREVO”	11
Richard Posner Tradução de Ana Caroline Pereira Lima Thiago Santos Aguiar de Pádua	
BOOLA!	16
Duncan Kennedy Tradução de Ana Caroline Pereira Lima Thiago Santos Aguiar de Pádua	
A COMIDA FICA NA COZINHA: TUDO QUE EU PRECISAVA SABER SOBRE A INTERPRETAÇÃO DE UM ESTATUTO EU APRENDI QUANDO TINHA 9 ANOS	22
Hillel Y. Levin Tradução de Jefferson Carús Guedes Ana Caroline Pereira Lima Thiago Santos Aguiar de Pádua	
POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA CONTRIBUIÇÃO SUCINTA À EDIFICAÇÃO DE UM MODELO PARA SUA ANÁLISE	28
Victor Manuel Barbosa Vicente	
1 Introdução	29
2 Políticas públicas: alguns modelos para sua análise	29
2.1 A análise institucional.....	29
2.2 Redes de políticas públicas	37
2.3 O modelo de fluxos múltiplos	39
2.4 Advocacy coalition framework	40
3 Considerações finais	43
Refêrencias	43
DIREITO À SAÚDE, POLÍTICAS PÚBLICAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO HOSPITAL E AMBULATORIAL	49
Emerson Affonso da Costa Moura Fabrizia da Fonseca Passos Bittencourt Ordacgy	
1 Introdução	50
2 O direito social à saúde	51
3 A constituição de 1988 e as políticas de saúde	54
4 A saúde pública e os serviços públicos	56
5 Conclusão	57
Referências	58
AUTISMO: O IDEAL E O REAL NA EFETIVAÇÃO DA DECISÃO JURISDICIONAL QUE IMPLEMENTA POLÍTICAS PÚBLICAS	60
Grasielly de Oliveira Spínola	
1 Introdução	60
2 Sobre o autismo: diagnóstico, sintomas e tratamentos	61

3 O controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas ao autismo no Estado de São Paulo	62
3.1 Da ineficiência do julgado em razão da execução pela via individual	65
3.2 Dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos	65
3.3 Da Importância de se reconhecer os direitos e interesses difusos, no caso do autismo, para eficiência do julgado.....	66
4 O controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas ao autismo no Estado do Rio Grande do Norte ..	67
5 Conclusões.....	68
DIREITO À SAÚDE, POLÍTICAS PÚBLICAS E PORTADORES DE TRANSTORNO MENTAL: A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DO DEPENDENTE QUÍMICO NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO	72
Emerson Affonso da Costa Moura	
Laila Rainho de Oliveira	
1 Introdução	72
2 O direito à saúde e as políticas públicas.....	73
3 O dependente químico e a política pública de internação	78
4 Estudo de caso: a internação compulsória no rio de janeiro.....	81
5 Conclusão	84
Referências	85
PRODUÇÃO DE ALIMENTOS: AGRICULTURA FAMILIAR X CULTURA DE EXPORTAÇÃO NO BRASIL, SOB A PERSPECTIVA DA SUSTENTABILIDADE.....	89
Luá Cristine Siqueira Reis	
João da Cruz Gonçalves Neto	
1 Introdução	90
2 Agricultura familiar no contexto contemporâneo.....	90
3 Agronegócio no Brasil.....	93
4 Reforma agrária, produção de alimentos e sustentabilidade	94
5 Conclusão	96
Referências	97
DIREITO AGROALIMENTAR E TERRITÓRIO: REFLEXÕES SOBRE O USO DA ÁGUA NA ATIVIDADE AGRÍCOLA .	100
Rodolfo Franco	
1 Introdução	100
2 Quadro normativo sobre a água.....	102
3 Uso da água na atividade agrícola	105
3.1 O aquífero guarani	105
3.2 Água e território.....	106
3.3 Água e liberdade.....	107
4 Conclusão	110
A CONSTRUÇÃO DE NOVAS POLÍTICAS SOCIAIS: O CASO DE MATO GROSSO DO SUL	114
Ricardo Luz Chagas Amorim	
1 Introdução	114
2 Exclusão social	115
3 As dificuldades dos anos 1990 e a nova política social sul-mato-grossenses.....	118
4 COGEPS e a gestão matricial das políticas sociais	122
5 FIS como garantia de recursos.....	125

6 Alguns números e observações sobre os impactos.....	129
7 Comentários finais.....	134
Referência.....	135
PROGRAMAS SOCIAIS BRASILEIROS E SUA RELAÇÃO COM A POBREZA, A DESIGUALDADE E O DESENVOLVIMENTO	138
Mirian Aparecida Rocha	
Rosa Maria Olivera Fontes	
Leonardo Bornacki de Mattos	
Jader Fernandes Cirino	
1 Introdução	139
2 Estudo sobre as inter-relações entre programas sociais, pobreza e desigualdade	140
3 Metodologia.....	141
3.1 Modelos analíticos	141
3.2 Fonte de dados	142
4 Resultados	143
4.1 Indicadores multidimensionais	143
4.2 Comportamento dos indicadores multidimensionais nas regiões brasileiras	145
4.3 Ranking dos estados brasileiros	147
4.4 Impacto dos programas sociais sobre os indicadores multidimensionais.....	148
5 Conclusão	151
Referências.....	152
A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	155
Eduardo Sadalla Bucci	
Introdução.....	156
Direito é alográfico.....	156
A jurisdição constitucional como fator de estabilização institucional.....	160
Mutaç�o constitucional: poder reformador ou interpreta�o constitucional?.....	164
1. Muta�o constitucional: delinea�o pela doutrina majorit�ria.....	166
2. Muta�o constitucional � luz de o direito ser alogr�fico: mudan�a das normas e n�o do texto constitucional	167
Conclus�o.....	170
POL�TICAS P�BLICAS NA FRONTEIRA TRINACIONAL: O DESAFIO AO PLENO EXERC�CIO DA CIDADANIA	173
Priscila Lini	
REPRESENTA�O INTERVENTIVA, JURISDI�O CONSTITUCIONAL E CONFLITO FEDERATIVO	186
Marcelo Rodrigues Mazzei	
Sebasti�o S�rgio Silveira	
Henrique Parisi Pazeto	
Introdu�o.....	186
Aspectos gerais da interven�o federal.....	187
Hist�rico da representa�o interventiva no Brasil.....	190
A representa�o interventiva na Constitui�o Federal de 1988	191
Legitima�o ativa	193
Procedimento	194

Decisão	195
Conclusão	198
Referências	199
A LICITAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO NA PERSPECTIVA DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO.....	201
Felipe Furtado Ferreira	
Eduardo Carlos Pottumati	
1 Introdução	202
2 A licitação pública e sua função social	202
3 Direito ao desenvolvimento sustentável	206
4 A atividade de fomento.....	209
5 O paternalismo libertário como terceira via – similitude com a atividade de fomento	210
6 Considerações finais.....	212
Referências	213
TRIBUTAÇÃO & REGULAÇÃO: UM DIAGNÓSTICO SOBRE INTER-RELAÇÕES POSSÍVEIS.....	215
Veyzon Campos Muniz	
1 Introdução	215
1.1 Um necessário acordo semântico ao tratar de regulação.....	216
2 Regulação da tributação.....	216
2.1 Apatia endêmica e a produção legislativa tributária.....	217
3 Tributação como regulação.....	218
3.1 Medidas extrafiscais: um instrumento regulatório.....	218
3.2 Automatismo moral e a análise de impacto regulatório.....	220
4 Conclusões articuladas.....	221
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: A EFICIÊNCIA DA NORMA JURÍDICA NA PREVENÇÃO E REPARAÇÃO DE DANOS SOFRIDOS PELO CONSUMIDOR.....	224
Héctor Valverde Santana	
1 Introdução	225
2 Conceito de análise econômica do direito (AED)	225
3 Eficiência das normas jurídicas protetivas do consumidor	227
4 Análise econômica da prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor.....	228
5 Conclusão	234
Referências	235
INOVAÇÃO PARA QUEM? O CASO DA POLÍTICA DE INOVAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA	238
Marcos Vinício Chein Feres	
Marcelo Castro Cunha Filho	
1 Introdução	239
2 Integridade e ação comunicativa aplicada ao direito	240
3 A busca pelo desenvolvimento tecnológico e sua repercussão na ICT federal de juiz de fora	244
4 Por que o direito não concorda com uma política inovação utilitária? A deficiência da política da UFJF	249

5 Conclusão	252
-------------------	-----

A PONDERAÇÃO COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL AMBIENTAL256

Maria Isabel Esteves de Alcântara

Michelle Lucas Cardoso Balbino

1 Considerações Iniciais.....	257
2 Introito ao Estudo dos Princípios.....	257
3 Princípio do In Dubio pro Reo	260
4 Princípio do In Dubio pro Ambiente ou In Dubio Pro Nature.....	261
5 A Ponderação como Mecanismo de Solução de Conflitos: Princípio “In Dubio pro Reo” Versus Princípio “In Dubio pro Nature”.....	263
6 Considerações Finais	268
Referências	269

A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS MUNICIPAIS E PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA COIBIR AS BRIGAS DE GALO273

Marco Lunardi Escobar

Lucia Santana de Freitas

Gesinaldo Ataíde Candido

1 Introdução	274
2 A proteção à fauna.....	274
3 As normas ambientais e a defesa animal	276
3.1 Maus tratos a animais: as rinhas de galo	277
3.2 A competência do município em matéria ambiental e a necessidade de políticas públicas para coibir as rinhas de galos.	277
3.3 A falta de políticas públicas: seria falta de interesse?.....	279
3.4 A participação da sociedade civil como auxiliar na gestão ambiental.....	279
4 Aspectos metodológicos.....	280
5 O Combate às brigas de galo no Rio Grande do Norte	281
5.1 As operações de 2010 a 2012.....	281
5.2 Poder de polícia ambiental.....	283
6 Considerações finais.....	284

A jurisdição constitucional e a contextualização do texto da constituição federal de 1988: mutação constitucional

Constitutional jurisdiction and the 1988 Constitution of Brazil: constitutional mutation

Eduardo Sadalla Bucci*

Resumo

O presente artigo visa explorar a questão da chamada mutação constitucional, questão tratada tradicionalmente como alteração informal da constituição, isto é, sem interferência do Poder Legislativo na construção do direito. Nesse sentido, para abordar tal tema, fez-se necessário delimitar o Direito, traçando-o como uma arte alográfica, no sentido de que a norma é resultado da interpretação do texto, trazendo as possibilidades e limitações que desta afirmação decorrem. Após, perquiriu-se acerca da finalidade da jurisdição constitucional, encontrando a resposta de ser um fator de estabilização constitucional. Portanto, exerce papel político decisivo na manutenção do Estado. Sob essas premissas, revisitou-se o tema que alterna entre duas vertentes: i) poder reformador; ii) interpretação constitucional. A primeira teoria afirma que a mutação constitucional se coloca por uma alteração informal da Constituição, prescindindo de alteração do texto. No entanto, a segunda colocação mostra que a alteração não é da Constituição, e sim da sua compreensão, portanto, não pode ser tida como mutação constitucional, mas alteração da contextualização de seu texto. Conclui-se que inexistente, de fato, a alteração da constituição pela “mutação constitucional”, já que este termo cinge-se à interpretação que cria uma norma diferente da que outrora surgiu, no entanto, tal expressão deve continuar a ser utilizada, ante a sua ampla difusão ocorrida através dos anos, contudo, com um novo significado, este adequado às premissas do constitucionalismo contemporâneo.

Palavras-chaves: Mutação constitucional; Jurisdição constitucional; direito alográfico; poder reformador informal; hermenêutica constitucional.

Abstract

This article aims to explore the issue of the constitutional mutation, which has been traditionally considered an informal amendment of the constitution, which means, without the interference of the Legislature in the creation of the law. On this perspective, it is necessary to delimitate the sign Law, designing it as an allographic art, meaning that the norm is the result of the interpretation of the text, which brings the possibilities and limitations that stem from this affirmation. Then, there is a discussion on the goal of the constitutional jurisdiction, finding that it is a factor for the

Recebido em 13.03.2014

Aprovado em 14.05.2014

* Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (2014). Pós-graduado lato sensu em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2011). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2008). Procurador da Fazenda Nacional (2013). Email: esbucci@hotmail.com

constitutional stabilization and , therefore, has a decisive political role on the maintenance of the State. Under these premises, the theme has been revisited, switching between two directions: i) the reforming power; ii) constitutional interpretation. The first theory states that the constitutional mutation presents as an informal amendment of the Constitution, regardless of the text change. On the other hand, the second shows that it is not a change on the Constitution itself, but on its comprehension, therefore, it cannot be understood as a constitutional mutation, but only as a change in the contextualization of its text. It is concluded that non-existent, in fact, the change of the constitution by “constitutional mutation,” since the term is confined to the interpretation that creates a different standard that once emerged. However, such expression should continue to be used, for its wide dissemination occurred through the years, nevertheless, with a new meaning, adequate to the premises of the contemporary constitutionalism

Keywords: Constitutional mutation; Constitutional Jurisdiction; allographic law; informal reforming power, constitutional hermeneutics

Introdução

O presente artigo pretende estudar o fenômeno da chamada mutação constitucional, consistente na contextualização da Magna Carta por via da atividade interpretativa da Corte de Cúpula. Origina-se em razão da velocidade das mudanças no contexto da sociedade contemporânea, tão dinâmica que escapa à percepção do poder constituinte reformador. Discorre-se, ainda, quanto à possibilidade de alteração formal do texto da Constituição Federal por tal via.

Neste viés, não é a realidade que deve se conformar com a teoria, mas esta àquela. O Direito não serve para alterar o mundo fenomênico de maneira arbitrária, tão pouco abrupta. Estes acontecimentos são relegados aos golpes e revoluções, que são poderes fáticos e não jurídicos.

Assim, diante da deliberada inércia ou ignorância da realidade fática pelo legislador, novos sentidos são amoldados à Constituição Federal por intermédio da Corte Suprema, que, a despeito de realizar atividade interpretativa, altera o próprio sentido do texto da Lei Maior.

Esta atuação, dita “criacionista”, vem causando certo desconforto no Poder Legislativo e na doutrina clássica, questão que se coloca importante, mormente pela teoria da tripartição do poder.

Para a elaboração deste estudo, compreende-se que primeiro se deve delimitar o que seja Direito e, após, traçar-se os fundamentos e limites da jurisdição constitucional, para, por fim, analisar-se o fenômeno da dita mutação constitucional.

Direito é alográfico

Para a construção de um raciocínio mister, faz-se necessário traçar as premissas que o embasarão. Alicerceia-se essa construção tomando como aceitável¹ que o Direito é alográfico, constitui-se em um verdadeiro discurso dialético, embora não seja livre de controvérsias.

1 “Aristóteles distinguia quatro tipos de discursos: poético, retórico, dialético e analítico. O discurso poético parte do gosto ou dos hábitos mentais e imaginativos do público para alcançar um resultado, desenvolve-se no âmbito das possibilidades. [...] o discurso retórico parte das convicções atuais do público, de seus sentimentos e temores, desenvolve-se no âmbito da verossimilhança. [...] o discurso dialético parte de premissas que são mais ou menos certas e aceita por um público homogêneo, desenvolve-se no âmbito da probabilidade e está essencialmente comprometido com a busca da verdade, da melhor solução possível [...]; guia-se pela razão e conta com a boa-fé dos debatedores que são capazes de admitir o erro e aceitar o melhor argumento, desde que estejam racionalmente convencidos [...]. Por fim, o discurso analítico ou lógico-formal parte de premissas tidas como absolutamente certas e permanece jungido a essas premissas por meio de um raciocínio silogístico. [Este tipo] busca uma certeza apodíctica, desenvolve-se no âmbito da necessidade. [...] O discurso dialético é o principal responsável pela evolução do conhecimento, pela fixação de *standards*. O discurso analítico funciona apenas como instância de validação.” JORGE NETO, 2008, p. 106-108

Segundo o dicionário Houaiss, o termo alográfico é relativo ao vocábulo “alógrafo”, que significa “documento escrito por alguém em nome de outra pessoa”. Em contraposição, o signo autográfico pode ser compreendido como a produção de algo por alguém em seu próprio nome.

Neste aspecto, o Direito é alográfico, isto é, a norma é resultado da interpretação do texto, e este engloba tanto as regras positivadas, como os princípios adotados de forma explícita e implícita pelo sistema como um todo (não se interpreta o direito em tiras²):

O direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete.

Mas o ‘sentido expressado pelo texto’ já é algo novo, distinto do texto. É a norma.

As normas resultam da interpretação, que se pode descrever como um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo.

O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, ele produz a norma.

Abrangendo textos e fatos, a interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; isto é, opera a sua inserção na vida.”³

Em razão disso, o Direito não se esvai no direito positivo, mas antes o engloba, sendo um de seus componentes. O texto — direito positivo — é um dos elementos — e não o único — de embasamento do aplicador/intérprete do Direito, que dele deve extrair o seu significado, para realçar o alcance do que o legislador, à luz do constituinte, prescreveu.

A prescrição positivada, entretanto, não é simplesmente aquela derivada dos métodos interpretativos clássicos de forma hierarquizada: gramatical, seguidos pelos métodos históricos, após o sistemático, chegando-se, caso “necessário”, ao teleológico. Mais além, é aquela que engloba os princípios constitucionais como norteadores do intérprete/aplicador quando da construção do direito, sendo, também, imprescindível a sua contextualização à luz da realidade.

É neste parâmetro que o legislador não cria a norma geral e abstrata, mas tão somente o texto:

[...] não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata; ou seja, a “norma” geral não é prévia, só o seu texto o é. *A norma geral previamente dada não existe, é uma ficção.* Note-se a distância em relação à antiga discussão sobre se o juiz “cria” ou apenas “aplica” o direito.⁴ (grifo original)

A lei é apenas um texto. O significante apenas terá significado no momento em que o intérprete, indissociável da ação de aplicador — criar para aplicar o Direito —, atuar.

Essa atividade é muito próxima a de um linguista que traduz livros. Se o texto está escrito em dinamarquês e o leitor não conhece essa língua, o texto nada diz, o que não exclui o seu significado imanente. Assim, é imprescindível a atividade do tradutor, que trará à realidade do sujeito cognoscente o objeto cognoscível. Entretanto, para a realização deste ato, não basta saber apenas o significado literal das palavras, uma vez que muitas delas têm plurissignificações oriundas de uma realidade cultural. Assim, é necessário compreender o contexto em que o texto foi escrito, a sua finalidade, além das outras obras do mesmo autor, bem como os seus valores norteadores, para se chegar a uma tradução mais próxima do sentimento dos escritos originais.

2 *Idem*, p. 44

3 *Idem*. p. 30-31

4 ADEODATO, 2009, p. 146

Assim, o tradutor interpretou para aplicar, contudo, haverá de ser mais uma vez interpretado — agora pelo leitor —, para novamente ser aplicado, atingindo, apenas aí, a sua finalidade.

É neste sentido que a atividade judicial realiza duas interpretações quando defrontada ao caso concreto: primeiro se cria a norma geral e abstrata, para, apenas após, se encontrar a norma de decisão. Quando se está posto à apreciação o controle de constitucionalidade abstrato, o intérprete/aplicador não realiza a segunda etapa de especificação da norma.

Reforça este argumento os dizeres de Kelsen⁵, contudo, deixe-se claro que em nenhum momento ele concorda com a ideia de que a norma geral e abstrata é criação total do intérprete:

“O juiz, portanto, é sempre um legislador também no sentido de que o conteúdo da sua decisão nunca pode ser completamente determinado pela norma preexistente de Direito substantivo”.

Salutar, contudo, é compreender que sendo o texto um dos elementos do Direito, ele não é de todo desprovido de significante, a despeito de não ser norma, mas é ponto de partida da criação desta:

[...] o texto normativo genérico previamente dado, elaborado pelo poder legiferante, *não constitui a norma jurídica* [...], mas apenas fornece um ponto de partida para sua construção diante do caso.⁶ (grifo original)

Sendo o marco inicial, também é um importante limitador da atividade de criação do Direito, pois é um parâmetro que, não podendo ser minorado, deve ser respeitado:

[...] o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo. Essa proeminência do aspecto formal e, conseqüentemente, da validade, diante de outros conteúdos presentes no cenário político e jurídico, constitui-se em um “elemento estabilizador de primeiro nível e um pressuposto insubstituível de sociedades complexas do tipo da sociedade industrial” (MULLER, Friedrich). E, acrescente-se, guarda tranquilamente sua dívida teórica para com o positivismo.⁷

Como um dos elementos de composição da criação da norma, o texto age como limitador e norteador. No entanto, os fatos também são componentes da elaboração da norma:

“[...] não apenas que a *norma* é o resultado da interpretação, cujo objeto é o *texto*, mas também que o intérprete não interpreta apenas os *textos*, porém, em conjunto com os *textos*, os *fatos*. [...] não se interpretam simplesmente os *textos* ou um *texto*. Interpretamos o *direito*, todo ele, na sua totalidade, desde a Constituição até os atos normativos menos importantes na hierarquia das fontes de direito”⁸

Nesta mesma linha de compreensão, Gilmar Ferreira MENDES⁹ assim preceitua:

“O chamado “Brandeis-Brief” – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no “case Müller versus Oregon” (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples “questão jurídica” de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição. (Cf., a propósito, HALL, Kermit L. (organizador), *The Oxford Companion to the Supreme Court of United States*, Oxford, New York, 1992, p. 85).

Hoje não há como negar a “comunicação entre norma e fato” (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e

5 *Apud* VIEIRA, 2009, p. 27

6 ADEODATO, 2009, p. 139

7 *Idem*, p. 145-146

8 GRAU, 2006, p. 191

9 MS 32033/DF – STF - Rel. Min. GILMAR MENDES j. 28/05/2013 – Dje 31.05.2013

jurídicos. (Cf., MARENHOLZ, Ernst Gottfried, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, in: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53”

Adota-se, assim, que a norma é produto de ato cognoscente do sujeito que interpreta o texto jurídico conjuntamente com os fatos, simplesmente porque o Direito não é dissociado da realidade. Mesmo estando no plano do dever-ser, o ser é condicionante para que não se ocorra absurdos, tais como os perpetrados no III Reich, sob o pretexto de que a “lei” - o texto — assim não o obstaculiza¹⁰:

Não é possível [...] uma visão cindida do direito, especialmente no momento de sua interpretação e aplicação. Aí será necessário ter em conta sua dimensão social e ética. Remarque-se bem a ideia: uma coisa é o conhecimento jurídico. Outra é a sua *contextualização*, o que se faz inclusive através da sociologia e da filosofia. São realmente coisas distintas, que, todavia, devem ser conjugadas para a boa aplicação do direito posto.¹¹

A visão, portanto, do que é o Direito, vai além do puro texto produzido pelos legitimados democraticamente pelo povo, pois:

A vida do Direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas numa época, a moral predominante e as teorias políticas, intuições de políticas públicas, expressas ou inconscientes, mesmo os preconceitos que os juízes partilham com seus concidadãos, têm contado mais do que o silogismo na determinação das normas pelas quais os homens devem ser governados. O Direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, e não pode ser tratado como se contivesse apenas axiomas e corolários de um livro de matemática¹².

Vale ressaltar, novamente, que o texto transmuta regras ou princípios, estes explícitos ou implícitos. Todos, portanto, estão positivados, servindo de elemento para a criação da norma jurídica. A diferenciação entre um e outro, a sua maneira de compreensão e forma de resolução de conflitos não faz parte do presente estudo¹³.

Assim, o Direito é o produto do significado do texto, conjuntamente com os fatos, que engloba as regras e os valores, estes transmutados pelos princípios positivados, de forma explícita ou implícita, após a sua interpretação:

“Não é, pois, o conteúdo abstrato das leis, nem a justiça escrita no papel, nem a moralidade das palavras, que decidem o valor dum direito; a sua realização objetiva na vida, a energia, por meio da qual é conhecido e proclamado, como necessário, se atinge e executa – eis o que consagra ao direito o seu verdadeiro valor”¹⁴

Portanto, sendo o Direito alográfico, as normas apenas surgem da atividade de interpretação/aplicação, colocando o intérprete/aplicador em um papel de criador — longe de ser ilimitado e de atuação autoritária —, e não descobridor, consubstanciado nas ponderações constitucionais optadas pelo Poder Constituinte:

“Daí [o direito é um dinamismo] a necessária adesão à ideologia dinâmica da interpretação e à visualização do direito como instrumento de mudança social, até o ponto em que o direito passa, ele

10 [...] que ao legitimar a ordem jurídica positiva pelo simples respeito à forma legal, abriu margem doutrinária para que líderes totalitários utilizassem o Direito para impor fórmulas jurídicas completamente díspares da realidade social. VIEIRA, 2009, p. 24.

11 BARROSO, 2001, p. 282-283.

12 HOLMES JR, 1991, p. 422.

13 Para uma teoria de princípios e regras, *v.*: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª ed. 2010; BOULANGER, Jean. *Principes généraux du droit positif et droit positif*; CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manual di Diritto Costituzionale*; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; e GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 4ª ed, 2006.

14 VON JHERING *apud* GRAU, 2006, p. 131.

próprio, a ser concebido como *uma política pública*. Além disso, a compreensão de que a referência a um *direito pressuposto* condicionante da produção do *direito posto* reclama a consideração da virtualidade de um nexo entre ambos; o *direito posto* é, então, penetrado por significações não integralmente congruentes com seus significados tradicionais (originais); donde, entropicamente, a emergência de um sentido não conservador (transformador) no direito”¹⁵

Traçadas essas premissas, racionalmente demonstradas para a persuasão de sua utilidade e validade, passa-se a discorrer acerca da compreensão moderna da jurisdição constitucional, à luz de ser o direito alográfico, bem como de seus elementos integradores, com o intuito de proteção da própria ordem criada pela Constituição.

A jurisdição constitucional como fator de estabilização institucional

O constitucionalismo moderno, ou contemporâneo, elevou as constituições do patamar de meras intenções políticas para o campo jurídico, conferido necessidade da submissão de todos, inclusive do próprio Estado, às suas prescrições — e não mais meras descrições.

Assim, a efetivação das constituições se tornou importante tema¹⁶, pois é elemento estabilizador do próprio Estado de Direito, sendo que o seu descumprimento abre espaço para a ruptura da ordem vigente:

“[...] A existência da Constituição é, em primeiro lugar, uma questão de sua *força normativa*. [...] Onde o consenso fundamental, no qual se assenta, ao fim e ao cabo, a força normativa da Constituição, falta ou deixa de existir, perde a Constituição a base de sua força de vida e eficácia e asseguramentos institucionais somente não mais são capazes de auxiliar”¹⁷

Surge, então, a indispensável utilização da “força normativa” como maneira de assegurar a plenitude da democracia, inclusive contra a incapacidade interna de cada Poder no exercício de suas inafastáveis atribuições, na releitura do “sistema de freios e contrapesos”, não apenas como inerente a afastar o exercício autoritário, mas, também, a assegurar o uso ótimo e exato da competência para atingir os objetivos da república.

Verifica-se que tal compreensão é aquela que analisa os tempos atuais, utilizando do conhecimento histórico para não cometer os mesmos erros, paralelamente ao inovar sem temer a quebra de paradigmas, cujo produto é a alteração de dogmas, sempre em face da interpretação constitucional, na melhor definição de Konrad Hesse¹⁸:

“*Tarefa da interpretação* é encontrar o resultado constitucionalmente “exato” em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão”.

Assim, põe-se o tema, à luz de se encontrar um “resultado constitucionalmente exato”, com a finalidade de se evitar rupturas institucionais por ausências de atualização do texto constitucional, preservando-se a própria República com a manutenção da “força normativa” da constituição.

Igualmente, em um contexto pós-Constituição de 1988, e compreendendo-se os malefícios que a teoria pura do direito proporcionou à realidade, surgiu a doutrina do neoconstitucionalismo, que longe de ser unanimidade, preocupa-se com a eficácia das constituições, mormente pela concretização dos

15 GRAU, 2006, p. 130

16 Em matéria constitucional, é fundamental que se diga, o apego ao texto positivado não importa em *reduzir* o direito à norma, mas, ao contrário, em *elevá-lo* à condição de norma, pois ele tem sido menos que isso. BARROSO, 2001, p. 284

17 HESSE, 1998, p. 503-504

18 *Ibidem.* p. 55

fundamentais direitos positivados, explícita ou implicitamente. Trata-se, portanto, de uma releitura do próprio direito, em que os valores máximos pregados pela norma constitucional têm importância predominante, erigindo aos princípios força vinculante, com a finalidade de se assegurar dignidade à pessoa humana por meio da efetivação dos direitos humanos, sob um filtro axiológico, com a reaproximação da ética, da moral, da justiça, entre outros, ao direito, com a consequente imperatividade (força normativa de Hesse) e supremacia (expansão da jurisdição constitucional) da Constituição:

“A Constituição de 1988 foi o estopim de um marco científico, consistente na difusão da doutrina neoconstitucionalista no Brasil, cuja metodologia assume a existência de uma conexão necessária entre direito e moral. No plano teórico, afasta-se o estatalismo, o legicentrismo e o formalismo interpretativo na análise do sistema jurídico, e desenvolvem-se mecanismos para a efetividade dos princípios constitucionais que abarcam os valores mais caros à nossa sociedade”¹⁹

Esse movimento, marcado sob os auspícios do pós-positivismo²⁰, não exclui o direito posto para abraçar o jusnaturalismo, metafísico por essência, mas sim em compreender o positivismo sob a perspectiva de justiça, contudo, com segurança suficiente para que a interpretação/aplicação não fique ao arbítrio do intérprete/aplicador. Desta maneira, os valores escolhidos por opção política do Poder Constituinte Originário²¹ passam a ter força normativa; a argumentação jurídica deve ser pautada na razão e não apenas na autoridade, sempre voltada à edificação dos objetivos fundamentais do Estado²², além de a democracia propiciar a abertura para um debate amplo e franco no seio das tomadas de decisão, sejam elas na criação dos textos legislativos, dos atos administrativos ou das normas jurídicas:

[...] pode-se levantar a hipótese de que as normas jurídicas são construídas, concretizadas por todos os destinatários, todo o ambiente social que lhe determina o sentido, de forma plural, como quer Häberle, para quem não é possível estabelecer-se um *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.²³

Por assim ser, o texto constitucional não se esvai na interpretação/aplicação dos magistrados, e sim estes devem apreender com os inúmeros intérpretes/aplicadores desse mesmo texto, para só assim ser criada a norma jurídica. Esse complexo decisório é o que se chama de jurisdição constitucional, que não se limita ao ato de subsunção:

Mas *o sistema vai muito além dessas bases textuais*, é uma conclusão direta: o sentido e o alcance dos termos, a coerência argumentativa e os conflitos não estão ali nesse livro que se chama “a Constituição” e, nem por isso, deixam de fazer parte do universo constitucional. Ao conjunto de interpretações, argumentações e decisões apreciadas pelo judiciário, em questões que envolvem os textos constitucionais, dá-se a denominação de jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtbarkeit*). Observe-se que a jurisdição constitucional, por sua vez, é também composta de textos, decisórios, os quais vêm somar-se aos textos do livro constitucional e servir de partida para novas interpretações, argumentações e decisões.²⁴

19 FUX, Luiz *in* Embargos de Declaração no Habeas Corpus 101.132, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, STF, j. 24.04.2012, DJE 21.05.2012

20 Os termos neoconstitucionalismo e pós-positivismo não são de aceitação unânime, havendo doutrina respeitadíssima que os coloque como meramente contemporâneos, sendo uma releitura do constitucionalismo e do positivismo que não os alteram elementarmente, portanto, não havendo ruptura, são insuficientes para que tragam o estigma de novo. Contudo, sem se adentrar nesta seara no presente momento, ante a terminologia estar na periferia da pesquisa, utiliza-se a adotada por Luis Roberto Barroso *in* Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, mar./abr. 2006

21 Principalmente os fundamentos do Estado Democrático de Direito, contidos no art. 1º da Constituição Federal, qual seja: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo jurídico, e de que todo o poder emana do povo e em função dele é que deve ser exercido com a única finalidade de o beneficiar.

22 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

23 ADEODATO, 2009, p. 152

24 *Ibidem*. p. 140

Nesta seara, é de se compreender que o judiciário foi elevado do patamar de um subpoder (boca do legislativo) para o terceiro poder²⁵ (boca da constituição). A soberania é da Constituição e não do Parlamento.

Essa aceção transmuda ser imprescindível à utilização da jurisdição como forma de proteção de direitos fundamentais, sobremaneira em seu aspecto contra majoritário, mormente ante a deliberada escolha do Parlamento em atuar de maneira egoística e casuística, pois:

“Considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos”²⁶

Assim, a jurisdição constitucional pode ser compreendida além do âmbito normativo-jurídico, mas, ainda, como político-jurídico, devendo este signo ser explorado: se “política” for percebida como aquela com finalidade de se “*instituir*, por meio de *posição ideológica*, o *bom governo*”, deve ser rechaçada, pois ínsita aos representantes dos populares, incumbidos de juízo de oportunidade e conveniência; entretanto, se o termo for apreendido na *aceção grega* (“maneira pela qual se organiza e regula o convívio da pluralidade dos homens”), não só deixa de apresentar riscos como é salutar para o fortalecimento da democracia e da teoria dos pesos e contrapesos, uma vez que os magistrados, não eleitos, atuam sob uma argumentação racional e de legalidade em *lato sensu*.

Nesse sentido, é possível retirar uma nova interpretação da tripartição dos poderes, mormente pela elevação dos princípios da democracia e da proteção dos direitos fundamentais, especialmente em sua faceta de proteção das minorias contra as maiorias circunstanciais, respeitando a supremacia da constituição e não a supremacia do parlamento:

[...] Em todas essas hipóteses, porém, não se pode afirmar que as cortes judiciais estejam atuando como, nem usurpando as funções do Poder Legislativo, pois, diversamente do atuar deste, os sentidos agregados ao texto não têm por fundamento opções políticas ou de moralidade consideradas mais adequadas, mas princípios jurídicos compartilhados pela coletividade, como, *v.g.*, o princípio da concordância prática, da razoabilidade e da ponderação de interesses²⁷

O prof. Adeodato²⁸ assim também preceitua:

A progressiva diferenciação entre texto e norma, a crescente procedimentalização formal das decisões e o aumento de poder do judiciário tornam-se, assim, *três fatores importantes* e estreitamente conexos, dentro do ambiente jurídico contemporâneo, a torna obsoleta a tradicional separação dos poderes. Se não é só o juiz o responsável, pois nem só em lides se concretiza, como quer, corretamente Peter Häberle; certamente o papel dos juízes e, sobretudo, dos tribunais superiores vai ter uma importância diretora e indutora muito maior do que a que tem diante da mera litigância eventual.

Na mesma esteira, há a superação do dogma estreito de “legislador negativo” cunhado por Kelsen:

Essa função interventiva do Poder Judiciário visando não apenas defender, mas promover os direitos assegurados no texto básico, implica na superação da função judicial na sua concepção clássica de “legislador negativo” e reconhecimento de uma atuação positiva, embora não tão ampla como a do poder legislativo, na criação do direito. Nesse diapasão fica também superada a

25 A própria expressão Poder é equivocada, vez que o Poder é uno e indivisível, sendo o Estado o seu detentor. Aos órgãos são asseguradas apenas funções, divisões que facilitam (mas não asseguram totalmente) a realização da democracia

26 MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 139

27 SILVA, 2005, p. 96

28 2009, p. 164

vetusta concepção de separação de poderes que não reconhecera nenhuma atividade produtora e/ou agregadora de sentido na interpretação judicial.²⁹

Corroborando, igualmente, esse argumento de alteração paradigmática da doutrina da separação dos poderes as palavras do prof. Humberto Ávila³⁰:

[...] a decisão a respeito da justificabilidade da medida adotada pelo Poder Legislativo é o resultado final do controle feito pelo Poder Judiciário e, não, uma posição rígida e prévia anterior a ele. [...] Todas essas considerações levam ao entendimento de que o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, *devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa do princípio da separação dos Poderes. O princípio democrático só será realizado se o Poder Legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais.* Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada. *A tese da insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de modo simplista [utilizando-se de concepção obsoleta acerca da separação dos Poderes], é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição.* (grifo original)

Essa atuação, portanto, fortalece o vínculo estruturante do Estado, embasado na Democracia, que não mais se resume ao sistema político representativo, mas também participativo:

[...] a racionalidade do novo positivismo pretende-se tanto funcional quanto substancial, isto é, não apenas tecnicamente efetiva como também construtora da legitimidade do Estado constitucional e social de direito e da democracia.³¹

A releitura da jurisdição constitucional não traz apenas possibilidades diferentes, mas também ônus.

As decisões judiciais devem sempre ser imparciais, isto é, não há propensão a julgamentos em razão da pessoa que pleiteia ou da parte adversa. Entretanto, não é exigida a neutralidade. A indiferença do judiciário frente às demandas faleceu com a queda do III Reich, mas o mundo demorou a perceber:

Escreveu Hebert Wechsler:

‘O que caracteriza as decisões judiciais, em contrastes com os atos dos outros Poderes, é a necessidade de que sejam fundadas em *princípios* coerentes e constantes, e não em atos de mera vontade ou sentimento pessoal. Discordo, assim, com veemência, daqueles que, aberta ou encobertamente, sujeitam a interpretação da Constituição e das leis a um “*teste de virtude*”, para verificar se o resultado imediato limita ou promove seus próprios valores e crenças.

Quem julga com os olhos no resultado imediato, e em função das próprias simpatias ou preconceitos, regride ao governo dos homens, e não das leis. Se alguém toma decisões levando em conta o fato de que a parte envolvida é um sindicalista ou um contribuinte, um negro ou um separatista, uma empresa ou um comunista, terá de admitir que pessoas de outras crenças ou simpatias possam, diante dos mesmos fatos, julgar diferentemente. Nenhum problema é mais profundo em nosso constitucionalismo do que este tipo de avaliação e julgamento *ad hoc*.

Diminui, por certo, o impacto dessas palavras a informação, relevantíssima, de que o método de raciocínio jurídico preconizado pelo autor do texto levou-o à condenação, por ser *não neutra*, da decisão dessegregacionista em *Brown*. De acordo com o raciocínio do Professor Wechsler, a questão envolvia um conflito entre duas preferências: o desejo dos negros de frequentarem a escola com os brancos,

29 SILVA, 2006, p. 98

30 2009, p. 175-176

31 ADEODATO, 2009, p. 151

e o desejo dos brancos de frequentarem a escola sem os negros. Segundo ele, a Suprema Corte não fundamentou sua escolha em qualquer princípio neutro. Não é aceitável que tivesse pura e simplesmente escolhido a opção dos negros. A tese é arrepiante e emblemática: revela como a neutralidade pode ser perversa quando estão em jogo os interesses de partes política, social e economicamente desiguais.³²

A Constituição Federal de 1988 não é neutra; ao contrário, escolheu um viés ideológico em que se instituiu o Estado Social Democrático de Direito. Assim, do intérprete/aplicador da lei — texto — é exigido que se utilize dos mesmos valores insculpidos na Constituição, estabelecendo sua imparcialidade, mas jamais sua neutralidade, na criação da norma.

Desta maneira, se se instituiu fundamentos (art. 1º) e objetivos da República (art. 3º), não é só o Legislativo e o Executivo que devem buscá-los, mas também o Judiciário. A sua inércia não implica em passividade.

Traçados esses parâmetros da atuação judicial frente às demandas que são postas à sua apreciação, passa-se a perquirir acerca da questão da interpretação do texto constitucional e as alterações do significado, sem mudança do significante, em razão de a realidade ser dinâmica.

Mutação constitucional: poder reformador ou interpretação constitucional?

As constituições são marcadas por seu traço de superioridade no ordenamento jurídico e de difícil alteração (rigidez constitucional), mormente por ser o lastro que embasa a criação e a estabilização do próprio Estado, que confere validade e limite às condutas dos Poderes, bem como assegura aos cidadãos direitos fundamentais, tanto na perspectiva vertical quanto na horizontal.

À luz desta qualidade superior, é de se compreender que as constituições são criadas para vigerem por tempo indeterminado:

“As Constituições têm vocação de permanência. Idealmente, nelas têm abrigo as matérias que, por sua relevância e transcendência, devem ser preservadas da política ordinária. A constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposição das maiorias eventuais. Nada obstante isso, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos.”³³

Em razão desta qualidade, o cerne das constituições é redigido de forma abstrata, muitas vezes com conteúdo indeterminado, justamente para que não se engesse a sua aplicabilidade aos tempos vindouros:

Quanto mais suas normas partem das realidades da situação histórica e procuram conservar e aperfeiçoar aquilo que já está delineado na condição individual da atualidade, tanto mais rápido podem elas desenvolver efeito normalizador. Onde a Constituição ignora o estágio de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico de seu tempo lhe falta o germe indispensável de sua força de vida e ela não é capaz de alcançar que o Estado, que ela, em contradição com esse estágio de desenvolvimento normaliza, desenvolva-se.

[...]

Por outro lado, força normativa da Constituição está condicionada por cada *vontade atual* dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição. Como a Constituição, como toda ordem jurídica, carece da atualização pela atividade humana, sua força normativa depende da disposição de considerar seus conteúdos como obrigatórios e da determinação de realizar esses conteúdos, também contra resistências [...]”³⁴

32 BARROSO, 2001, p. 277

33 BARROSO, *apud* VIEIRA, 2009, p. 95

34 HESSE, 1998, p. 48-49

Dessa maneira, as opções políticas realizadas pelo poder constituinte, ao serem constitucionalizadas, tornam-se textos jurídicos, com qualidade de força normativa, isto é, vinculação dos destinatários ao seu cumprimento, sob pena de coerção judicial.

Entretanto, o mundo do dever-ser jamais terá força de alterar o mundo do ser se aquele estiver totalmente dissociado deste. Para a constituição se efetivar, não depende apenas de si própria, mas de certa atuação dos agentes que estão envolvidos, direta ou indiretamente.

As constituições devem ser seguidas, mas não são sagradas. Para se manterem vivas, as opções de gerações passadas não podem prejudicar as futuras. O tempo, para os que estão atentos, serve para o aperfeiçoamento das coisas, que longe de ser imutáveis, são amoldáveis às necessidades atuais. A sua não compreensão é causa de ruptura institucional:

“Assim, perece a sua [da Constituição] força normativa quando *o direito* já não corresponde à *natureza singular do presente*. Opera-se a frustração material da finalidade dos seus textos que estejam em conflito com a realidade e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais³⁵.

Consciente desse fato, as constituições estabelecem meios formais de alteração de seu texto, criando o poder reformador, mas de maneira mais dificultosa do que aquela estabelecida para a criação/alteração da legislação ordinária.

Nessa toada, previu-se as emendas constitucionais (art. 60, *caput*, da Carta Cidadã), que têm como finalidade a sobrevivência do próprio texto político; direcionando-se ao futuro, confere-se a possibilidade de atualização para que não seja “fossilizada” determinada positivamente, mantendo-se a flexibilidade e abertura indispensável a evitar a ruptura com a ordem jurídica vigente.

Entretanto, as mudanças no texto da constituição não podem ser ilimitadas, o que ocasionaria a possibilidade de alteração da própria constituição como um todo.

Assim, criaram-se as cláusulas pétreas, esculpidas no art. 60, §4º, da Constituição Federal, que visam à proteção da estrutura e organização do Estado — forma federativa e separação dos poderes —, da democracia - existência e elementos do voto — e dos direitos e garantias individuais, além de a própria regra de restrição ser imutável (cláusula implícita), transformando a histórica alteração da Constituição de Weimar (aprovação do Ato de Habilitação em 1933³⁶) em aprendizado.

Estes institutos — cláusulas pétreas e emendas à constituição —, de maneira coordenada, estabelecem instrumentos de estabilidade e rigidez. Suas importâncias, bem como fundamentos históricos e sociais, entretanto, nesse artigo, limitam-se ao exposto de que formam a “ordem jurídica fundamental da coletividade”, compreendida a que “contém as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação vindoura”³⁷

Traçadas essas ponderações, antes de se conjugar as premissas aqui delineadas para se chegar a uma conclusão acerca do que se trata realmente a contextualização do texto da Constituição por meio da jurisdição constitucional, faz-se necessário apresentar o que a doutrina majoritária compreende em relação a esse tema específico.

35 GRAU, 2006, p. 220

36 “Conferiu-se ao Gabinete, comandando por Hitler, a faculdade de editar normas que podiam alterar até mesmo a Constituição. Com base neste poder, Hitler, dentro outras medidas, cassou a cidadania dos judeus, abrindo caminho para o Holocausto, sem revogação formal da Constituição de Weimar” SARMENTO, 2008.

37 HESSE, 1998, p. 37-43

1. Mutação constitucional: delimitação pela doutrina majoritária

Ao lado da alteração formal da constituição — do texto —, está a possibilidade de alteração informal da constituição, conceituada da seguinte maneira pela doutrina majoritária, nas palavras do prof. Uadi Lammêgo Bulos³⁸:

“(…) 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*, que através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.”

Nesse viés, compreende-se que a mutação constitucional ocorre sempre que houver uma alteração no sentido da lei, sem que ocorra uma alteração textual. Assim também explicita o prof. Konrad Hesse³⁹:

A concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização são [...] somente possíveis com o emprego das condições da “realidade”, que essa norma está determinada a ordenar. As particularidades, muitas vezes, já moldadas juridicamente, dessas condições formam o “âmbito da norma” que, da totalidade das realidades, afetadas por uma prescrição, do mundo social, é destacado pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o “programa da norma”, como parte integrante do tipo normativo. Como essas particularidades, e com elas o “âmbito da norma”, estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o “programa da norma”) fique idêntico. Disso resulta uma “*mutação constitucional*” permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente e, por causa disso, raramente fica claro.

Continuando nesse pensamento, a mutação constitucional deve ser compreendida como ínsita à própria sobrevivência da constituição, advindo, daí, o princípio da rigidez constitucional, relegando à mudança formal (reforma constitucional) apenas os casos em que a interpretação encontra limite para a atualização do sentido do texto:

relacionando o processo formal com o informal, que a opção das emendas é sempre uma *ultima ratio*, ou seja, quando a Constituição já não cumpre a contento com o seu papel histórico e não consegue atualizar-se por via da interpretação doutrinária e jurisprudencial, ou mesmo por qualquer outra forma disposta pelo processo informal das mutações constitucionais⁴⁰

Essa comparação entre o processo formal e informal de alteração das constituições pressupõe o poder reformador, pois altera, mesmo que pontualmente e por meio da interpretação, a própria Constituição.

Em outro viés, Thiago Vieira⁴¹ compreende que a mutação constitucional é apenas a interpretação contra o próprio sentido de um dispositivo da constituição, podendo ela ser constitucional ou inconstitucional, a depender de uma visão sistemática:

[...] mutação constitucional no Brasil consiste na extrapolação do âmbito normativo de determinado dispositivo da Constituição por meio da alteração substancial de seu significado em decorrência da atuação do Supremo Tribunal Federal no processo de uniformização da jurisprudência. Esse novo sentido do mandamento constitucional pode representar uma mutação constitucional – quando, apesar de ter extrapolado a norma em si, representar uma conformidade sistemática com a Constituição e seus princípios fundamentais; ou inconstitucional – quando houver a extrapolação tanto da norma em questão quanto da Constituição.

38 *Apud* VIEIRA, 2009, p. 105

39 1998, p. 50-51

40 BRITTO, 1999, p. 232

41 VIEIRA, 2009, p. 112

Conforme será exposto adiante, em razão das premissas traçadas nesse artigo, não se concorda com tais pontuações, seja para compreender que a mutação constitucional é aquela derivada da alteração do sentido da constituição, ou aquela que extrapola o próprio texto.

2. Mutação constitucional à luz de o direito ser alográfico: mudança das normas e não do texto constitucional

Conforme as premissas traçadas, o texto da constituição, apesar de seu significado imanente, depende do intérprete/aplicador para o surgimento da norma jurídica, na maneira estabelecida no capítulo inicial deste trabalho.

O direito positivo — texto, reitere-se —, é apenas um dos elementos integradores do Direito, sendo aquele estático e este dinâmico.

Neste diapasão, a jurisdição constitucional proporciona a correta interpretação do texto magno, conforme o tempo de sua atividade, o que não retira a sua rigidez⁴², mas, sim, reconhece a sua contemporaneidade como forma repelir as rupturas institucionais para sobreviver⁴³. Entretanto, como já dito, toda interpretação deve ter limites:

Interpretação está vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma. Estabelecimentos obrigatórios podem, nisso, também estar contidos em Direito Constitucional não escrito. Como, entretanto, direito não escrito não deve entrar em contradição com a *constitutivo scripta*, é esta um limite insuperável da interpretação constitucional. Esse limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição. Ele inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação; ele exclui um rompimento constitucional — o desvio do texto em cada caso particular e uma modificação constitucional por interpretação. Ouando o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição. Ambos estão proibidos a ele pelo direito vigente. Mesmo que um problema, por conseguinte, não se deixe resolver adequadamente por concretização, o juiz, que está vinculado à Constituição, não tem livre escolha do *topoi*.⁴⁴

É nesse viés que se chega à conclusão de que a constituição não é sempre a mesma, ainda que o seja seu texto, tal como as águas do rio que fluem: o seu nome não muda, a aparência é a mesma, mas a água que está correndo em um determinado ponto, não será mais a mesma após certo tempo⁴⁵.

Assim, a mutação constitucional, processo informal, é realizada (e não reconhecida) por meio da interpretação constitucional.

Dessa percepção foi criado, pela Suprema Corte Estadunidense, o controle de constitucionalidade, compreendendo que um dos princípios implícitos positivados pela Carta Constitucional era a de supremacia desta em relação aos atos infraconstitucionais:

[...] na verdade, o controle de constitucionalidade pelo método difuso nada mais é do que a aplicação de certo princípio interpretativo, isto é, do princípio interpretativo das normas constitucionais e das normas infraconstitucionais, por via judicial (daí a revisão judicial), para verificar se há ou não conformidade destas àquela⁴⁶

42 Uma constituição pode ser flexível sem deixar de ser firme. CANOTILHO, 2000, p, 1229

43 Tradução livre: Constituição não é jamais idêntica a si própria, estado constantemente submetida ao *panta rhei* heraclitiano de todo o ser vivo. LOEWENSTEIN, 1979, p. 164

44 HESSE, 1998, p. 69-70

45 Parábola de Heráclito de Éfeso: Nós não podemos nunca entrar no mesmo rio, pois como as águas, nós mesmos já somos outros.

46 SILVA, 2000, p. 250

Esse caso demonstra que o próprio direito está em constante mudança, atendendo aos fins sociais a que se destina, impondo a necessidade de valorização contextualizada do texto, compreendendo que uma interpretação histórica só é válida para demonstrar quais foram os motivos e as circunstâncias em que se realizou a inovação, mas não prestando à inclusão na atualidade daquele contexto sobre o contemporâneo.

Entretanto, um dos princípios constitucionais que envolvem essa compreensão é o da segurança jurídica.

As pessoas submetidas à soberania estatal não podem ficar ao *bel-alvitre* das inconstâncias do intérprete/aplicador do texto na percepção do próprio texto e da realidade, vez que muitos são os fatores que podem fazer com que a interpretação de ontem não seja a mesma de hoje, inclusive pela mudança da própria pessoa que interpreta/aplica.

Se esse princípio vale para o texto, também deve ser aplicado às normas jurídicas. Às decisões judiciais, que criam tanto a norma geral como a norma específica (quando não for o caso de controle abstrato), são impedidas de agirem de forma a causar insegurança, gerando instabilidade nas próprias relações sociais, devendo ser protegida não apenas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, mas, também, a não surpresa dos jurisdicionados⁴⁷.

Nesta percepção, no âmbito do texto constitucional, a não alteração deste, mas apenas da norma jurídica é que se pode chamar de mutação constitucional:

Sem que se opere algum tipo de ruptura na ordem constituída – como um movimento revolucionário ou a convocação do poder constituinte originário -, duas são as possibilidades legítimas de mutação ou *transição* constitucional: (a) através de uma reforma do texto, pelo exercício do poder constituinte derivado, ou (b) através do recurso aos meios interpretativos. A *interpretação evolutiva* é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes.⁴⁸

Pontue-se bem que a contextualização do texto da constituição, por meio da jurisdição constitucional, não altera a própria constituição, pois esta nunca é a mesma em razão de seu caráter dinâmico. Igualmente, a norma geral e abstrata sempre será criada pelo próprio intérprete/aplicado. Entretanto, essa norma que acabou de ser criada pode ser diferente de uma pretérita norma, também criada. O que se muda, portanto, é a norma (resultado da interpretação) e não a constituição, que está em constante transformação.

Neste aspecto, não há uma mutação da constituição, mas sim uma alteração da contextualização de seu texto:

“(…) mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.⁴⁹

Essa contextualização do texto se dá pela interpretação, poder este conferido pela própria Constituição Federal ao estabelecer a jurisdição constitucional para a sua própria efetivação e manutenção:

47 Ao contrário deste pensamento: Ao intérprete incumbe, então, sob o manto dos princípios, atualizá-lo. Que pereça, então, a certeza, em benefício da esperança” GRAU, 2006, p. 220

48 BARROSO, 2001, p. 145

49 BARROSO *apud* VIEIRA, 2009, p. 43

o resultado da interpretação das normas pode variar na medida em que a sociedade se transforma [isto é,] as Constituições tendem a mudar na medida em que atuam para concretizar a sua função integrativa. [Desta maneira,] valoriza[-se] a possibilidade de adaptação do texto legal à realidade social, tendo como parâmetro interpretador os princípios fundamentais⁵⁰

Assim, na chamada mutação constitucional, não há que se falar de um poder reformador informal, mas apenas um produto da interpretação em que a norma criada é diferente que anteriormente fora cunhada.

Este meio interpretativo, que altera os paradigmas outrora criados, pode ser de forma construtiva ou evolutiva:

as interpretações construtivas e evolutivas⁵¹ representam casos de mutação na constituição, desde que concretizadas pelo Supremo Tribunal Federal e possuam caráter de generalidade, abstração e vinculação.⁵²

Igualmente, só se pode utilizar que a norma jurídica foi criada diferentemente daquela do passado quando é realizada pela última instância do Poder Judiciário, pois tem caráter definitivo.

Derivada desta qualidade de definitividade, o Supremo Tribunal Federal, ao criar a norma jurídica, jamais poderá fazê-lo de forma inconstitucional, pois é a própria Constituição que confere competência a este órgão, uma vez que este:

processo não pode continuar indefinidamente; (...) deve haver um fim para a disputa entre as partes. Deve existir um tribunal de última instância autorizado a dar uma decisão final à disputa, uma autoridade cuja decisão não possa ser mais anulada ou modificada.⁵³

Dessa feita, se a Constituição Federal erigiu o Supremo Tribunal Federal como seu guardião, portanto, como o ponto final da discussão que versa sobre questões constitucionais, não há quem seja legitimado para conferir a qualidade de inconstitucional a tal interpretação, sendo até mesmo uma questão lógica: se determinada doutrina afirma que o STF fez algo inconstitucional, quem pode afirmar que essa compreensão está correta? Ela mesma? E se outro doutrinador afirmar que aquele que criticou a norma criada está, na verdade, embasado em uma base inconstitucional, portanto, é o Supremo quem está correto?

Destarte, as críticas doutrinárias não têm o condão de transformar uma interpretação do Corte Suprema, constitucionalmente assegurado como o órgão institucional máximo, em inconstitucional; o máximo que se tem é que a decisão proferida foi equivocada à luz das premissas do crítico.

Igualmente, o Legislador, ao alterar o texto da constituição para infirmar tal norma criada pelo STF não torna aquela inconstitucional, pois seus atos são prescritivos (e nunca descritivos, inclusive as leis interpretativas). O que há é uma mudança formal do texto, e a interpretação haverá de ter nova premissa.

50 VIEIRA, 2009, p. 80

51 “A interpretação construtiva consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição — seus valores, seus princípios — para o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa. Já a interpretação evolutiva se traduz na aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional. A diferença essencial entre uma e outra está em que na interpretação construtiva a norma alcançará situação que poderia ter sido prevista, mas não foi; ao passo que na interpretação evolutiva, a situação em exame não poderia ter sido prevista, mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento.” BARROSO *apud* VIEIRA, 2009, p. 104

52 VIEIRA, 2009, p. 104

53 KELSEN *apud* VIEIRA, 2009, p. 54

Por fim, a questão que se põe é: se a função judicial, mormente o Supremo Tribunal Federal, é a de conferir a última interpretação da Constituição, o que se fazer se este poder usurpar o próprio texto constitucional?

Algumas respostas preliminares podem ser dadas, como a possibilidade de responsabilidade dos ministros do STF por crime, com pena de *impeachment*, por violação à Constituição que lhe cabe resguardar (art. 39, V, Lei 1.079/50)⁵⁴.

Conclusão

O Direito é alográfico, isto é, a norma surge a partir da interpretação dos textos normativos, que servem tanto como marco inicial quanto à limitação dessa atividade, que é sempre criadora, transmutando a faceta dinâmica dele, pois não é dissociável da realidade do mundo fenomênico.

Como fator dos modernos Estados, as constituições são elementos de criação da ordem jurídica, o que transmuta, além de sua superioridade, em razão de sua rigidez, a normatividade que confere estabilidade às relações sociais.

A jurisdição constitucional, por sua vez, propicia a proteção da Constituição contra não apenas o seu descumprimento, mas também a favor de sua manutenção, ao amoldar os seus textos à realidade, com a finalidade de assecuramento da ordem instituída, sempre em busca de se concretizar os fundamentos e objetivos da República.

Assim, em face dessas premissas, o texto constitucional, a despeito de ser sempre o mesmo, a norma que é dele extraída jamais o será, pois a interpretação/aplicação não deve ser realizada de maneira descontextualizada.

De fato, não há mutação constitucional no sentido de que há uma mudança da própria Constituição, visto que ela tem um caráter dinâmico, não se confundindo com o próprio texto, mas dele nascendo a cada momento em que se realiza sua interpretação/aplicação.

O que se tem como mutação constitucional é a interpretação que cria uma norma diferente da que outrora surgiu. Essa interpretação, além de seguir os limites hermenêuticos, também sofre a incidência da restrição da irretroatividade e da não surpresa, em face da segurança jurídica que os jurisdicionados esperam legitimamente.

Em razão da rigidez constitucional, essa interpretação deve ter caráter definitivo, o que apenas se tem com a criação da norma pelo Supremo Tribunal Federal.

Em vista de sua função constitucional, toda a norma que for criada não poderá ser inconstitucional. Não há, no sistema pátrio, órgão ou pessoa legitimada para tanto para classificá-la como tal, o que, entretanto, não blinda tais decisões em relação às críticas doutrinárias.

O Poder Legislativo, movido pelo descontentamento com a norma criada, ao alterar o texto da constituição, por meio de emenda constitucional, jamais terá o condão de tornar aquele produto da interpretação em inconstitucional. Terá realizado apenas a alteração do texto da constituição, pois seus atos sempre são prescritivos, e nunca declaratórios. Nessa seara, a jurisdição constitucional terá novo suporte textual para realizar a criação de uma nova norma.

54 MORAIS, 2012

Referências Bibliográficas

ADEODATO, João Mauricio. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, mar./abr. 2006

BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Jurídico das Emendas à Constituição**. São Paulo, 1999, 388 p. Tese de Doutorado, PUC

CANOTILHO, J. J. Gomes **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Portugal: Almedia, 2000

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FUX, Luiz *in* Embargos de Declaração no Habeas Corpus 101.132, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, STF, j. 24.04.2012, DJE 21.05.2012

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 4ª ed, 2006.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Editorial Ariel, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAIS, Dalton Santos. **Democracia e direitos fundamentais: propostas para uma jurisdição democrática**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/democracia-e-direitos-fundamentais-propostas-para-uma-jurisdicao-constitucional-democratica>>. Acesso em 14 de junho de 2013.

SARMENTO, Daniel. *Direito Adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Instituto Brasileiro de Direito Público**. n. 12, dez./jan./fev. 2008. <<http://www.direitodoestado.com.br> >

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular** (*estudos sobre a Constituição*). São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

VIEIRA, Thiago Gontijo. **Revisão informal: análise crítica da mutação constitucional pela via jurisdicional**. Projeto premiado no 6º Congresso de Iniciação Científica do Distrito Federal e XV Congresso de Iniciação Científica da UnB. Brasília, 2009. Original datilografado em curso de publicação (gentileza do autor)

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br

Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.