

Instituto Brasiliense de Direito Público
Mestrado Acadêmico em Direito

Denise Soares Vargas

Mutação Constitucional Via Decisões Aditivas.
Limites e Legitimidade

Brasília
2012

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

DENISE SOARES VARGAS

IDP - BIBLIOTECA

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL VIA DECISÕES ADITIVAS.
LIMITES E LEGITIMIDADE

D
341.24
V 297m

BRASÍLIA

2012

IDP - BIBLIOTECA	
Ti	
De	
Aqui	
Forma de Aquisição:	

IDP - BIBLIOTECA	
Ti	014166
De	
Aqui	27/08/12
Forma de Aquisição:	

DENISE SOARES VARGAS

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL VIA DECISÕES ADITIVAS.
LIMITES E LEGITIMIDADE**

Dissertação submetida ao Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Professor Doutor Ney de Barros Bello Filho.

BRASÍLIA/DF 2012

CATALOGAÇÃO DA PUBLICAÇÃO.

Soares Vargas, Denise

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL VIA DECISÕES ADITIVAS.

LIMITES E LEGITIMIDADE. / Denise Soares Vargas. --

2012.

102 f.

Orientador: Ney DE BARROS BELO FILHO .

Dissertação (Mestrado) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Programa de Mestrado em Direito, Brasília, BR-DF, 2012.

1. DIREITO CONSTITUCIONAL. 2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. 3. HERMENÊUTICA. 4. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL. 5. SENTENÇAS ADITIVAS. I. DE BARROS BELO FILHO , Ney, orient. II. Título

DENISE SOARES VARGAS

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL VIA DECISÕES ADITIVAS.
LIMITES E LEGITIMIDADE**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público, na área de Direito Constitucional.

Data de defesa: 24 de abril de 2012.

Resultado: Aprovada, à unanimidade, com indicação de publicação.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Professor Doutor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoi – UCB.

Membro: Professor Doutor Ney de Barros Bello Filho – IDP.

Membro: Professor Doutor Luiz Moreira Gomes Júnior – IDP.

Coordenador do curso: Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco.

Dedico este trabalho a todos aqueles que contribuíram ou contribuem para o meu permanente aperfeiçoamento profissional, em especial aos meus pais, amigos, mestres e alunos.

Agradecimento

Aos Professores do IDP, em especial, Paulo Gustavo Gonet Branco, Inocência Mártires Coelho, Ivo Gico, Júlia Ximenes e Mônica Sifuentes.

“O povo criador do Direito não foi um escravo da lei, como mandamento do Estado, mas antes um criador de fórmulas ordenadas no bojo da sociedade civil mesma, à medida que os fatos iam ditando e a necessidade ia exigido soluções normativas”.

Miguel Reale

A aprovação da presente dissertação não implica o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do Instituto Brasiliense de Direito Público à ideologia nela exposta.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a mudança da constituição sem que se empreenda uma revisão formal em seu texto. Trata-se da mutação constitucional. Tendo em conta o papel atribuído ao Poder Judiciário de ser o intérprete da Constituição, será objeto de análise a mutação constitucional por ele empreendida no processo de concretização da norma. O escopo é constatar a ocorrência da mutação por intermédio do uso de decisões manipulativas no âmbito da jurisdição constitucional, e, em especial, pelas sentenças aditivas. Para assegurar a força normativa da Constituição, dentro de um arranjo institucional, no jogo democrático, buscar-se-á fixação de limites dessa atuação judicial para se assegurar o sentimento constitucional e a legitimidade de sua atuação no atual Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave:

Direito Constitucional; mutação constitucional; interpretação e concretização da norma; decisões manipulativas; legitimidade; limites.

ABSTRACT

This work analyzes the changes in the Constitution, but without undertaking a formal review of its text. This is the phenomenon of the informal change of the Constitution. Bearing in mind the role attributed to the Judicial Power, as the interpreter of the Constitution, the object of analysis will be the constitutional mutation undertaken by it through the use of manipulative decisions in the scope of constitutional jurisdiction, and in particular, by the additive sentences. To guarantee the regulatory force of the Constitution, within an institutional arrangement, in the democratic game, there is a need to establish the limits of this legal action, in order to ensure the constitutional meaning and the legitimacy of its action in the present Democratic State of Law.

Keywords:

Constitutional law; informal change of the Constitution; judicial interpretation; additive sentences; legitimacy; limits.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 O FORMALISMO E A RIGIDEZ CONSTITUCIONAL	14
1.1 Introdução	14
1.2 Constituição formal e constituição material	14
2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	25
2.1 Conceito de mutação constitucional.....	25
2.2 Terminologia	28
2.3 Mutação constitucional como uma espécie de mutação normativa	29
2.4 A visão de mutação constitucional em Paul Laband, George Jellinek e Herman Heller..	33
2.5 A mutação constitucional na visão da doutrina brasileira.....	37
3 A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO FATOR DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	40
3.1 A interpretação como concretização da norma	40
3.2 Erro e mutação constitucional.....	51
3.3 Mutação constitucional, interpretação evolutiva e interpretação construtiva	58
3.4 O problema da mutação constitucional e os limites da jurisdição constitucional	60
3.5 Concepção clássica de separação dos poderes	71
3.6 Mutação constitucional da separação dos poderes na CF de 1988.....	79
4 AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS COMO VEÍCULO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	81
4.1 Introdução	81
4.2 As sentenças manipulativas ou intermédias no direito português.....	83
4.3 O uso de sentença aditiva no Supremo Tribunal Federal como veículo de mutação constitucional.....	89
4.4 A legitimidade da mutação constitucional no âmbito da jurisdição constitucional.....	92
CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	97

INTRODUÇÃO

Na atualidade, no Brasil, inclusive à luz da análise de doutrinadores estrangeiros, se discute o papel reservado ao Poder Judiciário na interpretação e aplicação da Constituição¹.

A ele tem sido atribuída a etiqueta de um órgão protagonista e ativista, o que demanda o estudo da legitimidade e limitação dos poderes judiciais na concretização da constituição.

O intento da presente pesquisa é investigar a modificação da Constituição por “processos informais”, mormente, por via de interpretação judicial, não obstante a rigidez constitucional que, ordinariamente, exige um procedimento formal e complexo para a sua alteração.

Trata-se da mudança informal denominada de mutação constitucional que originariamente foi objeto de estudo da doutrina alemã.

Para compreensão do tema, optou-se por delimitar o trabalho usando-se da doutrina germânica em cotejo com três obras brasileiras² sobre o assunto, e a aplicação do fenômeno em tela na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, a presente dissertação investigará a mutação constitucional, via interpretação judicial, questionando os seus limites e a sua legitimidade.

Será analisada a ocorrência da mutação constitucional via sentenças manipulativas. Para isso, além do manejo do referencial doutrinário português e italiano acerca dessas decisões, serão empreendidas incursões na Teoria da Norma Jurídica de Friedrich Müller, para quem a norma jurídica não decorre do texto legal ou da disposição normativa, mas do ato de concretização, que ultrapassa a interpretação jurídica, mas que é realizada

¹Canotilho, em entrevista concedida ao Conjur, alertou que o Judiciário brasileiro tem adotado um papel protagonista na interpretação e aplicação da Constituição, papel esse que não lhe é deferido no quadro da separação dos poderes. Disponível em: www.conjur.com.br/2011-out-23/entrevista-gomes-canotilho-constitucionalista-portugues. Acesso em: 21 dez. 2011.

²Mutação Constitucional de Uadi Lammêgo Bulos; Processos Informais de Mudança da Constituição de Anna Cândida da Cunha Ferraz e Mutação Constitucional – A Constituição viva de 1988 de Nadja Machado Botelho.

pelos operadores do direito, inclusive pelo Poder Judiciário que concorre para a criação da norma no seu ato de concretização.

Partir-se-á da adoção de um método racionalista que enxerga a Constituição como um sistema jurídico aberto à coordenação entre o real e fático, em que a norma jurídica não é outra senão a norma interpretada e concretizada, dentro de um programa normativo, em que o processo de interpretação-concretização das normas constitucionais está aberto à facticidade condicionada e condicionante limitada.

Pode parecer, a princípio, que o tema não é dotado de qualquer novidade. Todavia, é muito recorrente, mesmo nas cátedras, haver uma certa ojeriza à competência concretizadora do Poder Judiciário para empreender a compatibilização do ser e do dever-ser, mediante mutação constitucional. A presente pesquisa visa a empreender a localização da temática à luz de uma ideia de que a mutação pode ocorrer por sentenças manipulativas de forma legítima mesmo diante da atual moldura do *check and balances* e do Estado Democrático de Direito.

No primeiro capítulo, analisar-se-á a visão clássica de Constituição como um documento formal e rígido em contraposição às constituições materiais e dúcteis.

O segundo capítulo será reservado para a questão das mudanças informais da Constituição, mediante a mutação constitucional, usando-se da doutrina nacional e alemã, abordando o seu conceito, terminologia e aceitação na doutrina brasileira.

O terceiro capítulo será reservado para a sustentação de que a interpretação judicial é um veículo de mutação constitucional. Para tanto, far-se-á um estudo sobre a estrutura da norma à luz da doutrina de Friedrich Müller, sustentando, parcialmente, a sua visão para defender a ideia de que a Constituição é uma norma que não preexistente no texto emanado do Poder Constituinte, mas é a norma jurídica concretizada dentro de um programa normativo. A interpretação será vista como um fator limitado e necessário para a norma concretizada. Nesse ponto, também serão abordadas as concepções acerca da atividade criativa do judiciário, no processo hermenêutico, à luz da

leitura de separação de poderes, distinguindo-se erro de interpretação, mutação, interpretação evolutiva e interpretação construtiva.

No quarto capítulo, recorrer-se-á à ideia de que as sentenças manipulativas dos direitos português e italiano já se encontram em aplicação no Supremo Tribunal Federal brasileiro e são um veículo de mutação constitucional legítima, desde que estejam dentro do programa normativo e do âmbito da norma.

A presente pesquisa fundamenta-se na doutrina alemã acerca da mutação constitucional, com base nas obras de Paul Laband, Georg Jellinek, Herman Heller e Konrad Hesse, sem olvidar a ocorrência da mutação em outros ordenamentos jurídicos onde também suscitam questionamentos doutrinários valorosos, a exemplo dos Estados Unidos da América.

No que tange às decisões manipulativas, serão utilizadas como marco teórico as doutrinas italiana e portuguesa.

Com isso, tentar-se-á sustentar, à guisa da conclusão, que a mutação constitucional, por interpretação judicial, ocorre por meio das sentenças manipulativas, dentro de um esquema legítimo da atual roupagem do princípio da separação dos poderes, se obedecidos alguns limites.

Metodologicamente, fez-se o uso de referencial bibliográfico e de precedentes do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

1 O FORMALISMO E A RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

1.1 Introdução

O ordenamento jurídico tem em seu fundamento a *norma normarum*, a lei das leis, a Constituição que confere validade a todas as outras leis³.

Não obstante a relevância de se entender o conteúdo e o conceito de constituição, o fato é que esse desiderato talvez incorra em uma tarefa hercúlea, pois não há consenso nem opinião dominante sobre o objeto ou conteúdo da Constituição, o que nos permite afirmar que qualquer conceito que se dê sobre essa lei fundamental é apenas uma visão parcial⁴.

Há, todavia conceitos de constituição que, embora não contem com o apoio majoritário dos publicistas, é recorrente nos estudos constitucionais e pressupostos para o desenvolvimento da presente pesquisa. Dois deles se referem à constituição formal e material, que muitos tratam como classificação quanto ao aspecto substantivo ou formal.

1.2 Constituição formal e constituição material

Um dos fundamentos para a existência de uma ordem jurídica firmada em textos legais é o da segurança. A ideia de uma norma jurídica resultante de um documento legal acarreta a pretensa segurança e a precisão contidas nas amarras das palavras⁵.

³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 221.

⁴ Nesse sentido, o Professor Inocêncio Mártires Coelho, inspirado nas lições de Konrad Hesse, alerta que: "em termos de conceito e peculiaridade da Constituição a teoria do direito constitucional ainda está engatinhando, sem ter chegado sequer a uma opinião dominante". MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49.

⁵ Para Garcia Pelayo, o direito escrito "oferece a maior soma de garantias e racionalidade frente a irracionalidade do costume, permite a adoção de uma ordem objetiva e permanente em face da mobilidade e transitoriedade de situações objetivas e proporciona, justamente por ser direito

A precisão e segurança na compreensão do real significado e alcance da norma são preocupações da legislação positivada⁶. Por tal razão o legislador, com sua atividade legiferante, já fora alçado à categoria de o senhor entre os Poderes clássicos do Estado, pois a ele, no quadro da separação dos poderes, fora atribuída a tarefa consistente na elaboração de atos genéricos, abstratos capazes de criar, modificar ou extinguir molduras para as relações jurídicas consentidas pelo povo⁷.

Assim, a opção de positivação de leis oriundas do trabalho legislativo tem, como alguns de seus escopos, a segurança jurídica e a legitimidade democrática, já que a lei escrita é, ordinariamente, fruto de representantes do povo.

A quase totalidade dos Estados contemporâneos, seguindo essa fundamentação, adota o modelo de constituição do tipo escrita como produto legislativo⁸ até porque as constituições costumeiras “coincidem historicamente, em larga parte, com a presença de regimes absolutistas”.⁹ Assim, o documento fundante do Estado surge como produto escrito do poder constituinte.

Hodiernamente, é afirmação comum que uma Constituição é o marco zero da ordem jurídica estatal. Como documento fundante e inaugural de um Estado, deve servir como base de todo o seu ordenamento jurídico interno.

escrito, segurança aos governados contra a arbitrariedade dos governantes. *Apud*, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.87.

⁶Em geral, a crença na superioridade da lei escrita está fundamentada na ideia de superioridade da lei escrita sobre o costume; a imagem de que a constituição simbolicamente renova o contrato social, com suas solenidades e o sentimento de que não há melhor instrumento de educação política do que o texto, conforme doutrina de Esmein e Pelayo citado por Bascuñan e Bonavides. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.86.

⁷Para Kant, o Estado representa um pacto no qual os direitos individuais são tutelados por todo o povo que é o titular da soberania. A lei é originária da vontade geral manifestada por representantes populares reunidos no parlamento. Assim, o parlamento, que representa o povo, tem competência legiferante soberana. É a lei manifestação soberana do parlamento, que representa a soberania popular. Nesse sentido: REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 228-229.

⁸ Segundo notícia Bonavides, até os fins do século XVIII preponderavam as Constituições costumeiras, sendo raras as leis constitucionais escritas. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 84.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.84.

Toda atividade legiferante deve buscar a compatibilização de suas normas com a norma suprema¹⁰. Assim, em face da proeminência da Constituição e de sua função de base ou fundamento da ordem jurídica, ela deve ser dotada de uma certa estabilidade, pois a sua modificação aleatória, diuturna e sem sistematização, geraria instabilidade político-jurídica e abalaria o sentimento constitucional¹¹.

Eis, por conseguinte, os motivos que fizeram surgir a ideia de rigidez constitucional, em que se exige um procedimento dotado de certa complexidade para que se proceda reformas no texto da Carta Política, visando alcançar essa estabilidade, protegendo assuntos mais fundamentais dos inconstantes e circunstanciais desígnios legislativos.

Portanto, após a elaboração da Constituição rígida, dotada de supremacia formal, como produto de um poder constituinte originário, sua modificação demanda um procedimento formal e complexo fruto de outro poder constituinte denominado de derivado reformador, dotado de limitações expressas e implícitas¹².

Destarte, modificar a constituição é tarefa que deve estar adstrita à limites para se assegurar valores de segurança jurídica e certeza, bem como para prestigiar a sua supremacia em face das demais leis¹³.

No caso brasileiro, a rigidez é retirada das disposições contidas no art. 60 da Constituição Federal que estabelece um rol limitado de legitimados ativos à oferta de proposta de emendas constitucionais, bem como um procedimento que exige quórum qualificado para a aprovação dessas propostas, num sistema de deliberação bicameral simétrico.

A origem da ideia de rigidez e supremacia constitucional, embora possa encontrar raízes remotas na distinção entre *nómoi* e *psefísmata*,

¹⁰ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 221-225.

¹¹ Loewenstein, Karl. *Teoria da Constituição*. 2ª ed., Barcelona: Ariel, 1979, p. 208.

¹² "Normalmente os juristas da Constituição escrita, abraçados ao formalismo do texto – que é toda a lei, mas não é todo o direito –, conhecem nela apenas um daqueles poderes constituintes, a saber, o poder explícito de reforma constitucional, também conhecido sob a denominação já referida de poder constituinte derivado ou poder constituinte constituído". BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 186.

¹³ PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição Viva. Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 129.

do Direito ateniense¹⁴, é, de forma mais sistematizada, fruto do liberalismo, com a luta pela limitação do poder e pela criação teórica de poderes constituintes e constituídos.

A política não é senão a luta pelo poder¹⁵ e a história do Direito pode ser lida como o lento, difícil e controvertido trabalho de limitação do poder, por uma progressiva substituição do governo dos homens pelo governo das leis – que é o governo da razão, como escrevia Aristóteles¹⁶.

Dois dos maiores capítulos da História na limitação do poder, e que fundamentaram a ideia de formalismo constitucional, ocorreram com a criação do Estado norte-americano, mediante a criação da Constituição dos Estados Unidos, em 1787, e com a implantação do Estado Moderno, pós Revolução francesa, com a ideia de poderes constituinte e constituído que culminou com a Constituição da França de 1791.

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

Eis, portanto, a natureza do Direito moderno e do Estado de Direito que exigem técnicas de limitação do poder: princípio da legalidade, separação de poderes e submissão à lei, principalmente à lei fundamental rígida¹⁷.

Infere-se, que o Estado da modernidade é o Estado constitucional em que o poder não é o de pessoas, mas de leis. Dessa forma, não são as personalidades que governam, mas o ordenamento social e político

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 49.

¹⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1979, p. 23.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Jueces y Política. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, v. VII, n. 4, p. 63-79, janeiro de 1999. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/1333>. Acesso em: 12 set. 2011.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Jueces y Política. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, v. VII, n. 4, p. 63-79, janeiro de 1999. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/1333>. Acesso em: 12 set. 2011.

legal cuja energia está contida, primacialmente, no texto das leis e das Constituições¹⁸.

Esse Estado constitucional, surgido após as Revoluções de Independência Americana e Francesa, fundamentou-se em obras de contratualistas, a exemplo de Locke, Montesquieu, Rousseau e Sièyes e uma das ideias nucleares desse momento é a de *Separação dos Poderes* com vistas a evitar a concentração de funções em uma única unidade orgânica do Estado, que fora formulado no art. 16 da Declaração dos Direitos Humanos de 1789: “Toda sociedade, em que não se assegura a garantia dos direitos nem se determina a separação de Poderes, não tem Constituição”.

Foi após essas revoluções, que culminaram com a queda do absolutismo, por conseguinte, que se consolidou a ideia de que o curandeiro das mazelas sociais é o Legislador. A ele é atribuída a tarefa de curar todos os conflitos de interesses entre os membros de uma dada organização social mediante a tipificação normativa desses conflitos, e suas respectivas soluções, desde a edição de leis mais simples até a edição de uma Lei fundamental dotada de supremacia formal sobre as demais, bem como suas reformas respectivas.

Trata-se de uma atribuição decorrente da teoria classificada de separação dos poderes em que ao legislador fora atribuída a tarefa legiferante¹⁹.

É a ele, portanto, que se atribui a tarefa de ordenar politicamente a sociedade, instituindo uma Constituição, como norma fundamental plasmada no vértice do ordenamento jurídico para limitar e instituir o poder, servindo como fundamento de validade para as demais leis.

Essa visão traduz uma ideia de constituição formal do Estado, oriunda do positivismo jurídico-estatal que encontrou seu ápice com um de seus maiores cultores – Hans Kelsen.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37.

¹⁹ “Por encima del legislador se eleva aúnel poder superior de las leyes fundamentales, que son los pilares firmes en que se basa toda la estructura del Estado”. JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Traducción de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 5.

As revoluções americana e francesa universalizaram, portanto, a concepção de constituição escrita em que a realidade do Estado está plasmada em um documento supremo composto por regras ou normas jurídicas.

A Constituição surge, após esses momentos de ruptura, como uma lei de organização do poder político e de sua limitação mediante discriminação formal de direitos e garantias individuais. Essas são ideias apregoadas pelo positivismo jurídico-estatal.

Portanto, o positivismo assentou, primeiramente, a ideia de constituição escrita, formal, rígida com conteúdo nominal e caráter mais hermético que aberto em face da realidade que ela visa regular²⁰. Trata-se de um visão que confere uma supremacia ao legislador para dispor sobre o direito, na crença de que a realidade social e política pode estar completamente regulada pelas normas jurídicas, ou seja, na sensação de que o direito escrito é dotado de completude²¹.

Atrela-se, nessa visão formalista a ideia de constituição dotada de rigidez e, por consequência, de supremacia.

Levando em conta a mecânica do procedimento de reforma empregada na Constituição, segundo *Lord Bryce*, as Constituições podem ser rígidas e flexíveis²². Estas não exigem qualquer requisito especial para sua modificação, podendo ser reformadas, portanto, pelo processo legislativo de elaboração ou reforma de uma lei ordinária. As rígidas, ao seu turno, são aquelas que demandam um procedimento legislativo formal, solene e mais complexo para a sua reforma que o aplicado nas demais leis.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 172.

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 171.

²² *Apud*, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 83.

A rigidez tem por escopo atribuir uma certa estabilidade ao estatuto constitucional do Estado, havendo quem relacione a flexibilidade ou rigidez, respectivamente, com as constituições escritas e não escritas²³.

Nos Estados onde a rigidez constitucional se faz presente, da Constituição derivam regras, solenidades e limites para a modificação de seu texto, mediante um procedimento formal denominado de reforma constitucional.

A tentativa de limitação às reformas constitucionais, além de visar assegurar a estabilidade, reforçam ou valorizam o que Loewenstein denominada de “sentimento constitucional”, pois:

Toda constitución debe, por lo menos, tener para su Pueblo una validez superior a del producto diário de sus ruedas legislativas [...] Reformas constitucionales emprendidas por razones oportunistas para facilitar la gestión política desvalorizanel sentimiento constitucional²⁴.

Mesmo com a predominância das constituições formais e rígidas, pululam críticas a esse modelo escrito de constituição. Há quem afirme que não se pode escrever a Constituição, pois a Constituição é existência e natureza e não se pode escrever nem a existência nem a natureza²⁵.

Ademais, mesmo nos países que adotam a constituição escrita, formal, rígida, vê-se a formação de normas constitucionais externas que não estão consolidadas no texto positivado.

Friedrich, analisando a Constituição norte-americana constata que as principais normas referentes à organização política dos Estados Unidos não estão plasmadas no texto da Constituição ou de qualquer de suas

²³ Segundo Bonavides, é erro afirmar que toda constituição costumeira (não escrita) é flexível e toda constituição escrita é rígida. A Constituição francesa precedente a 1789, basicamente consuetudinária, continha costumes rígidos, a exemplo do caso de anulação de testamento de Luis XIV feito pelo rei e, posteriormente, cassado pelo Parlamento parisiense, mostrando, assim, que o costume é dotado de rigidez e superioridade. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 83.

²⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1965, p. 199-200.

²⁵ HERAS, Jorge Xifras. *Curso de Derecho Constitucional*. T. I 2ª ed. Barcelona: Casa Editorial, 1959, pp. 78-79.

emendas, não obstante ela seja classificada como Constituição escrita e rígida.²⁶

Não obstante a adoção de constituições formais e rígidas, pela maioria qualificada dos Estados, o fato é que a realidade política demonstra que a constituição sofre mudanças que não ocorrem apenas pelo processo formal e mais complexo de reforma.

É na trilha dessa ideia que Bonavides afirma que

*onde menos se conhece a Constituição é provavelmente no seu texto, não sendo, portanto, de se desprezar jamais a parte submersa e invisível das Constituições, aquela que transcorre com toda a força e energia na ambiência sensível da vida*²⁷.

Destarte, é verificável, na realidade política de vários Estados a ocorrência de uma modificação de significados quanto ao texto constitucional rígido sem que lhe tenha sido empreendida qualquer reforma legislativa.

Nesses casos, verifica-se uma modificação constitucional oriunda de processos informais que não foram contemplados pela Constituição, demonstrando, portanto, que a reforma constitucional não é o único meio de se proceder à modificações no texto constitucional. Loewenstein, atento a esses processos informais, vaticinara que:

La constitución contenida em um documento se adapta a las transformaciones no sólo a través de una emmienda constitucional formal, sino también por el uso constitucional, las reglas

²⁶ "Algumas das principais normas constitucionais dos Estados Unidos, que definem as peculiaridades de sua organização política, não estão escritas na Constituição de 1787 nem nas emendas aprovadas posteriormente – por exemplo, a doutrina da revisão judicial, que permite aos tribunais decidir da constitucionalidade dos atos realizados pelos outros poderes – assim como os distintos aspectos do funcionamento dos partidos políticos. E também as normas escritas têm que ser sumamente flexíveis, porque é impossível regulamentar com absoluta precisão das eventualidades do futuro". Friedrich, Carl. J. *La Nueva Constitución de Puerto Rico, Introducción*. Porto Rico: Ediciones de La Universidad de Puerto Rico, 1954, pp. 44-45.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 85.

*convencionales y La interpretación a través de las instancias gubernamentales, el parlamento y los tribunales*²⁸.

O grande exemplo de que a mudança da Constituição não se limita à reforma constitucional, é o dos Estados Unidos da América, onde, apesar do procedimento solene de mudança²⁹, a Constituição originária se modificou mediante mutação constitucional e interpretação da Suprema Corte.

Portanto, é verificável que a existência de uma constituição formal e rígida não impede sua evolução ou modificação por processos não formais bem distintos do procedimento de reforma por ela contemplado. Com isso, percebe-se que: “De uma vez por todas, a ideia de uma Constituição soberba, juridicamente inaugural e autossuficiente, não encontra respaldo na experiência histórica³⁰”.

As práticas legislativas, os costumes e a jurisprudência têm sido fontes de mudança informal no texto da Carta Política, o que nos permite afirmar que a Constituição não pode ser vislumbrada apenas sob o ponto de vista formal, como se ela se restringisse a um direito fundamental de um documento solenemente estabelecido.

Nas palavras de Canotilho, o direito constitucional é um direito vivo, é um direito em ação e não apenas um direito nos livros³¹. Portanto, reduzir à constituição a uma ideia de documento escrito é reduzir o âmbito existencial da Constituição viva, da constituição material.

Destarte, é verificável a existência de uma constituição formal de uma banda e material de outra.

²⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1965, p. 208.

²⁹ A iniciativa da proposta de emenda à Constituição norte-americana pertence a 2/3 dos integrantes do Congresso ou dos órgãos legislativos dos diversos Estados, manifestando-se por pedido de 2/3 desses órgãos, desde que ratificadas, em ambos os casos, por 3/4. ALVAREZ, Anselmo Prieto; NOVAES FILHO, Wladimir. *A Constituição dos Estados Unidos Anotada*. São Paulo: LTR, 2001, p. 63.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

³¹ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.139.

A constituição em sentido material compreende o conjunto das normas que regulam a estrutura do Estado e da sociedade nos seus aspectos fundamentais, independentemente das fontes formais de onde provêm. O conceito aponta essencialmente para a questão de saber se existe direito constitucional material "fora" da constituição ou "direito constitucional material" produzido por fontes não constitucionais³².

A ideia de constituição material revela possibilidades outras de desenvolvimento, modificação e interpretação do real significado de Constituição.

Para Cristina Queiroz, nesse sentido,

o conceito material de constituição serve para revelar os diferentes processos de complementação, desenvolvimento e aperfeiçoamento da constituição e do direito constitucional no seu conjunto, e, designadamente, os procedimentos de interpretação, densificação e concretização de normas e princípios constitucionais³³.

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

Quando pensamos na constituição formal, pensamos, igualmente, no seu processo rígido e formal de constituição, ao passo que a Constituição material atrela-se à ideia de uma modificação flexível e informal

Com efeito, o Estado Constitucional evoluiu, como um organismo vivo, que se adapta às novas realidades, exigindo-se, portanto, uma releitura. Não obstante a adoção de uma Constituição rígida e formal, a prática política contempla variadas formas de modificação da Constituição que não restam adstritas à atuação do Legislador.

³² QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional*. As instituições do Estado Democrático e Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 123.

³³ QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional*. As instituições do Estado Democrático e Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 125.

A essas práticas informais são reservadas variadas denominações, dentre elas a mais difundida no meio acadêmico brasileiro: mutação constitucional.

O fenômeno de mudança informal da constituição, independentemente do procedimento legislativo complexo contemplado em seu texto para que lhe seja empreendida uma reforma, é denominado pela maior parte da doutrina como mutação constitucional.

Esses processos de mudança constitucional, à margem da elaboração das emendas constitucionais, é fruto de estudo da doutrina alemã e é, outrossim, encontrado na análise de casos já julgados pelo Supremo Tribunal Federal pátrio, comumente denominado de mutação constitucional.

A mutação constitucional pode ser estudada seguindo-se três modelos distintos: o direito norte-americano, o do direito europeu e do direito brasileiro³⁴. Dado o caráter amplíssimo da empreitada de se analisar o fenômeno seguindo-se esse marco dos três modelos, opta-se, na presente pesquisa, por realizar um estudo do fenômeno embasando-se na doutrina tradicional alemã, sem se olvidar das quatro poucas obras nacionais sobre o tema.

³⁴ VECCHI, Cristiano Brandão. *A mutação constitucional. Uma abordagem alemã*. Dissertação de mestrado da PUC – RJ. 2005, p. 12.

2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 Conceito de mutação constitucional

O Direito, como instrumento de ordenação dos conflitos sociais e da política do Estado, para ser seguro exige uma relativa estabilidade, uma relativa linearidade, certa rigidez.

No entanto, uma das funções do ordenamento jurídico é ordenar a realidade social eternamente cambiante. Assim, surge uma tensão entre realidade social, extremamente dinâmica, com o Direito dotado de caráter estático plasmado na roupagem formal dos estatutos legais criados pelo legislador.

O caráter estático do Direito é realçado no estatuto fundamental do Estado, tendo em vista a adoção pelos países de constituições dotadas de rigidez. A reforma da Constituição, assim, nos Estados em que essa lei magna é dotada de rigidez, dar-se por uma modificação formal, voluntária e intencional, empreendida em seu texto.

A estabilidade do direito tenciona-se, portanto, com a realidade social que lhe serve como base para a imputação jurídica de fatos e valores. Uma das formas do Direito acompanhar, em velocidade relativamente lenta, o descompasso entre o ser e o dever-ser ocorre mediante processos revisionais na legislação, a exemplo das reformas empreendidas pelo Legislativo na Lei Constitucional do Estado, mediante a elaboração de emendas.

Em um Estado pluralista como o Brasil, o jogo e as tensões políticas, que estão em constante processo de balanço com marchas e contramarchas, podem dificultar ainda mais a elaboração de reformas prementes, a exemplo das reforma político-eleitoral e das reformas previdenciária e tributária.

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

Destarte, as constituições mostraram-se, na prática, assim como quaisquer leis, um organismo vivo, pois sem qualquer alteração no texto, elas vão se modificando, assumindo significados novos, de forma tal que é difícil conhecer de modo adequado a estrutura fundamental de um Estado, as relações de governo, o funcionamento de órgãos constitucionais, pela simples leitura da Lei Maior, como acontece em boa medida nos Estados Unidos³⁵.

Essas modificações informais ocorrem quando surgem mudanças nas circunstâncias sociopolíticas, impondo-lhe um significado diferente do até então atribuído.

Esses processos informais de mudança da Constituição em que se mudam o sentido, o significado, o alcance do texto, sem empreender-lhe qualquer reforma, acarreta uma mudança material denominada de mutação constitucional. Trata-se de uma mudança obliqua ou oculta, à margem do poder reformador.

Na mutação constitucional, há uma modificação informal que deixa intacto o texto, produzida por fatos que não têm de ir acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mutação³⁶

O fenômeno não é novo e fora notado nos Estados Unidos, que no art. 5º da sua Constituição fixou um procedimento formal para a sua mudança, exigindo que as propostas de emendas fossem subscritas por 2/3 do Congresso ou dos órgãos legislativos dos Estados, devendo, após a aprovação, ser submetida à ratificação por, no mínimo, 3/4 dos entes

³⁵ Grande parte da estrutura política norte-americana não está expressamente contemplada no texto constitucional rígido.

³⁶ JELLINEK, Georges. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Traducción de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1001. 15-35.

federativos. Não obstante esse processo formal exigido para a reforma da lei fundamental norte-americana, ao longo dos anos, a Suprema Corte dos Estados Unidos empreendeu uma modificação do sentido de alguns dispositivos constitucionais sem que houvesse reforma em seu texto³⁷.

Portanto, mesmo nos países de constituição rígida como os Estados Unidos, o texto pode restar intacto, modificando-se, no entanto, o sentido que lhe fora originariamente atribuído.

A interpretação judicial empreendida na Constituição foi um verdadeiro fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais.

Essas mudanças informais se justificam, pois o direito é feito para regular fatos subjacentes a uma realidade social cambiante que não pode esperar por procedimentos morosos e demasiadamente formais para ter plena aplicabilidade, ainda mais nas sociedades complexas, globalizadas e plurais da atualidade.

Afinal, o direito é, antes de mais nada, fato social, realidade psicológica e social em perene transformação, de modo que as normas não subsistem, nem são possíveis, sem a realidade de que resultam como conclusões necessárias que se impõem a todos, tanto aos governantes como aos governados .

³⁷ “No direito norte-americano, o fenômeno da mudança não formal do texto constitucional é, a um só tempo, potencializado e diluído em razão de duas circunstâncias. A primeira está associada ao caráter sintético da Constituição, na qual estão presentes normas de textura aberta, como federalismo, devido processo legal, igualdade sob a lei, direitos não enumerados, poderes reservados. A segunda diz respeito ao próprio papel mais discricionário e criativo desempenhado por juízes e tribunais em países nos quais vigora o sistema do *common law*. Em consequência dessas peculiaridades, foram desenvolvidas jurisprudencialmente inúmeras teses que não tinham previsão expressa, como a teoria dos poderes implícitos, a imunidade tributária recíproca entre os entes da Federação, a doutrina das questões políticas, o direito de privacidade, dentre outras. Não obstante isso, a experiência americana tem casos marcantes de inequívoca mutação constitucional. Dois deles são referidos a seguir. A jurisprudência formada a partir do *New Deal* rompeu frontalmente com o entendimento constitucional vigente ao longo da denominada era Lochner, passando a admitir como constitucionalmente válida a legislação trabalhista e social proposta por Rossevelt e aprovado pelo Congresso. Até então se havia entendido que tais leis violavam a Constituição. Um segundo exemplo: a decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Brown v. Board of Education*, julgado em 1954, que impôs a integração racial nas escolas públicas. Até então, prevalecia o entendimento constitucional, firmado em *Plessy v. Ferguson*, julgado em 1896, que legitimava a doutrina do “iguais mas separados” no tratamento entre brancos e negros. Nessas duas hipóteses, a Constituição material mudou substancialmente, sem que houvesse alteração de seu texto”. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124-125.

A mutação constitucional “altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito³⁸”.

Portanto, as transformações informais e espontâneas operadas no sentido, no significado e no alcance da Constituição, sem qualquer modificação formal, são denominadas de mutação constitucional.

Bonavides, ao se referir a esse fenômeno, talvez inspirado em Burdeau, se refere a essa mudança informal como uma espécie de segundo poder constituinte originário oriundo da realidade social. Seria a transformação e o rejuvenescimento constitucional pela facticidade, pelo meio social³⁹.

Seria, portanto, na visão do referido autor, um poder constituinte à margem do quadro normativo formal, pertencente às categorias sociais, como expressão da realidade, configurando-se como um poder constituinte originário em potencial⁴⁰.

Essa doutrina defende a existência de um poder constituinte anônimo, silencioso, difuso capaz de modificar o sentido da Constituição em razão da realidade social que lhe é subjacente sem que qualquer alteração formal lhe seja empreendida pelo processo de reforma plasmado em seu texto⁴¹.

2.2 Terminologia

³⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 10.

³⁹ Depois de elaborada a Constituição, a tarefa de mantê-la em conformidade com as expectativas de seus autores e destinatários se reparte entre dois novos poderes constituintes: o poder constituinte derivado, que está na Constituição mesma, é jurídico e padece de limitações; e a outra forma de poder constituinte originário, aliás o segundo desta espécie, o qual, não tendo titularidade definida, é difuso, anônimo e político. Só achará ele explicação plausível se admitirmos a força normativa da realidade e do meio social, ou seja, a facticidade que transforma as Constituições e as rejuvenesce”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 186.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 187.

⁴¹ [...] poder constituinte, anônimo, silencioso, mas sumamente eficaz. Exercita-se por múltiplas vias. Fruto às vezes da função criativa dos juizes que interpretam a Constituição formal à luz de uma “compreensão prévia”, ele nasce impregnado de realidades existenciais, como os juristas da tópica excelentemente assinalaram em profundas reflexões de filosofia do direito. Manifesta-se também difusamente, fora dos tribunais, à margem do texto constitucional, com a mesma força normativa. Prende-se nesse caso a instâncias mais recuadas, familiaríssimas à Constituições costumeiras. *Ibid*, p. 187.

A expressão mutação constitucional foi cunhada, em 1895, por Paul Laband, em sua obra, *Mutações na Constituição do Reich Alemão*,⁴² ao analisar as mudanças empreendidas na Constituição do Reich alemão de 1871, já que havia uma discrepância entre o texto constitucional e a realidade política⁴³.

Na doutrina nacional e estrangeira graça o pleno dissenso sobre os veículos de mutação constitucional, bem como a nomenclatura a ser adotada. Jorge Miranda a denomina de vicissitude constitucional tácita⁴⁴. Canotilho, de Transição Constitucional⁴⁵. Anna Cândida, de Processos informais, indiretos ou não formais. Campos, de processos oblíquos⁴⁶. Pinto Ferreira, de mudança material⁴⁷.

Não obstante a diversidade terminológica para referir-se aos processos de mudança informais da Constituição, optou-se, no presente trabalho, por usar, em regra, o termo mais consagrado na doutrina nacional: mutação constitucional.

Entretanto, é curial deixar assentado que há quem, de outra banda, além das “mutações constitucionais”, reconheça as “mutações inconstitucionais”. Neste caso, estão os “processos” que provocam mudanças contra a Constituição⁴⁸.

2.3 Mutação constitucional como uma espécie de mutação normativa

⁴² KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20.

⁴³ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción por Pablo Lucas Verdú e Christin Förster. Oñati: IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Ardularitzarem Euskal Erakundea, 1998, p. 31.

⁴⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 390-397.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1228.

⁴⁶ CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *Revista Forense*. Nº 187:18-22. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 19.

⁴⁷ CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *Revista Forense*. Nº 187:18-22. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 12.

⁴⁸ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 243.

A mutação constitucional é um procedimento que integra o gênero mutação normativa, pois após a emanção do texto normativo pelo legislador, experiências axiológicas nele são empreendidas de maneira a gerar mutações na tábua de valores ou na incidência sobre as relações sociais que lhes servem de substrato, seja esse texto o de uma lei seja ou de uma lei constitucional⁴⁹.

Essa afirmação decorre da existência de estudos dessa mutação no âmbito da Teoria do Direito empreendida por Miguel Reale, quando discorre sobre a Teoria Tridimensional Dialético-Integrante do Direito.

Diz Reale que: “a norma jurídica pode sofrer profundas alterações semânticas, não obstante a inalterabilidade formal de seu enunciado, ou a permanência intocável de sua roupagem verbal”⁵⁰.

Por essa teoria, todo modelo jurídico, sem que sofra qualquer alteração formal de seu texto, pode sofrer alterações em sua estrutura ou repertório, em virtude de mudanças operadas em qualquer das três dimensões do direito, *in verbis*:

- 1) Pela superveniência de certas normas, que, sem revogar, as já existentes, em dado campo do direito, têm como consequência a alteração do seu significado, visto que a interpretação é sempre de uma norma situada no sistema;
- 2) Pela alteração verificada na tábua dos valores da comunidade, a tal ponto que um mesmo artigo de lei, não obstante a imutabilidade de seus termos, adquire significados diversos no fluir do tempo.
- 3) Pelo advento de imprevistas condições técnicas, com mudanças no plano fático, que restringem ou alargam o âmbito de incidência do modelo normativo⁵¹.

⁴⁹ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 210.

⁵⁰ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 210.

⁵¹ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 211.

São exemplos realezanos da mutação normativa: 1) as mutações ocorridas no velho Código Civil Francês em matéria de responsabilidade extracontratual, quando os Tribunais foram aceitando as construções técnico-doutrinárias e passaram a enxergar alterações semânticas no tema, sem mudanças formais no texto legal do Código; 2) os direitos da concubina que, no Brasil, tenha vivido, *more uxório*, ao lado do companheiro, construindo com este um patrimônio comum; 3) o reconhecimento de direitos hereditários do cônjuge supérstite, mediante o reconhecimento de uma sociedade de fato, para afastar a aplicação a lei pessoal, que determinava a aplicação da regra de separação de bens, para adequar o Código Civil brasileiro às exigências ético-econômicas de realização do direito.

Nos dois exemplos aplicados no Brasil, além da mutação, Reale enxergou a inserção de elemento novo condicionado a juízo normativo, qual seja, o trabalho como fator primordial na geração da riqueza⁵². Portanto, a jurisprudência pátria operou uma mutação aditiva, por assim dizer.

Em suma, de conformidade com a teoria tridimensional dialético-integrante do direito, cada norma de direito:

- 1) Assinala um momento conclusivo, mas em um dado campo, visto achar-se inserida em um processos sempre aberto à superveniência de novos fatos e novas valorações;
- 2) Não tem significação em si mesma, como uma expressão matemática, ou seja, abstraída da experiência (normativismo abstrato), mas vale na funcionalidade dos momentos que condicionam a sua eficácia (normativismo concreto);
- 3) Envolve uma prévia tomada de posição opcional, ou seja, uma decisão por parte do poder, quer se trate de um órgão constitucionalmente predisposto à emanção das regras de direito, quer se trate do poder difuso no corpo social, como acontece na hipótese das normas jurídicas consuetudinárias;
- 4) Não pode ser interpretada e aplicada como simples proposição lógica: sua estrutura lógico-formal é suporte de

⁵²REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 212.

significações estimativas, e pressupõe permanente referibilidade ao plano fático;

5) É dotada de peculiar tendência a permanecer válida, segundo a lei de sobrevivência ou economia das formas e das estruturas, que é uma das características da experiência jurídica;

6) Possui certa elasticidade, capaz de atender, em maior ou menor grau, às variações fático-axiológicas. Quando tal elasticidade torna-se incompatível com as mutações processadas no meio social, impõe-se a revogação ou a derrogação da norma por outra mais adequada à estrutura social⁵³.

O Direito como fato, valor e norma sintetiza a ideia de que possui elementos estruturais variantes no tempo e, que, portanto, o tempo é uma condicionante de todos esses elementos ou fatores, o que permite a sua inércia formal com variação semântica temporal.

Portanto, a atividade interpretativa constitui-se como o que Bastos denominava de “fator de desenvolvimento e atualização das normas”. Afinal, o ordenamento jurídico não se mostra como algo fechado, hermético, mas trata-se de um sistema dinâmico que se deixa interagir com as transformações ocorridas na realidade social⁵⁴.

A constituição, como texto normativo deve ser compreendida, interpretada e concretizada, pois não se trata de norma ou obra acabada⁵⁵, mas de norma que acompanha o substrato social que lhe dá vida⁵⁶. Portanto, é no substrato da realidade política que ocorre a mutação constitucional, em que o texto fica inalterado, muda-se o sentido, o alcance para adequar o documento

⁵³ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 210.

⁵⁴ BASTOS, Celso; PFLUG, Samantha Meyer. *A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais*. In: *Interpretação Constitucional*. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 145.

⁵⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1886, p. 23.

⁵⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1886, p. 20.

formal à realidade que lhe é subjacente, para que o documento formal esteja em harmonia com o espírito jurídico da sociedade.

2.4 A visão de mutação constitucional em Paul Laband, George Jellinek e Herman Heller

Portanto, partindo do pressuposto de que a mutação é um fenômeno genérico e encontradiço em qualquer espécie de texto legal, inclusive no âmbito das leis constitucionais, é mister analisá-la frente ao direito constitucional.

A mutação constitucional pode ser classificada seguindo três vertentes teóricas, conforme diz Konrad Hesse⁵⁷. A primeira, de caráter clássico, é embasada nas visões precursoras de Paul Laband (1871) e George Jellinek (1908). A segunda é fruto dos trabalhos de Hsü-Dau-Lin que em 1930 publicou em língua alemã um estudo sobre o tema que foi vertido para o espanhol. Por fim, a última corrente é fundamentada na doutrina de Herman Heller.

No presente trabalho, optou-se por seguir as trilhas da doutrina germânica sobre a matéria, sem olvidar a ocorrência de relevantes estudos também na doutrina norte-americana.

A mutação constitucional, num sentido mais amplo, é fruto dos estudos clássicos de Laband e Jellinek.

Para Laband, ao analisar a mudança informal empreendida na Constituição do *II Reich*, de 1871, a mutação constitucional ocorre na medida das mudanças empreendidas no âmbito da Administração, da Fazenda e da Justiça Federal que “levaram ao aparecimento de uma situação constitucional incompatível com a Constituição de 1871, mas se impuseram de fato⁵⁸”.

⁵⁷ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 154-164.

⁵⁸ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155.

Basicamente, a mutação constitucional se daria de três maneiras: a) regulação por parte das leis do II *Reich* de elementos centrais do Estado não previstos na Constituição⁵⁹; b) modificação de elementos centrais do Estado por meio de leis que contradizem o conteúdo da Constituição e c) alteração dos elementos centrais do Estado por meio de usos e costumes dos poderes públicos⁶⁰.

Jellinek, no seu opúsculo *Reforma y mutación de La Constitución*, fruto da conferência proferida em 18 de março de 1906 na Academia Jurídica de Viena, obtém o conceito de mutação constitucional confrontando-o com a reforma constitucional embasando-se em dados psicológicos⁶¹. Em sua visão, a mutação constitucional se estriba numa modificação que deixa indene o texto da Constituição sem modificá-lo formalmente mediante fatos desacompanhados da intenção, consciência de tal mutação produzidos pela legislação, pelas práticas legislativas, administrativo-governamentais e judiciais⁶².

Segundo Hesse, Jellinek abarca os casos de mutação constitucional nas seguintes situações: interpretação incorreta da norma constitucional na prática dos parlamentos, dos governos e dos tribunais, podendo essa atuação inconstitucional ocasionar a modificação da Constituição⁶³. Mudanças pelo desuso de competências estatais, bem como pela necessidade de cobrir lacunas.

Para Dau-Lin⁶⁴, a mutação constitucional possui quatro modalidades: a) mutação constitucional por intermédio de prática que não vulnera a Constituição; b) mutação constitucional por impossibilidade do

⁶⁰ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155

⁶⁰ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 70.

⁶¹ VERDU, Pablo Lucas. *Estudio Preliminar. REFORMA Y MUTACION DE LA CONSTITUCION*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. LXIX.

⁶² VERDU, Pablo Lucas. *Estudio Preliminar. REFORMA Y MUTACION DE LA CONSTITUCION*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. LXX.

⁶³ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159-160.

⁶⁵ DAUL-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción por Pablo Lucas Verdú e Christin Förster. Oñati: IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 21-35.

exercício de determinada atribuição constitucional; c) mutação constitucional em decorrência de prática que viola preceitos da Constituição e d) mutação constitucional por intermédio da interpretação⁶⁵.

Segundo Konrad Hesse, Dau-Lin enxerga a constituição como produto legislativo, mas sem deixar de considerar o fato de que ela é um produto inacabado, de que suas normas são dotadas de elasticidade frente às necessidades vitais do Estado e que ela não poderia ter um déficit em relação ao Estado em contínuo avanço, sendo que a mutação constitucional seria o resultado dessa posição que a constituição deve ter em face do Estado⁶⁶.

A terceira vertente doutrinária acerca da mutação constitucional é capitaneada por Herman Heller que defendia a ideia de Constituição como 'organização material do Estado'. Para ele, "uma Constituição política só se pode conceber como um ser a que dão forma as normas. Como situação política existencial, como forma e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam⁶⁷".

Heller rechaça a ideia de uma separação estanque entre o ser e o dever-ser. Em sua visão, há duas situações a serem consideradas para a admissão da mutação constitucional: a normalidade e a normatividade. A normatividade é a exigência de se agir conforme determinados critérios positivos de valor.

De outra banda, a normalidade leva em conta a noção de "regra de previsão", ou seja, na probabilidade de que determinadas condutas sejam repetidas. Assim, a normalidade consiste na *concordância com uma*

⁶⁵ DAUL-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción por Pablo Lucas Verdú e Christin Förster. Oñati: IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 21.

⁶⁶ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159-160.

⁶⁷ HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 296.

regra de previsão baseada sobre a observação do que acontece por termo médio em determinados períodos de tempo⁶⁸.

Por conseguinte, Heller parte do peculiar caráter da Constituição: a Constituição juridicamente normatizada jamais se compõe apenas de normas emanadas do Estado, antes necessita, para sua vigência, da complementação de elementos constitucionais não normatizados, assim como dos normatizados extrajudicialmente. A Constituição forma um todo em que a normalidade e a normatividade, assim a norma como a normatividade jurídica e a extrajudicial, acham-se numa relação de mútua complementação. A normalidade social, que encontra expressão nos princípios jurídicos, modifica-se, sem embargo, no fluxo imperceptível do cotidiano. Assim ocorre uma lenta evolução das normas, podendo acontecer que o seu sentido, apesar de inalterado o texto, sofra uma completa revolução, enquanto na consciência dos membros da comunidade jurídica permanece a continuidade do Direito⁶⁹.

Heller entende, pois, que “não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito de Constituição⁷⁰”.

A Constituição, portanto, para Heller é constituída por um todo em que normalidade e normatividade se completam reciprocamente⁷¹.

Esses fatores recíprocos de interações permitem a coexistência, assim, de processos formais e informais de mudança constitucional, conjugando-se o ser e o dever-ser⁷². Trata-se de uma visão que

⁶⁸ HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 297.

⁶⁹ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 163.

⁷⁰ HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 296.

⁷¹ HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 296-300.

⁷² “O Tribunal Constitucional declarou – para nos limitarmos apenas a uma citação – que um preceito constitucional pode sofrer mudança de significado ‘quando em certo âmbito surjam fatos novos, não previstos, ou quando fatos conhecidos, em decorrência de sua inserção no curso geral de um processo evolutivo, mostrem-se com um novo significado ou em uma nova direção’. HESSE, Konrad. *Limites da Mutação Constitucional. Temas fundamentais de Direito Constitucional*. Tradução: Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, p. 148.

aceita os condicionamentos recíprocos entre realidade e texto normativo, permitindo enxergar a norma como resultado de sua concretização.

2.5 A mutação constitucional na visão da doutrina brasileira

O professor Paulo Bonavides, ao versar sobre mutação constitucional, parte do pressuposto de quanto mais rígida uma constituição, mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos de interpretação, permitindo que as disposições constitucionais se acomodem ao meio político e social. A preservação da ordem constitucional, a seu ver, depende, portanto, da via hermenêutica como fator de atualização das normas constitucionais⁷³.

A possibilidade de se fazer a acomodação das normas constitucionais à realidade que lhe é subjacente, por intermédio da mutação constitucional, é fundamentada em sua visão, na existência de um segundo poder constituinte originário que não se sujeita à disciplina jurídica, pois atua à margem da moldura formalmente plasmada na Constituição, sendo, às vezes, fruto da função criativa do judiciário⁷⁴.

Disso resulta a existência de uma visão dual de constituição. Aquela contida no texto e a outra na realidade⁷⁵.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 458-459.

⁷⁴ "Asseveramos que dois poderes constituintes sobrevivem à feitura de uma Constituição, mas os juristas em geral só admitem um deles e isso não é verdade. O outro poder constituinte, desconhecido ou remanescente, não se sujeita à disciplina jurídica, porquanto, como já dissemos pertence às categorias sociais que atuam à margem do quadro normativo formal. É ele expressão da realidade e tem por isso feição originária, e de algum modo se caracteriza como o mesmo poder constituinte originário em estado potencial. [...] poder constituinte, anônimo, silencioso, mas sumamente eficaz. Exercita-se por múltiplas vias. Fruto às vezes da função criativa dos juízes que interpretam a Constituição formal à luz de uma 'compreensão prévia', ele nasce impregnado de realidade existenciais, como os juristas da tópica excelentemente assinalaram em profundas reflexões de filosofia do direito. Manifesta-se também difusamente, fora dos tribunais, à margem do texto constitucional, com a mesma força normativa. Prende-se nesse caso a instâncias mais recuadas, familiaríssimas às Constituições costumeiras". BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 187.

⁷⁵ "Cada país tem ordinariamente duas Constituições: uma no texto e nos compêndios de Direito Constitucional, outra na realidade; uma que habita as regiões da teoria, outra que se vê e percebe nas trepidações da vida e da *práxis*; a primeira, escrita do punho do legislador constituinte em assembleia formal; a segunda, que ninguém redigiu [...] a verdadeira

Portanto, para Bonavides, a mutação constitucional se legitima na existência de um segundo poder constituinte. Trata-se de uma visão iluminada pela doutrina de Georges Burdeau, para quem esse tipo de mudança informal é fruto de um poder constituinte difuso.

No Brasil, não se pode deixar de analisar, também, a visão do Professor Inocêncio Mártires *Coelho*, que é um dos poucos autores a tratar em seu curso sobre a ocorrência das mutações constitucionais de uma maneira mais ampla.

Inocêncio Mártires sustenta que as mutações constitucionais são alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação⁷⁶.

Embasado na doutrina de Dau-Lin, afirma que a mutação constitucional é provocada: a) mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; b) pela impossibilidade de ser exercerem certos direitos estatuídos constitucionalmente; c) por uma prática estatal contraditória com a Constituição, e d) através de interpretação, situação de anormalidade, que se normaliza ou se ultrapassa no curso da própria práxis constitucional⁷⁷.

Embora o tema seja tratado, de modo bem sucinto pela doutrina brasileira explanada nos cursos e manuais, o fato é que boa parte da doutrina pátria fundamenta suas explicações com base em uma das obras pioneiras sobre o assunto: *Processos Informais de Mudança da Constituição*, da autora, Anna Cândida da Cunha Ferraz.

Inspirada na classificação formulada por Biscaretti di Rufia, Anna Cândida sustenta a ocorrência da mutação constitucional pela interpretação constitucional judicial, administrativa e legislativa, bem como pelos usos e costumes. Em sua visão, há, todavia, processos anômalos de mudança da constituição que ocasionam uma mutação inconstitucional: a

constituição está no texto e na realidade". BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 188.

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 187.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 189.

inércia e o desuso no plano constitucional e a mudança tácita da Constituição⁷⁸.

Portanto, a autora divide as mutações em constitucionais e inconstitucionais. As primeiras ocorreriam apenas para todo e qualquer processo informal que altere o sentido, o significado e alcance da Constituição sem contrariá-la na letra e no espírito. A segunda consiste em modalidades de mudança da Constituição contra a sua letra ou espírito (processos manifestamente inconstitucionais) e práticas que paralisam ou impedem plena aplicação das normas constitucionais (processos anômalos)⁷⁹.

Outra obra brasileira sobre o tema é a de Uadi Lammêgo Bulos, para quem a mutação ocorre por interpretação constitucional, por construção constitucional e pelas práticas constitucionais⁸⁰.

Percebe, portanto, uma variada gama de processos que culminam com a mutação constitucional. A presente pesquisa tem por escopo analisar a mutação constitucional empreendida pela jurisdição constitucional, motivo pelo qual ater-se-á, nesta pesquisa, à sua ocorrência pela interpretação judicial.

⁷⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 13.

⁷⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

⁸⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

3 A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO FATOR DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 A interpretação como concretização da norma

Nos Estados de sistemas romano-germânicos as relações jurídicas encontram sua moldura nas leis escritas. As prescrições legais contidas em atos normativos dos mais variados escalões são signos linguísticos carentes de compreensão de seu real significado e alcance.

O trabalho dos sujeitos envolvidos no processo de criação e aplicação do direito está intimamente ligado, portanto, aos textos legais.

Tendo em conta que o Direito – objeto cultural que é –, principalmente nos sistemas do *civil law*, está expresso em signos linguísticos, contidos em textos legais que exigem explicitação de seu significado, e, portanto, necessitam de uma análise semântica efetuada dentro de um contexto, é mister que com a Constituição, também, se exija uma tarefa hermenêutica apropriada para a sua interpretação.

Assim, ressalvada a experiência inglesa, filiada ao sistema do *common law*, após os processos revolucionários do liberalismo, surgem as Constituições escritas, consolidadas num documento legal, num texto. A constituição, em regra, portanto, seja legalista ou codificada, está contida em um documento solenemente estabelecido. Destarte, seu texto deve ser objeto de compreensão, pois representa signos linguísticos contidos em comandos normativos; *a Constituição normada deve ser compreendida, e para ser compreendida, deve ser interpretada*⁸¹.

O estudo científico do significado permite entender melhor o que está envolvido na produção e compreensão dos enunciados de uma língua⁸², bem como de seus textos legais, inclusive de sua Constituição.

⁸¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 23.

⁸² NEVES, Maria Amélia Carreira das Neves. *Semiótica Linguística e Hermenêutica do Texto Jurídico*. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 100.

O processo de expressão e interpretação dos signos está apresentado objetivamente num tempo, num espaço e numa cultura⁸³. O direito como produto cultural se insere nos signos linguísticos carentes de interpretação⁸⁴ contextualizada.

Na atualidade, um dos temas que mais têm chamado a atenção dos juristas é o da interpretação constitucional. E o real problema da interpretação constitucional é *explicar como as normas constitucionais criadas pelo poder constituinte se transformam em direito judicial concretizado pela intervenção dos tribunais de justiça constitucional*⁸⁵.

O fato é que na hermenêutica jurídica e na filosófica estão enraizados fecundos estudos e dissensos doutrinários e metodológicos.

De um lado, estão aqueles que enxergam a interpretação como um processo formal de se buscar, na literalidade do texto contido nas disposições legais, o significado e alcance, com o intuito de se preservar o intento legislativo contido na *mens legis* ou na *mens legislatoris*.

De outro, estão aqueles que enxergam a interpretação como um recurso não só para se buscar o real alcance e sentido do texto, mas, igualmente, para que o intérprete exerça sua atividade criativa no ato hermenêutico, dado o caráter aberto do sistema constitucional, permitindo, pois uma mutação constitucional por interpretação judicial no momento de concretização da norma.

Seguindo essa segunda visão, há correntes moderadas e extremadas. Inocêncio Mártires Coelho, que pode ser visto como adepto extremado da teoria concretista, considera que *toda descoberta de sentido implica, simultaneamente, também uma adição ou atribuição de significado, porque a participação do intérprete é condição de possibilidade do trabalho hermenêutico [...] Afinal, se não existe interpretação sem intérprete e o*

⁸³ NEVES, Maria Amélia Carreira das Neves. *Semiótica Linguística e Hermenêutica do Texto Jurídico*. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 101.

⁸⁴ Para Inocêncio Mártires Coelho, "se o direito, como toda criação do homem, é uma forma significativa, um substrato dotado de sentido, então, a tarefa do intérprete, ao fim e ao cabo, será trazer à tona ou revelar o significado que se incorporou a determinado objeto, seja ele um texto de lei, uma pintura rupestre ou uma partitura musical". COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

⁸⁵ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 9.

*conhecimento do objeto jamais é igual ao objeto do conhecimento, então, é de se admitir, pelo menos no plano gnosiológico, que o conhecer e o criar não são atos contrapostos e sim complementares*⁸⁶.

A atividade criativa, no processo hermenêutico, é uma realidade a que não se pode negar. Afinal, interpretar não é apenas revelar, mas produzir um sentido⁸⁷.

Assim, a interpretação constitucional implica uma adaptação judicial⁸⁸. Há de se perquirir, no momento adequado, nessa pesquisa, se há limitações a essa atividade hermenêutica.

A dualidade de interpretação/aplicação não tem encontrado amparo na hermenêutica filosófica contemporânea. Atribuir um sentido a um texto normativo visando à solução de um fato no mundo real significa interpretar, aplicando o direito. *Interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito, e ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) os fatos*⁸⁹.

Interpretar é aplicar, é concretizar⁹⁰.

Todavia, no processo interpretativo é curial ressaltar que o texto normativo não se confunde com a norma. O primeiro é objeto da interpretação; e a última se constitui em seu resultado.

⁸⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

⁸⁷ "Assim como o personagem Abdula não tinha consciência de seu poder (e de seu papel), os "operadores jurídicos" também não conhecem as suas possibilidades hermenêuticas de produção do sentido. Em sua imensa maioria, prisioneiros das armadilhas e dos grilhões engendrados pelo *campo jurídico*, sofrem dessa "síndrome de Abdula". Consideram que sua missão e seu labor é o de – apenas – reproduzir os sentidos previamente dados/adjudicados/atribuídos por aqueles que possuem o *skeptron*, isto é, a *fala autorizada*! Não se consideram dignos de dizer o verbo. Perderam a fé em si mesmos. Como órfãos científicos, esperam que o processo hermenêutico lhes aponte o caminho da verdade, ou seja, a "correta interpretação da lei"! Enfim, esperam a fala-falada, a revelação da verdade!". STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 300-301.

⁸⁸ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 305.

⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26.

⁹⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 362-363.

A interpretação, no atual estágio da hermenêutica jurídica, que herdara muito da hermenêutica filosófica, ultrapassa a mera análise semântica, pois interpretar uma disposição normativa é “aplicá-la ao caso concreto, extraindo da norma tudo o que nela se contém, revelando o seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão⁹¹”.

Uma das primeiras premissas a ser observada na interpretação da constituição é de que o texto legal não deve ser confundido com a norma. O primeiro é o “sinal linguístico”, ao passo que o segundo é aquilo que se revela desse sinal⁹². Assim, há que se distinguir “texto da norma” com a “norma” propriamente dita.

O texto legal a ser interpretado é denominado de “disposição” e a norma é a parte de um texto já interpretado, ou seja, é o sentido ou significado da disposição⁹³. Assim, “toda norma é significativa, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa”⁹⁴ de forma que a real normatividade é adquirida com a sua aplicação a um caso jurídico⁹⁵.

Destarte, no plano de concretização da norma constitucional, assume relevo o papel dos aplicadores ou sujeitos concretizadores, que, em face do caráter aberto, indeterminado e polissêmico das normas constitucionais, têm uma difícil tarefa de aproximar a norma constitucional da realidade⁹⁶.

Segundo Humberto Ávila:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.

⁹¹ NEVES Maria Amélia Carreira das. *Semiótica linguística e hermenêutica do texto jurídico*. Lisboa: Piaget, 2008, p. 199.

⁹² GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1218.

⁹³ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 1202.

⁹⁴ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003p. 1207.

⁹⁵ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003p. 1221.

⁹⁶ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1222.

Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado⁹⁷.

Para a compreensão do problema da interpretação jurídica levada a efeito pelos operadores do direito, pode-se recorrer, como se faz na presente pesquisa, à teoria da norma jurídica, com o fim de identificar o intérprete, o objeto interpretado e o seu resultado já concretizado.

Para Canotilho, toda norma possui elementos ou componentes fundamentais de duas dimensões, que carecem de articulação: programa normativo e domínio ou setor normativo.

O primeiro compreende o resultado de um processo parcial de concretização assente na interpretação do texto normativo, ou seja, os dados ou enunciados linguísticos devem ser o ponto de partida para o processo de concretização da norma.

O segundo – setor normativo – é o resultado de outro processo parcial de concretização assente na análise dos elementos empíricos ou dados reais recortados pela norma – fatos jurídicos, fatos matérias⁹⁸.

Portanto, o texto da constituição ainda não se trata de uma norma, mas do objeto de interpretação, pois a norma é o “produto ou resultado da interpretação⁹⁹”. Mas, pela visão do célebre constitucionalista português, a norma jurídica é aquela concretizada pelo operador do Direito que, para tanto, deve interpretá-la. Trata-se de uma noção muito aproximada da Teoria da Norma Jurídica segundo Friedrich Müller.

Müller, combatendo a visão positivista de que a norma jurídica é a interpretação de seu texto seguindo-se a *mens legis* ou a *mens legislatoris*, criou a Teoria Estruturante do Direito, composta por dogmática, metodologia e teoria da norma.

⁹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30.

⁹⁸ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1216.

⁹⁹ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1217.

Nessa trilogia estruturante da teoria de Müller, diante do escopo do presente trabalho, optou-se por se apoiar apenas num desses elementos: A teoria da norma jurídica.

Segundo as escolas puristas do direito e a exegética, as normas jurídicas se consubstanciam em enunciados dotados de significação. Para se alcançar o real significado e alcance da norma, é necessário o processo de interpretação. Assim, a interpretação teria por escopo revelar um significado preexistente da norma; teria um caráter cognitivo-declaratório.

A Escola Exegética¹⁰⁰ identifica o direito com a lei emanada do legislativo que representa a vontade popular. Sua formalização se sedimentou nas Codificações que tinham a pretensão de completude, ou seja, da ausência de lacunas, pois o direito se restringia aos postulados positivados nos Códigos e leis.

Por esses postulados, o juiz se limita a retirar da lei o conteúdo normativo já preexistente, tanto o é que nos casos de silêncio ou obscuridade da lei, os juízes deveriam buscar no interior do próprio sistema legislativo a solução do caso concreto. Assim, o juiz tinha uma competência declaratória e não constitutiva, pois, mediante operações lógico-dedutivas revelava o conteúdo da lei.

Não obstante a distância dessa visão com a contemporaneidade, o fato é que ainda há quem sustente as premissas da interpretação tradicional na hermenêutica jurídico-constitucional.

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

Diz Friedrich Müller, cultor da teoria da metódica estruturante, que a hermenêutica jurídica fixou um novo olhar sobre a imagem da norma

¹⁰⁰ A Escola da Exegese se instaurou com a promulgação do Código Civil Francês de 1804, seguindo-se até 1889. PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 31.

jurídica de forma a não mais identificar *texto da norma* e *norma*, pois o teor literal de um dispositivo de lei é *apenas a ponta do iceberg*, não obstante esse teor literal sirva como um programa da norma. Assim, a normatividade não é retirada exclusivamente do texto, mas de *dados extralinguísticos* enraizados na realidade fática que justamente por estarem no mundo real não estão no texto legal¹⁰¹.

Portanto, a disposição literal do texto da constituição representa apenas o que se denomina de “programa da norma”. O “âmbito da norma” é o recorte da realidade social na sua estrutura básica, exigindo-se um condicionamento recíproco para se encontrar a real normatividade¹⁰².

Embora o teor literal da prescrição legal seja apenas um dos elementos para a concretização da norma, ele é um dos mais importantes, pois concorre para o programa normativo¹⁰³.

Nesse diapasão, Friedrich Müller, no âmbito de sua Teoria da Metodica Estruturante, sustenta que “uma norma jurídica é mais do que o seu texto. A concretização prática da norma é mais do que a interpretação do texto¹⁰⁴”.

As normas jurídicas são o significado de textos jurídicos ou de sentenças normativas, sendo que os técnicos do direito interpretam-nas de

¹⁰¹ “Mas um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamento conjunto de fatos de uma não identidade de texto da norma e norma [...] o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ponta do iceberg. Por um lado, o teor literal serve via de regra à formulação do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição. Por outro lado, a normatividade [...] não é produzida por esse mesmo texto. Muito pelo contrário, ela resulta dos dados extralinguísticos de tipo-estatal social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua permanência”. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

¹⁰² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 44.

¹⁰³ “A interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo da concretização, mas somente um elemento. Uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa da concretização da norma no sentido abrangente da práxis efetiva”. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 47.

¹⁰⁴ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 28.

maneira a identificar as normas que elas expressam¹⁰⁵. Assim, a interpretação não é de normas, mas de textos ou disposições legais para, daí, resultar a norma legal.

Nessa visão, a normatividade é um processo estruturado que exige a distinção entre 'norma', 'texto da norma' e 'estrutura da norma'.

"A "normatividade" resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal- -social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência¹⁰⁶". Ou seja: "normatividade designa a qualidade dinâmica de uma norma assim compreendida, tanto de ordenar a realidade que lhe subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada¹⁰⁷".

O 'texto da norma' representa seu 'teor literal' e expressa 'o programa da norma¹⁰⁸'.

Já a norma jurídica não é um puro dever-ser, mas a combinação de um ser e de um dever-ser em que se consideram os dados linguísticos com dados da realidade para se extrair a norma. Ela não é algo dado simplesmente pelo texto legal, mas algo construído num processo de concretização.

A norma jurídica é estruturada pelo "programa da norma" e o "âmbito da norma". O programa da norma é composto pelos dados linguísticos, ao passo que o âmbito da norma é composto pelos dados reais. Os dados linguísticos são fornecidos pelo texto legal. Os dados reais serão fornecidos pelo caso a ser decidido.

¹⁰⁵ NAVARRO, Pablo E.; RODRIGUEZ, Joyce. *Interpretação jurídica e a sistematização do direito*. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena (Org.). *Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63-90.

¹⁰⁶ MÜLLER, *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 55.

¹⁰⁷ MÜLLER, *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 15.

¹⁰⁸ MÜLLER, *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 57.

Müller distingue a “aplicação” da “concretização”. A interpretação do sentido literal é apenas um dos elementos de concretização da norma. A norma não é aplicada, nessa visão, mas é algo construído pelo operador do direito no processo de concretização. Concretizar, na visão de Müller, significa “produzir diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito¹⁰⁹”.

Com essas ideias de Müller, portanto, infere-se uma superação da completa separação entre ser e dever-ser, acabando por produzir reflexos no processo de interpretação e aplicação do direito e, conseqüentemente, no alcance e no sentido das normas constitucionais.

Essa visão permitiu superar o procedimento lógico-dedutivo utilizado pelo positivismo jurídico que identificava norma e texto de norma. A identidade entre esses dois elementos permitia ao intérprete apenas proferir, na interpretação e aplicação do direito, uma decisão de cunho declaratório.

Com isso, Müller fala em “concretização da norma” ao invés de “interpretação da norma¹¹⁰”.

Segundo o publicista de Heidelberg, a utilização de métodos da práxis e da ciência jurídica circunscritos às regras de interpretação, ocasiona uma visão equivocada sobre a estrutura da realização prática do direito¹¹¹.

A interpretação literal de um texto normativo é apenas um dos elementos necessários para a concretização do direito. A concretização, a seu turno, não pode ser um procedimento meramente cognitivo¹¹². “Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque à medida que ela não é “unívoca”, “evidente”, ou até mesmo “destituída de clareza” – mas, sobretudo, porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício)”.

¹⁰⁹ MÜLLER, Friedrich *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*, Ano 2008, p. 150.

¹¹⁰ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 61.

¹¹¹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 61.

¹¹² MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 61.

Portanto, na visão mülleriana, uma norma jurídica é concretizada, pois será construída pelo aplicador do direito, de forma que não se fala em aplicação da norma, mas produzi-la na resolução de um caso que lhe serve como substrato. Interpretação é um recurso, portanto, de se identificar o sentido do texto, sendo que a norma jurídica é mais do que o texto. Logo, concretizar a norma significa mais que interpretar o seu texto¹¹³.

Dessa forma, a norma jurídica, nessa visão estruturante, é o produto da concretização. A norma jurídica está estruturada por dados linguísticos contidos no texto legal denominados de “programa da norma” e dados reais – fornecidos pelo caso a ser resolvido – denominados de âmbito da norma¹¹⁴.

Nesse processo, Müller propugna pela adoção de limites metódicos. Para ele apenas fatos que sejam relevantes para o programa da norma e consentâneos com esse programa é que podem conteúdo da decisão.

A concretização da norma está limitada, dentro de um Estado Democrático de Direito, pelo programa da norma (dados linguísticos contidos no texto), de forma que o operador do direito não está autorizado à exercitá-la fora dos limites dos signos linguísticos contidos no texto normativo.

Na concretização da norma, não de ser considerados dois grupos de elementos: o tratamento do texto da norma e os passos da concretização¹¹⁵.

“A concretização da constituição inicia-se usualmente com a busca do sentido literal. A esse primeiro elemento só pode fornecer indícios apenas mediados do teor da norma, não garantir, e. g., um recurso sem

¹¹³ Cristina Queiroz, ao versar sobre a interpretação como concretização, adota, parcialmente, a metódica de Müller, quando sustenta que na teoria da norma jurídica “repousa a ideia fundamental de que a norma, objeto da interpretação, não se identifica com o texto, antes se apresenta como resultado de um trabalho de construção, correntemente designado de concretização”. QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 121.

¹¹⁴ Para Bello Filho: “A norma para os concretistas é algo bem superior ao texto e à regra jurídica e se compõe de texto e prática jurídica. Ela não se esgota na atitude legislativa, mais que isso, ela se cria na atitude hermenêutica. A interpretação, no instante de sua aplicação, faz parte do processo de criação da norma jurídica”. BELLO FILHO, Ney de Barros. *Sistema Constitucional Aberto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 145.

¹¹⁵ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 70.

mediações a ele”. Todavia, a interpretação gramatical do direito constitucional escrito depende da estrutura da norma¹¹⁶ que pode variar a depender em “graus diferentemente elevados na linguagem¹¹⁷”.

Ademais, “os elementos históricos, genéticos, sistemáticos e teleológicos da concretização não podem ser isolados uns dos outros e do procedimento da interpretação gramatical como este não pode ser isolado daqueles”¹¹⁸.

Segundo Müller, “os pontos de vista genéticos e históricos podem ajudar a precisar em termos de conteúdo as possíveis variantes de sentido no espaço de ação demarcado pelo teor literal”¹¹⁹.

Percebe-se, com tudo o que se disse, que Müller “desenvolve o método racionalista de interpretação, em que procura estrutura um pensamento hermenêutico que explique o Direito sem a perda da eficácia, ligando-o à realidade, fazendo preservar os vínculos materiais do texto e rompendo com a dicotomia texto e realidade¹²⁰”.

Trata-se de uma visão de um sistema constitucional aberto, como bem sintetiza Ney Bello:

A abertura do concretismo pode ser percebida à medida que toda e qualquer análise tópica ou concretista da Constituição abre o texto para as modificações oriundas da realidade, configurando-se, assim, em método aberto que permite a percepção da Constituição como ordem aberta¹²¹.

¹¹⁶ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 73.

¹¹⁷ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 73.

¹¹⁸ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 75-76.

¹¹⁹ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 76.

¹²⁰ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Sistema Constitucional Aberto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 144

¹²¹ É bem verdade que há quem sustente a abertura do sistema constitucional embasado nas ideias do caráter político das normas constitucionais, na tessitura aberta dos princípios que veiculam valores e nas normas indeterminadas. Todavia, tendo em conta que adotamos boa parte do pensamento de Müller, não poderíamos sustentar que a mutação constitucional via interpretação judicial seria facilitada por essa abertura pela distinção semântica das normas, mas sua diferença estrutural, numa Teoria da Norma da metódica estruturante. Portanto, a abertura a que se propõe se embasa na concepção concretista dialética entre texto-norma concretizada.

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

Nesse processo hermenêutico que passa pela interpretação pode ocorrer, exemplificativamente, a mutação constitucional, segundo Anna Cândida, quando: a) há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional¹²².

A visão de Constituição como um sistema aberto, permite sustentar a ocorrência de mutações constitucionais pela via de interpretação-concretização judicial. Todavia, a mutação não pode ser confundida com alguns erros interpretativos que vulneram o conteúdo constitucional.

3.2 Erro e mutação constitucional

Em análise na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, infere-se que as mudanças de interpretação, causando uma viragem no posicionamento anteriormente firmado, têm sido denominadas de mutação constitucional.

¹²² Nesse sentido: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 56-59.

O que não se pode confundir é mutação, por interpretação judicial, e erro de interpretação. Um caso emblemático de erro é retirado da análise comparativa de precedentes envolvendo leis estaduais que unificam vários cargos e carreiras numa só carreira fiscal, sem concurso público.

Com efeito, a partir da Constituição Federal de 1988, por imperativo de seu art. 37, II, a investidura em cargo ou emprego público depende de concurso público, como se infere da redação originária desse dispositivo constitucional:

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Com o advento da EC n. 19/1998, houve uma pequena alteração no texto do dispositivo supramencionado para exigir uma proporcionalidade entre a modalidade de concurso com a natureza e a complexidade do cargo, *in verbis*:

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (*Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998*)

Não importa se na redação originária ou na redação reformada, o fato é que, a partir de 5 de outubro de 1988, o provimento de cargo público exige concurso de provas ou de provas e títulos, ressalvados os cargos de livre provimento. Afinal, o concurso público é a forma mais democrática e igualitária de se permitir que o maior número de pessoas possa ter, em pé de igualdade, segundo seus méritos, a possibilidade de prestar seus serviços técnico-profissionais para o Estado, exigidos os demais requisitos constitucionais e legais.

O ato pelo qual o servidor público é investido no exercício do cargo, emprego' ou função é denominado de provimento¹²³. A doutrina clássica o provimento em duas modalidades: originário ou autônomo e derivado.

No provimento originário, o ocupante do cargo tem seu vínculo iniciado com a Administração Pública sem se perquirir sua anterior situação com o serviço público, como entende a doutrina administrativista:

O provimento autônomo ou originário é aquele em que alguém é preposto no cargo independentemente do fato de ter, não ter, haver ou não tido algum vínculo com cargo público. Vale dizer o provimento não guarda qualquer relação com a anterior situação do provido. Por isto se diz autônomo ou, então, originário¹²⁴.

Destarte, o provimento originário importa em preencher o cargo público, designando-se um agente de forma inicial, independentemente de a pessoa ser estranha ao serviço público ou já servidora ocupante de cargo não vinculado àquele para o qual foi nomeado. Nesse sentido, é magistério de Hely Lopes Meirelles, para quem:

Provimento inicial é o que se faz através de nomeação, que pressupõe a inexistência de vinculação entre a situação de serviço anterior do nomeado e o preenchimento do cargo. Assim, tanto é provimento inicial a nomeação de pessoa estranha aos quadros do serviço público quanto a de outra que já exercia função pública como ocupante de cargo não vinculado àquele para o qual foi nomeada¹²⁵.

Elucidativos são os exemplos do Professor José dos Santos Carvalho Filho, *in verbis*:

De um lado, temo o provimento originário, aquele em que o preenchimento do cargo dá início a uma relação estatutária nova, seja porque o titular não pertencia ao serviço público anteriormente, seja porque pertencia a quadro funcional regido por estatuto diverso do que rege o cargo agora provido. Exemplo: é provimento originário

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 602.

¹²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 304-305.

¹²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª ed. Atualizada por AZEVEDO; ALEIXO, BURLE FILHO. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 419.

aquele em que o servidor, vindo de empresa da iniciativa privada, é nomeado para cargo público, após a aprovação em concurso. Também é provimento originário a hipótese em que um detetive, sujeito a estudo dos policiais, é nomeado, após concurso, para o cargo de Defensor Público, sujeito a estatuto diverso¹²⁶.

Para a doutrina pátria, a única forma de provimento originário, autônomo ou inicial é a nomeação¹²⁷.

De outra banda, temos o provimento derivado, no qual se exige que o investido no cargo tenha uma vinculação antecedente com a Administração Pública, mas em outro cargo, sujeito ao mesmo estatuto, havendo, portanto, uma alteração na situação do serviço do provido¹²⁸.

Bandeira de Mello classifica o provimento derivado em três subespécies: vertical, horizontal e reingresso.

Para ele, há provimento derivado vertical, no caso da promoção, em que o servidor “é guindado para cargo mais elevado dentro da mesma carreira¹²⁹”. Para que a promoção seja efetivada, a EC n. 19/1998 exige a participação do servidor em cursos de formação e aperfeiçoamento em escolas do governo.

Já no caso do provimento derivado horizontal, o servidor não é ascendido nem rebaixado em sua posição funcional, mas modificado de cargo mediante readaptação do servidor a outro cargo mais compatível com uma posterior limitação em sua capacidade física ou mental.

Por fim, o provimento derivado por reingresso ocorre nos casos de reversão (reingresso do aposentado), aproveitamento (reingresso do servidor estável, que se encontrava em disponibilidade, no mesmo cargo dantes ocupado ou em cargo de equivalentes atribuições e vencimentos

¹²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 564.

¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 305. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª ed. Atualizada por AZEVEDO; ALEIXO, BURLE FILHO. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 419. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 602.

¹²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª ed. Atualizada por AZEVEDO; ALEIXO, BURLE FILHO. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 420.

¹²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 307.

compatíveis¹³⁰), reintegração (retorno do servidor demitido ilegalmente) e recondução (retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado por inabilitação em estágio probatório de novo cargo ou por ter sido retirado em face de reintegração do anterior ocupante).

A Constituição de 1969 exigia o concurso apenas para a primeira investidura do servidor. Com o advento da Constituição de 1988, o concurso é medida preliminar que se impõe tanto para as formas de provimento originário quanto para as de provimento derivado¹³¹.

Enquanto o dispositivo anterior fazia a exigência para a primeira investidura, o atual fala apenas em investidura, o que inclui tanto os provimentos originários como os derivados, somente sendo admissíveis as exceções previstas na própria Constituição, a saber, a reintegração, o aproveitamento, a recondução e o acesso ou promoção, além da reversão *ex officio*, que não tem base constitucional, mas ainda prevalece¹³².

Antes da Constituição de 1988 eram admitidas a transposição ou ascensão:

A transposição (ou ascensão, na esfera federal) era o ato pelo qual o funcionário ou servidor passava de um cargo a outro de conteúdo ocupacional diverso. Visava ao melhor aproveitamento dos recursos humanos, permitindo que o servidor, habilitado para o exercício de cargo mais elevado, fosse nele provido mediante concurso interno¹³³.

Portanto, infere-se que a regra é a do concurso público como forma de provimento de cargo. Todavia, vários Estados-membros, sob o argumento de racionalização, têm empreendido unificação de cargos e carreiras, numa única carreira fiscal, sem novo concurso público, mesmo quando envolve níveis de escolaridade diferentes, violando a regra

¹³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 307.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 603.

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 603.

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 603.

constitucional do concurso público. O caso já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal de duas maneiras distintas, em casos assemelhados, o que nos leva a sustentar a ocorrência de erro de interpretação.

O caso em que é verificável a ocorrência do erro deu-se no julgamento da ADI n. 2.335-SC, cujo aresto abaixo é transcrito:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei Complementar nº 189, de 17 de janeiro de 2000, do Estado de Santa Catarina, que extinguiu os cargos e as carreiras de Fiscal de Tributos Estaduais, Fiscal de Mercadorias em Trânsito, Exator e Escrivão de Exatoria, e criou, em substituição, a de Auditor Fiscal da Receita Estadual. 3. Aproveitamento dos ocupantes dos cargos extintos nos recém criados. 4. Ausência de violação ao princípio constitucional da exigência de concurso público, haja vista a similitude das atribuições desempenhadas pelos ocupantes dos cargos extintos. 5. Precedentes: ADI 1591, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 7.3.2003. 6. Ação julgada improcedente.

No caso em tela, a legislação catarinense empreendera uma reorganização em vários cargos e carreiras que deixaram de existir para integrar uma única carreira: Auditor Fiscal da Receita Estadual. A legislação estadual extinguiu cargos de Fiscal de Tributos, Fiscal de Mercadorias em Trânsito, Exator e Escrivão de Exatoria, transformando-os em um único cargo integrante de uma carreira fiscal, de nível superior. Ocorre que, dois desses cargos eram, originariamente, preenchidos por portadores de diploma de nível médio, que, com a referida reorganização, foram alçados, sem concurso para uma nova categoria de nível superior.

O relator da referida ação embasou seu voto num precedente da corte (ADI 1591-RS), com base na similitude de funções. Todavia, o que o voto vencedor, da lavra do Min. Gilmar Mendes, desconsiderou foi que não basta a similitude de atribuições, mas o mesmo nível de escolaridade. Ademais, o precedente citado, no caso do Rio Grande do Sul, para fundamentar a pretensa constitucionalidade da lei catarinense, não guarda aproximação material com o caso catarinense.

Com efeito, no Rio Grande do Sul, houve a unificação de vários cargos de nível médio numa carreira fiscal de nível médio e vários cargos de nível superior numa única carreira fiscal de nível superior.

No Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Complementar n. 10.933/1997, em seu art. 1º unificou o quadro de pessoal da Secretária de Estado da Fazenda em dois níveis: 1º) Unificação de todos os cargos de nível superior numa única carreira de nível superior; 2º) Unificação de todos os cargos de nível médio numa única carreira de nível médio.

Portanto, a lei gaúcha, diferentemente do que realizou a lei de Santa Catarina, não permitiu que pessoas aprovadas em concurso para os cargos da carreira tributária de nível médio passassem a ocupar cargos da carreira tributária de nível superior, como se infere da leitura do art. 1º do diploma legal em tela:

Art. 1º O Quadro de Pessoal Efetivo da Secretaria da Fazenda passa, a partir da data de vigência desta Lei, a ser constituído por uma nova e única carreira de nível superior, denominada de Agente Fiscal do Tesouro do Estado, e pela carreira de nível médio de Técnico do Tesouro do Estado.

Infere-se, assim, que, no caso catarinense, o Supremo Tribunal Federal empreendeu um verdadeiro erro de interpretação, o que se percebe, igualmente, ao se analisar precedentes anteriores ao de Santa Catarina. No julgamento da ADI n. 1677, em 2003, da relatoria do Ministro Moreira Alves, a corte julgou inconstitucional Lei distrital que tentara empreender o mesmo tipo de unificação de carreiras, como se infere de parte da ementa abaixo transcrita:

Por outro lado, procede, também, a arguição de inconstitucionalidade material do artigo 3º da mesma Lei distrital, porquanto ele determina que, nos novos cargos de fiscal tributário, haja o aproveitamento dos servidores dos cargos extintos de técnico tributário, sem, portanto, a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos como exige, para a investidura, que não mais se limita à primeira, de cargo ou emprego público, o disposto no inciso II do artigo 37 da Constituição, que, nesse ponto, a Emenda Constitucional nº 19/98 o manteve como redigido originariamente, razão por que pode servir de parâmetro para a aferição da inconstitucionalidade em causa. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga procedente, para se declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.626, de 11 de setembro de 1997, do Distrito Federal. (STF, ADI 1677 / DF, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 03/02/2003)

Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, em 03.02.2003, entendera inconstitucional Lei distrital que fizera unificação de carreiras fiscais, sem concurso. E no mesmo ano, em 07. 03. 2003, permitiu a referida unificação, no Estado de Santa Catarina, em evidente erro de comparação com a situação do Rio Grande do Sul, quando, em verdade, se equiparava à situação distrital.

Nesses casos, não há que se falem mutação, mas de um erro de interpretação.

Além de não se poder, portanto, confundir erro interpretativo com mutação constitucional, há quem entenda que não se deve confundir a mutação com a interpretação evolutiva e com a interpretação construtiva.

3.3 Mutação constitucional, interpretação evolutiva e interpretação construtiva

Barroso, ao tratar da interpretação como veículo de mutação constitucional, tenta diferenciar a mutação constitucional como um “fenômeno mais profundo do que a simples mudança de jurisprudência”. Entende o constitucionalista que a “mudança de jurisprudência” ocorre em razão de uma mera alteração do ponto de vista do julgador ou por mudança na composição do tribunal¹³⁴.

É defensável essa distinção. Todavia, no presente trabalho, optou-se por não adotá-la. Dessa forma, não há distinção entre mutação constitucional, por interpretação judicial, por interpretação construtiva e por interpretação evolutiva¹³⁵.

Esta – a interpretação evolutiva – ocorreria em virtude da aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas

¹³⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

¹³⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional, a exemplo das normas constitucionais da liberdade de expressão que não foram pensadas para a internet, mas que a elas também se aplicam¹³⁶.

A interpretação construtiva, em sua visão, consiste na ampliação de sentido ou extensão de 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. O exemplo citado por ele para justificar essa distinção é a do HC 79.812, rel. Min. Celso de Mello, em que se extraiu o direito a não incriminação por interpretação pretoriana do direito constitucional ao silêncio (art. 5º, LXIII). Outro exemplo de interpretação construtiva é o referente à proteção da concubina e do reconhecimento de efeitos jurídicos às relações homoafetivas estáveis.

Entende-se, no presente trabalho, que a interpretação construtiva pode gerar a mutação constitucional. Aliás, segue-se, nesse ponto, a visão de Miguel Reale que cita o mesmo exemplo da concubina para sustentar a ocorrência da mutação normativa.

Neste trabalho, todas essas modalidades interpretativas se consubstanciam em mutação constitucional¹³⁷.

¹³⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

¹³⁷ No mesmo sentido: BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação Constitucional. A constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: 2011, p. 27.

Bulos, ao tratar de mutação constitucional, também entende que ela ocorre pela *construction*: *Nessa esteira, afirma Bulos: "Ao exercer a jurisdição constitucional, portanto, o Judiciário interpreta a Constituição e, nesse mister, existe a possibilidade de atribuir à letra da Lex Legum novos sentidos, conteúdos ainda não ressaltados, mudando a substância dos comandos prescritos pelo legislador, sem afetar-lhe a forma". "[...] fica claro que a construction consigna um meio evidente pelo qual as constituições sofrem mudanças substanciais, no sentido, no alcance e conteúdo dos seus preceptivos, sem a necessidade do recurso formal à revisão ou emenda constitucionais"*. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 69.

3.4 O problema da mutação constitucional e os limites da jurisdição constitucional

A criação da ideia de mutação constitucional, em fins do século XIX e início do século XX, em plena cultura alemã, serviu, como fenômeno empírico para justificar a conduta do *Reich* alemão, em desacordo com o programa traçado na Constituição.

Na vigência de um Estado Democrático de Direito, a atividade interpretativa, inovadora e de atualização da Constituição por intermédio da mutação constitucional se justifica e se legitima, ainda mais nas sociedades complexas e dinâmicas.

Esse é o problema. Não se pode olvidar que a mutação constitucional é praxe na realidade jurídica brasileira, com base nas doutrinas estrangeiras. No entanto, é de se perquirir a sua legitimidade e limitação no quadro de um Estado Democrático de Direito.

Afinal, é curial buscar uma fundamentação para se admitir a atuação judicial, por intermédio de seus membros que carecem de mandato conferido pelo povo, para empreender, num Estado Constitucional, a tarefa de conferir significado novo a uma norma constitucional, em face de nova realidade político-social e no quadro da teoria da separação dos poderes.

Eis os problemas a serem investigados no presente capítulo.

De um lado estão aqueles que reconhecem competência criativa, na interpretação da constituição, ao Poder Judiciário, autorizado que estaria a desenvolvê-la com certa "mobilidade" ou "flexibilidade" dado o caráter político das normas constitucionais, pois o poder – como toda atuação política – emanaria de outras realidades e não só da vontade popular¹³⁸.

De outro, estão aqueles que enxergam na atividade de interpretação judicial criativa, um embuste de cariz antidemocrático.

¹³⁸ Nesse sentido: QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 36.

Segundo Streck, Cattoni e Mont'Alverne, "a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora um Tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode "inventar" o direito; este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia¹³⁹".

Segundo esses autores, "a atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte (e assim não há o menor cabimento, diga-se de passagem, na afirmação do Min. Francisco Rezek, quando do julgamento da ADC nº 1, quando este dizia que a função do STF é a de um oráculo (*sic*) que "diz o que é a Constituição"¹⁴⁰". Continuam em sua crítica para afirmar que: "Se o Supremo Tribunal Federal pode fazer mutação constitucional, em breve essa mutação começará a gerar – como se já não existissem à saciedade – os mais diversos frutos de cariz discricionário¹⁴¹".

Essa visão defendida por Cattoni, Streck e Mont'Alverne é plenamente justificada, pois a adoção de poderes ilimitados conduz à tirania, e, aceitar uma mutação constitucional, via interpretação judicial ilimitada, é aceitar, num Estado Democrático de Direito, a ideia de algo acima de qualquer soberania popular e da própria Constituição. Ora, se os próprios parlamentares eleitos têm limitações materiais expressas e implícitas, com maior razão deve tê-los o Judiciário que, no caso brasileiro, é alçado ao cargo por concurso público ou nomeações políticas circunstâncias, sem legitimação democrática.

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Montálverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Jus Navigandi, São Paulo, jul. 2007, Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10252>. Acesso em: 10 jan. 2010.

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Montálverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Jus Navigandi, São Paulo, jul. 2007, Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10252>. Acesso em: 10 jan. 2010, p. 21.

¹⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Montálverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Jus Navigandi, São Paulo, jul. 2007, Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10252>. Acesso em: 10 jan. 2010, p. 28.

Assim, seria plenamente questionável a visão daqueles que enxergam a atividade jurisdicional como algo ilimitado, como assevera Inocêncio Mártires Coelho, para quem, o judiciário exerce a atividade criativa, na jurisdição constitucional, a rigor, sem limites, pois as Cortes Constitucionais estão fora e acima da clássica ideia de tripartição dos poderes, e, ademais, ao empreender a interpretação o fazem, em boa medida, em enunciados abertos, indeterminados e polissêmicos contidos nas normas constitucionais.¹⁴²

A imperar essa trilha ilimitada defendida por Inocêncio Mártires, os juízes são intérpretes finais da Constituição e juízes últimos de sua autoridade, funcionando como um variante do poder legislativo¹⁴³. Trata-se de uma visão que não impõe limites à atividade criativa dos juízes, já que eles são os juízes últimos de sua autoridade.

Dentro de um Estado de Direito, não é mais sustentável que o direito limita-se à lei escrita; é certo, pois, que o direito não se restringe ao texto legal, pois a atividade normativa também é exercitável pela jurisdição constitucional. Entretanto, a atividade criativa que se traduz na concretização da norma, não pode estar adstrita ao livre arbítrio do Judiciário.

Enquanto imperar a Teoria do Poder Constituinte, na prática, não há como se admitir que a interpretação judicial, como fator de desenvolvimento das constituições, levando-se em conta o binômio realidade e texto normativo, se dê de forma discricionária e ilimitada, pois até mesmo os representantes populares, num Estado Democrático, estão adstritos à limitações materiais no processo formal de modificação constitucional (cláusulas pétreas).

Portanto, a atividade criativa, que importe em mutação constitucional deve estar dentro de uma limitação material de princípios que estejam dentro do conteúdo material da Constituição.

¹⁴² COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20.

¹⁴³ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20.

Embora de difícil fixação, é mister identificar quais seriam essas limitações na atividade criativa do Judiciário, no âmbito da hermenêutica constitucional.

Há quem sustente que as limitações à mutação constitucional estão condensadas em três ordens de ideias: ela deve se circunscrever aos sentidos possíveis do texto; decorrer de genuína mudança na sociedade e não avançar no campo próprio da reforma constitucional¹⁴⁴.

Uma das visões que atentam à ideia de limitação é encontrada na real tensão entre realidade e normatividade. A tentativa de resposta para o eterno conflito entre ser e dever-ser, entre o real e o texto normativo, na visão de Hesse, é um condicionamento recíproco entre a Constituição e a realidade político-social. Assim, a Constituição é determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a esta, de forma que a “Constituição real” e a “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação¹⁴⁵.

Afirma Hesse que:

Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento¹⁴⁶.

É certo que o desenvolvimento da força normativa da Constituição está condicionado à sua capacidade de se contemplar normas que se aproximam do presente, dos princípios dominantes à época de sua criação, sendo, ainda, capaz de adaptar-se a uma eventual mudança das circunstâncias condicionantes, como realidade político-social¹⁴⁷.

As mudanças, todavia, não podem se tornar um procedimento vulgar, pois, no sentir de Hesse, a tendência de frequente revisão, sob o

¹⁴⁴ BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação Constitucional. A Constituição Viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 34.

¹⁴⁵ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p.12-15.

¹⁴⁶ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 17.

¹⁴⁷ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 20-21.

argumento de inarredável necessidade política, é perigosa para a força normativa da Constituição¹⁴⁸. Portanto, se a revisão vulgar pode importar vulnerar a força normativa da Constituição, com idêntica razão não se pode admitir vacilações corriqueiras de interpretação no momento de concretização da norma pelo Judiciário.

Um fator necessário para a preservação da força normativa da Constituição é, assim, o uso da interpretação constitucional adequadamente orientada e limitada.

Uma *mudança na relação fática* pode acarretar mudança na interpretação da Constituição, desde que o processo de interpretação esteja atrelado ao “sentido da proposição jurídica”, pois este é o limite da interpretação e o “limite de qualquer interpretação normativa”. Afinal, “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 inevitável¹⁴⁹”.

Levando em consideração a teoria da norma jurídica de Müller, Konrad Hesse, começa a traçar uma ideia de limitação à discricionariedade da mutação constitucional.

Hesse, discorrendo sobre a ideia de norma jurídica concretizada em Müller, afirma que:

As normas que integram o Direito Constitucional não são mandatos (Sollensätze) abstratos que, alheios à realidade, a esta se contrapõem de forma totalmente desconexa, o que ‘dialética’, ‘correlativamente’ ou de que modo seja, coordenam-se com essa realidade por meio de uma genética inter-relação. Estas normas restam letra morta quando seu conteúdo não se incorpora à conduta humana mediante sua aplicação e observância diárias. Só enquanto o Direito Constitucional é ‘realizado’ por e nesta conduta, alcança a realidade de uma ordem vivida, formadora e conformadora da realidade histórica, capaz, portanto, de cumprir sua função na vida da Comunidade. [...] Do ponto de vista dessa ‘realização’ do Direito Constitucional, como assinalou F. Müller, a ‘norma’ não pode ser isolada da ‘realidade’, pelo contrário, a ‘realidade’ em suas

¹⁴⁸ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 22.

¹⁴⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 23.

circunstâncias (o 'âmbito normativo'), as quais são afetadas pelo mandato da norma (o 'programa normativo'), é parte integrante e constitutiva da norma mesma.¹⁵⁰

A norma, portanto, abarca os dados da realidade afetados pelo programa normativo, as modificações empreendidas no âmbito normativo devem levar a uma alteração da norma. Segundo Hesse, “a instância que decide se a alteração fática pode ser relevante para a norma, quer dizer, se o fato modificado pertence ao âmbito normativo, é o programa normativo que se contém substancialmente no texto da norma constitucional (e que deve ser interpretado com os instrumentos tradicionais). Só enquanto este fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma¹⁵¹”.

Seguindo-se essas ideias, Hesse acredita que se estaria diante de um mecanismo de limitação da discricionariedade na limitação constitucional¹⁵².

Com efeito, “se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo, se o “programa normativo” resulta determinante a esse respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto¹⁵³”.

Dessa forma, o que se propugna é a adoção do texto da constituição como um limite à mutação constitucional, pois dessa forma, quando o texto mostrar-se incompatível com a realidade histórica e

¹⁵⁰ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 166-167.

¹⁵¹ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 167.

¹⁵² HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 168.

¹⁵³ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 168.

contextualizada, abre-se a via da reforma constitucional, que se amolda mais adequadamente a um equilíbrio entre os poderes públicos¹⁵⁴.

A concretização da constituição, mediante o seu aperfeiçoamento, na jurisprudência, deve, portanto, dar-se dentro dos espaços normativos¹⁵⁵. Assim, a mutação constitucional, mediante “implementação fática” deve dar-se “sempre conforme o fio condutor da formulação linguística dessa norma constitucional e com outros meios metódicos auxiliares de concretização¹⁵⁶”.

Essas alterações informais *não podem ir ao ponto de violarem o conteúdo essencial da constituição*¹⁵⁷. Celso Bastos, seguindo a mesma trilha de limitação ao poder interpretativo da constituição, entende que o *intérprete pode, assim, agregar esses novos elementos – tais como mudanças de valores, evoluções tecnológicas – ao conteúdo abstrato da norma constitucional, sem, contudo, violar a letra da lei ou seu conteúdo essencial*¹⁵⁸.

Com razão, Celso Bastos afirma que a interpretação não pode e nem deve ser compreendida como uma atividade ilimitada. É certo que mesmo sem haver uma mutação formal da norma constitucional a sua

¹⁵⁴ Não olvidamos a posição daqueles que rechaçam a teoria do poder constituinte derivado, enxergando nas limitações materiais, expressas e implícitas, uma ideia limitadora da democracia. Com efeito, há quem enxergue a Constituição e suas reformas como legítimas quando decorrentes de um processo de elaboração democrático e não de sua manifestação formal. Bigonha e Luiz Moreira entendem que o que torna legítima a Assembleia Constituinte não é a Constituição que dela emana, mas o mandato que lhe é conferido pelos cidadãos. E, portanto, a ideia de poder constituinte reformador limitado é um simulacro que causa uma crise do Parlamento, pois o que deveria legitimar a autoridade da Assembleia Constituinte e o Parlamento é o poder decorrente do mandato, das urnas, não havendo que se falar em um poder constituinte como originário, porque o poder não se origina de um ato fundante ou de uma assembleia convocada, mas a uma decisão perenemente tomada nas urnas. Essa seria uma grande armadilha da modernidade que obstruiria o Poder Legislativo, democrático, fruto do voto, pelo Judiciário, como tutor da Constituição capaz de substituir as emendas constitucionais por um truque hermenêutico denominado de mutação constitucional. Nesse sentido: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Legitimidade do Estado e a Revisão Parlamentar do Controle de Constitucionalidade. *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Organizadores: BIGONHA e MOREIRA. *Coleção ANPR de Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 2-7.

¹⁵⁵ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 53.

¹⁵⁶ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 55.

¹⁵⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. *A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais*. *Interpretação Constitucional*. Org. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 146.

¹⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. *A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais*. *Interpretação Constitucional*. Org. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 146.

compreensão muda, em virtude da constante evolução da sociedade. Mas isso se dá com uma direção precisa, e não em qualquer sentido [...] A interpretação encontra seus limites na própria expressão literal da lei.¹⁵⁹

Essa ideia já era encontrada em Anna Cândida da Cunha Ferraz que vislumbra a mutação constitucional como uma “função constituinte implícita”, que, por não encontrar autorização expressa, possui limites, não podendo empreender reformas na letra e no conteúdo expresso da Constituição. Nessa trilha, entende a referida autora que a atuação da mutação constitucional se restringe a precisar ou modificar o sentido, o significado e alcance, sem, todavia contrariar a letra da Constituição¹⁶⁰.

Para Cristina Queiroz, no processo de atualização das normas constitucionais, via interpretação, não poderão ocorrer mutações constitucionais de forma derogatória face a um objetivo normativo claramente estabelecido pelo constituinte¹⁶¹.

Segundo essa mesma visão, os *limites da interpretação coincidem como ‘direitos do texto’, o que não quer dizer que coincidam inteiramente com os ‘direitos do seu autor’ (“originalismo”)*. Isso significa que o texto interpretado impõe restrições (limites) aos seus intérpretes-aplicadores.

Essa visão também é encontrada em Dworkin que defende que a interpretação do *Statute Law* está limitada pelo elemento gramatical¹⁶². É a letra da lei que se impõe como limite ao processo interpretativo.

Nesse mesmo sentido, vaticina Sandra Martinho Rodrigues, ao analisar a obra de Dworkin:

¹⁵⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. *A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais*. *Interpretação Constitucional*. Org. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 161.

¹⁶⁰“Em resumo, a *mutação constitucional*, para que mereça o qualificativo, deve satisfazer, portanto, os requisitos apontados. Em primeiro lugar, importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Em segundo lugar, essa *mutação* não ofende a letra nem o espírito da Constituição: é, pois, *constitucional*. Finalmente, a alteração da Constituição se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 11.

¹⁶¹ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 117.

¹⁶² DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Bath: Duckworth, 1984, p. 234.

O texto é considerado como o ponto de partida para a interpretação, comportando duas funções: uma negativa, ou seja, elimina todos os sentidos que não encontram qualquer apoio na letra da lei; e uma função positiva ou selectiva da letra da lei: se o texto apenas comporta um sentido, será esse o sentido da norma legal, salvo se, com base noutras normas do ordenamento jurídico, se puder concluir que a formulação expressa no texto atraiçooou o pensamento do legislador. [...] É a letra da lei que delimita o âmbito da interpretação; não se trata apenas de um ponto de partida ou fator hermenêutico, mas é o próprio critério dos limites da interpretação¹⁶³.

Todavia, um dos grandes problemas na fixação dos limites à interpretação judicial e, por consequência, na mutação via poder judiciário, é no reconhecimento de uma dualidade de normas constitucionais: princípios e regras.

A teoria da metodologia jurídica hodierna divide as normas jurídicas em duas espécies: regras e princípios. A distinção entre elas é tarefa árdua e complexa e sua dimensão teórica se deve, principalmente, a dois autores: Robert Alexy¹⁶⁴ e Ronald Dworkin¹⁶⁵.

A doutrina brasileira, principalmente de viés neoconstitucionalista tem aceitado a aplicação da ideia esposada por Canotilho, com base em Dworkin, Alexy, Canaris, de que o sistema jurídico é um sistema normativo aberto de regras e princípios.

Canotilho, analisando a Constituição portuguesa, afirma que o Estado de direito democrático é um **“sistema normativo aberto de regras e princípios”**:

(1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma *estrutura dialógica* (Caliess), traduzida na disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”; (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um *sistema de*

¹⁶³ RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin. Uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 70-71.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como soa a sua forma de regras¹⁶⁶.

Nesse diapasão, as normas jurídicas são de duas modalidades: regras e princípios. Os mais variados critérios podem ser utilizados, dependendo da corrente doutrinária, para diferenciá-las.

Canotilho, cujos critérios distintivos têm aceitação generalizada, entende que essas normas se diferenciam em razão de seis critérios: grau de abstração; grau de determinabilidade; caráter de fundamentalidade; proximidade da ideia de direito e natureza normogénica¹⁶⁷.

Grau de abstração: os princípios são normas com elevado grau de abstração; as regras são de abstração reduzida. Grau de determinabilidade: os princípios carecem de intermediação concretizadora do juiz ou do legislador já que são vagos e *indeterminados*, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta. Caráter de fundamentalidade: os princípios são normas estruturantes por serem consideradas com posição hierárquica superior no sistema das fontes ou por sua importância estruturante dentro do sistema jurídico. Proximidade com a ideia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes nas exigências de justiça ou na ideia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

Barroso, não obstante reconhecer a diversidade de critérios distintivos, por simplificação os reduz a três:

Conteúdo: o vocábulo *princípio* representa as normas que se expressam decisões políticas fundamentais, valores a serem observados em razão de sua dimensão ética ou fins públicos a serem realizados. Estrutura normativa: os princípios são normas predominantemente finalísticas, ao passo que as regras são normas descritivas. Por fim, quanto ao modo de aplicação, as regras se aplicam na modalidade do tudo ou nada, pois ao intérprete não cabe fazer valoração, mas apenas aplicação da regra pela subsunção,

¹⁶⁶ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159.

¹⁶⁷ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160-1161.

enquanto que os princípios se aplicam pela regra da ponderação ou harmonização.

Independentemente da corrente doutrinária que faça as referidas distinções, o fato é que os princípios de uma abrangência, abstração e um grau de flexibilidade maior. A vantagem de um sistema aberto de normas e princípios é que evitaria o legalismo mediante uma disciplina legislativa exaustiva, ao passo que um sistema composto também por princípios fornece suportes para a resolução de determinados problemas metódicos. Ademais, permitiria uma oxigenação e realização gradativa da constituição¹⁶⁸.

Portanto, a plasticidade é um componente presente desses tipos de sistema. Há quem sustente que a mutação constitucional está associada à plasticidade de que são dotadas algumas normas constitucionais¹⁶⁹.

Barroso sustenta a adoção desse mecanismo informal de mudança da constituição ocorre pelas possibilidades de interpretação das normas constitucionais dotadas de enunciados normativos de textura aberta, com conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios¹⁷⁰.

O caráter principiológico, político e indeterminado de algumas normas constitucionais permitem uma maior plasticidade no processo hermenêutico, autorizando o Judiciário a empreender uma mutação constitucional, em sua atividade de concretização da norma constitucional.

Portanto, para quem aceita a diferenciação das normas-regra e das normas-princípio, a distinção entre elas está, dentre outros fatores, no caráter altamente genérico e abstrato destes em cotejo com aqueles, bem de sua carga valorativa, o que permite aceitar uma *interpretação principiológica eminentemente criativa da norma*¹⁷¹.

É de ser perquirir se essa atividade criativa está inserida nas funções típicas atribuída ao Judiciário, no quadro da separação dos poderes.

¹⁶⁸ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1163.

¹⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123.

¹⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.129.

¹⁷¹ Nesse sentido: BELLO FILHO, Ney de Barros. *Sistema Constitucional Aberto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 235.

Esse é um dos problemas que a interpretação criativa provoca. Para solvê-lo, é mister que se analise a concepção dessa teoria à luz do constitucionalismo e sua evolução no caso brasileiro.

3.5 Concepção clássica de separação dos poderes

É comum identificar o constitucionalismo com a ideia de separação dos poderes por conta do art. 16 da Declaração francesa dos Direitos do Homem de agosto de 1789: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Portanto, um dos pilares do constitucionalismo repousa na doutrina do francês Montesquieu¹⁷², que ao analisar a organização política inglesa, traçou um princípio denominado de “Separação dos Poderes” consagrado pela quase totalidade dos Estados ocidentais. Graças à Revolução Gloriosa, Barão de Brède, ao analisar as instituições inglesas, pós-revolucionárias, traça um esquema de repartição orgânica de funções.

Na sua obra mais consagrada, *O Espírito das Leis*, de 1748, fora criado um arranjo de funções orgânicas que não importasse em enfeixe unipessoal de poderes, como meio de combater o absolutismo, (Livro XI, Capítulo VI – Da Constituição da Inglaterra). Não obstante a ideia não ter sido totalmente nova, é ao Barão de Montesquieu que se tributa o arranjo tão difundido nas democracias ocidentais¹⁷³.

¹⁷³ “Apesar de ter adquirido consagração com a obra clássica de Montesquieu, a teoria da separação dos poderes tem antecedentes antigos. Já Aristóteles, na *Política*, defendia a ideia de que a concentração do poder político nas mãos de um só homem, sujeitos a todas as desordens e afeições da mente humana, era inconveniente, e, com tal aviso, distinguia as funções do estado em deliberante, executiva e judiciária. [...] Foi na era Moderna, entretanto, que a divisão do exercício do poder principiou a tomar corpo, sobretudo no sulco da evolução política por que passou a Inglaterra até a edição do *Bill of Rights*, em 1689. Baseado na realidade inglesa do tempo, Locke formulou a primeira construção sistemática de uma teoria da separação dos poderes, dividindo-os em legislativo, executivo e federativo”. (*ADI 3367, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 17.03.2006, trecho do voto do relator, fls. 210*)

Para Montesquieu, em cada Estado existem três espécies de poderes: “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil¹⁷⁴”.

Pelo poder legislativo, o “príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas”. Pelo poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, o príncipe ou magistrado determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo poder executivo das coisas que dependem do direito civil, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos, chamando este último de “poder de julgar¹⁷⁵”.

Para o Professor José Levi Mello do Amaral Júnior:

A descrição que Montesquieu faz do Poder Executivo (“faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões”) corresponde, tipicamente às funções de chefia de Estado¹⁷⁶.

Quanto à idealização do Poder Judiciário, José Levi Mello do Amaral Júnior afirma que:

A fórmula utilizada relativamente ao poder de julgar (“poder executivo das coisas que dependem do direito civil”), corrobora, também, a ilação anterior relativa ao *ius gentium*: o poder de julgar aplica o direito civil, o *ius civile*, isto é, cuida das relações e dos conflitos internos [...]¹⁷⁷

¹⁷⁴ SECONDAT, Charles Louis de. *O Espírito das Leis*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 165.

¹⁷⁵ SECONDAT, Charles Louis de. *O Espírito das Leis*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 165.

¹⁷⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis*. Revista dos Tribunais. Ano 97. Vol. 868, fevereiro 2008, p. 53-68.

¹⁷⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis*. Revista dos Tribunais. Ano 97. Vol. 868, fevereiro 2008, p. 56-57.

A concentração de todas essas funções em um único corpo importaria em insegurança e ausência de liberdade para o cidadão. Segundo Montesquieu:

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos príncipes, ou o dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares¹⁷⁸.

Quanto ao poder judiciário, o Barão da Brède, afirma inexistir liberdade se não houver separação do poder de julgar em relação ao poder legislativo e executivo. Para ele, se o legislativo estiver unido ao executivo, o poder sobre a vida e liberdade dos cidadãos seria arbítrio, pois o juiz seria o legislador¹⁷⁹.

O Judiciário, em Montesquieu, não passa de mera “boca da lei”, não lhe cabendo tarefa pertinente à moderação da força ou do rigor da lei, pois compete ao poder legislativo “moderar a lei em favor da própria lei, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela¹⁸⁰”. Portanto, o poder de julgar é uma mera execução dos comandos normativos, daí o motivo pelo qual esse poder é, na visão desse autor, poder executivo do *ius civile*.

O Poder Judiciário é um corpo neutro em razão da forma de composição dos Tribunais (juízes sorteados entre o povo, temporariamente) e do modo de decidir dos juízes¹⁸¹ que se restringe à mera execução de um texto exato da lei; sendo os demais poderes neutralizados mediante, por exemplo, o veto do Executivo à leis do Legislativo.

¹⁷⁸ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 166.

¹⁷⁹ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 166.

¹⁸⁰ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 166.

¹⁸¹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis*. Revista dos Tribunais. Ano 97. Vol. 868, fevereiro 2008, p. 56.

Na primeira Constituição brasileira, ainda na vigência do Império, os poderes eram quadripartidos: Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador (art. 10 da Constituição de 1824).

Sob a égide da Constituição histórica nacional, a competência para criar, interpretar, suspender e revogar as leis era atribuída ao Poder Legislativo (art. 15, VIII), cabendo-lhe, igualmente, a Guarda da Constituição (art. 15, IX).

Portanto, a ideia constante no livro de Montesquieu de Juiz boca da lei prevaleceu nesse momento fundante da nação brasileira, não cabendo a ele legislar, seja de forma positiva seja de forma negativa.

Com o advento de novas constituições, o Juiz boca da lei, preconizada por Montesquieu¹⁸², transmutou-se num juiz legislador negativo.

Loewentein, desde 1957, ao lançar a sua obra *Teoria da Constituição*, já ventila vários argumentos para uma superação dessa visão de separação de poderes. Segundo, o publicista alemão, um olhar sobre o sistema mais comum de governo, o parlamentar, poderia convencer os autores constitucionais que o Legislativo e o Executivo não são separados pessoal ou funcionalmente, pois os membros do governo são membros do parlamento¹⁸³.

Assim, infere-se que o “sistema constante do Capítulo VI do Livro XI de *O espírito das leis* é o presidencialismo clássico, descrito com base em um “instantâneo” de um dado momento evolutivo das instituições inglesas (primeira metade do século XVIII, que, a rigor, já flertavam com o parlamentarismo¹⁸⁴”.

¹⁸² Todavia, sobre a classificação tradicional das funções do Estado, em Montesquieu, recai a suspeita de falta de cientificidade, pois à época de publicação de sua obra, não mais existia na Inglaterra a separação de funções nos termos que ele a descreve e, em essência, as funções administrativas e jurisdicionais se aproximam.

Ademais, a prática constitucional dos Estados é que acaba por definir em que grau haverá separação ou interpenetração entre os órgãos e suas respectivas funções. Some-se a isso fato de que, não obstante essa divisão clássica de funções entre órgãos, o poder é uno e indivisível, não podendo ser inerte às necessidades do Estado.

¹⁸³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*. 2ª ed. Tradução para o Espanhol: Alfredo Gallego Alabitarte. Barcelona: 1976, Ariel, p. 55.

¹⁸⁴ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis*. Revista dos Tribunais. Ano 97. Vol. 868, fevereiro 2008, p. 54.

Arremata Loewenstein que é preciso ter em mente que o princípio da necessária separação de funções estatais, segundo seus diversos elementos substanciais e sua distribuição entre diferentes detentores, não é essencial para o exercício do poder político nem representa uma verdade evidente e válida para todo o tempo¹⁸⁵.

Com efeito, ao longo do tempo há interpenetração ou mutação dessas funções entre os diferentes órgãos políticos do Estado. Aquilo que era inconcebível a um poder é parte de sua tarefa típica, a exemplo da prestação da jurisdição constitucional, em que, no caso do controle concentrado-abstrato, o Tribunal de Cúpula, na guarda da Constituição, declara inconstitucional uma lei ou ato normativo fruto da atividade legiferante do poder legislativo.

Com essa tarefa de prestação a jurisdição constitucional, nasce a ideia de um Judiciário que atua como legislador negativo.

Se se aceitar o pressuposto de que a separação orgânica de funções é algo originário do Século XVIII, a ideia de que ao poder judicante estaria apenas atribuída a tarefa de aplicar ou executar a lei nos estritos limites, seria algo que se restringe nesse quadro temporal.

De fato. Após a criação das primeiras constituições escritas, pós-revolucionárias, e, em especial, da Constituição norte-americana de 1787, um novo quadro institucional começa a se formar, influenciando, sobremaneira, na ideia de separação de funções, de modo a mitigar sua conformação originária, com maior ênfase no papel dado ao Poder Judiciário.

Entre outubro de 1787 e maio de 1788, foram publicados, em defesa da Constituição dos Estados Unidos, oitenta e cinco artigos que, posteriormente compilados em um livro, foram denominados de *O federalista*, de autoria de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison. Nessa obra, no artigo 78, surge, pelo menos no plano teórico, a ideia avessa ao juiz boca da lei, pois ao Judiciário é defendida a competência para resolver sobre leis contraditórias ou contrárias à Constituição.

¹⁸⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Tradución de Alfredo Gallego Alabitarte. Barcelona: 1976, Ariel, p. 56.

É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma Constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes¹⁸⁶.

A semente teórica, para que os juízes prestassem jurisdição constitucional, mediante a análise da compatibilidade das leis com a constituição, fora lançada, portanto, no final do século XVIII, sendo um marco teórico que se transformara empiricamente no sistema constitucional norte-americano em 1803, com o célebre caso *Marbury v. Madison*.

Não obstante o silêncio da Constituição norte-americana acerca da possibilidade de o Judiciário empreender juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, a Suprema Corte afirmou o seu papel de órgão de controle de constitucionalidade ao julgar o referido caso.

O juiz Marshall empreendeu um raciocínio no sentido de que compete ao Judiciário controlar a constitucionalidade e a legalidade dos atos do poder executivo, podendo ainda, para preservar a autoridade da constituição, declarar a nulidade da lei que lhe contrarie, sob pena de transformar o legislativo num órgão com onipotência.

Marbury v. Madison, portanto, foi o precedente que deu ensejo à criação pretoriana do controle de constitucionalidade. É que algumas ideias centrais do constitucionalismo foram assentadas: princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário para interpretar, de maneira final, a Constituição, realizando a análise da compatibilidade das leis com os seus preceitos e regras¹⁸⁷.

¹⁸⁶HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003, p. 472-473.

¹⁸⁷BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 10.

Portanto, se os Estados Unidos tivessem aplicado de forma abrangente a Teoria de Montesquieu sobre a separação dos poderes, em sua conformação originária, nunca se poderia conceber que o Judiciário teria a atribuição de anular leis e atos dos demais poderes quando contrários à supremacia constitucional.

O reconhecimento da competência do Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade das leis e dos atos, retirando-lhes seus efeitos quando em desacordo com a Constituição, implanta a tese de que o Judiciário é um legislador negativo, tese essa que foi trazida para o ordenamento jurídico brasileiro quando, sob a égide da primeira constituição republicada, se acolheu o modelo de controle difuso de constitucionalidade.

No Brasil imperial, a ideia de controle de constitucionalidade das leis era algo inconcebível, por influência do sistema francês. Todavia, com o advento da primeira constituição da república – Constituição de 1891 – influenciada pelo constitucionalismo norte-americano, fora implantada o modelo de controle judicial difuso de constitucionalidade, pela via de exceção, mediante provocação das partes. Aliás, essa previsão já constava do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, quando em seu art. 3º estatuiu à magistratura federal a competência para aplicar e guardar a Constituição por provação das partes¹⁸⁸.

Com efeito, o art. 60, “a” da Constituição Federal de 1891 dispunha que: “Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal¹⁸⁹”.

A competência judicial para zelar pela guarda da Constituição era, à época, não um poder legiferante, mas um poder de interpretar, de natureza declaratória-cognitiva. Portanto, não cabia ao Judiciário criar, com os seus julgamentos, atos normativos. Daí, se pode afirmar que ao declarar a nulidade da lei, o Judiciário agia, no máximo, como legislador negativo.

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1094.

¹⁸⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 10 out. 2011.

Com o advento da Constituição cidadã de 1988, a ideia clássica, tão disseminada na doutrina nacional e no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de que ao Judiciário não é dada a competência legiferante, no que tange à jurisdição constitucional, imperou e, ainda, impera em alguns julgados dessa Corte¹⁹⁰.

Todavia, a prática judicial tem infirmado essa ideia. Destarte, consultando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pós 88, resta cristalino o exercício da competência normativa dessa Corte, que, em vários julgados, criou normas, numa verdadeira demonstração de ativismo judicial¹⁹¹.

Essa atuação positiva é, mormente, encontrada no âmbito do controle de constitucionalidade por omissão, mas, igualmente, nas inconstitucionalidades positivas ou por ação, o que demonstra que a Separação de Poderes é algo que sofreu uma mutação ao longo do tempo, e, sobretudo, na vigência da Constituição de 1988.

Portanto é sustentável que o Princípio da Separação dos Poderes não é algo rígido, a ponto de não se modificar, a cada Constituição e internamente dentro de uma mesma Constituição para que o poder político não seja abdicado e para que os demais princípios constitucionais sejam efetivados.

Na vigente Constituição brasileira, o princípio da separação dos poderes foi enxergado como uma função cognitivo-declaratória, embora, na atualidade, se mostre uma função cognitivo-criadora.

¹⁹⁰ RE 493234-AgR-RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ-e 165. Nesse precedente, o STF asseverou que não lhe é dada a competência para atuar como legislador positivo, nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade. RE 642633-AgR-MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ-e 20.04.2011.

¹⁹¹ Ativismo judicial “reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*. Saraiva, 2010, p. 107.

“Como quer que seja, costuma-se usar o termo ativismo em contextos destinados a apontar, para fins de censura ou para o aplauso, um exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidivo – o ativismo judicial, *As novas faces do ativismo judicial*. Organizadores: André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Gotti de Paula e Marcelo Novelino. Bahia: Jus Podivm, 2011, p. 392.

3.6 Mutação constitucional da separa o dos poderes na CF de 1988

Para se identificar a muta o do princípio da separa o dos poderes, na Constitui o de 1988, veja-se a evolu o da matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Em 23.11.1989, na Questão de Ordem levantada nos autos do Mandado de Injun o 107, o Supremo Tribunal Federal, consagrou a tese de que, no controle de omissões constitucionais, ao Poder Judiciário não fora constitucionalmente atribuída a competência para supri-las integrando a norma constitucional, portanto, o Judiciário não poderia atuar como legislador positivo¹⁹².

Em 25.10.1990, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na A o Direta de Inconstitucionalidade n. 267, da relatoria do Min. Celso de Mello, fixou a tese de que o Judiciário são pode atuar como Legislador negativo.

A a o direta tinha por objeto obter a declara o de inconstitucionalidade por conduta omissiva do Poder Legislativo que se absteve de legislar para integrar a norma do art. 45,  1  da Constitui o Federal que trata da representa o proporcional de cada Estado e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados.

Nos autos, o legitimado ativo postulava provimento cautelar para acarretar a eleva o automática da composi o da bancada do Estado de São Paulo na Câmara dos Deputados para o limite máximo de setenta deputados.

Pelo voto do relator, ficou consignado que "acaso admitido fosse, implicaria, transformar o Poder Judiciário, no plano do controle

¹⁹² STF, MI-QO 107-3, DJ 21.09.1990, Rel. Min. Moreira Alves.

concentrado de constitucionalidade, em legislador positivo, condição que este próprio Tribunal tem-se recusado a exercer¹⁹³”.

Segundo o Min. Relator:

O Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua como verdadeiro legislador negativo, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de atos – e não de omissões – inconstitucionais, um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida à Corte, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política¹⁹⁴.

Portanto, após a Constituição de 1988, no plano da interpretação do alcance do princípio constitucional da separação dos poderes, vigorou no Supremo Tribunal Federal a tese de que ao Poder Judiciário não fora constitucionalmente atribuído a capacidade de criação de normas.

Não obstante a intangibilidade da separação dos poderes, que se consubstancia no plano constitucional vigente como cláusula pétrea (art. 60, §4º CF), o fato é que a leitura desse princípio, ao longo da aplicação da atual constituição, foi modificando empiricamente na visão da Suprema Corte brasileira numa real mutação constitucional.

Essa mudança de legislador negativo para positivo se deu também mediante a mutação constitucional por intermédio das sentenças manipulativas.

¹⁹³ ADI-MC 267-8, voto do Relator, Ministro Celso de Mello, p. 195. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346276> Acesso em 07.01.2011.

¹⁹⁴ ADI-MC 267-8, voto do Relator, Ministro Celso de Mello, p. 195-196. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346276> Acesso em 07.01.2011..

4 AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS COMO VEÍCULO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

4.1 Introdução

As sentenças manipulativas, também denominadas de intermédias, são nas palavras da professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Maria Lúcia Amaral:

[...] aquelas decisões que, pelos efeitos que produzem, ficam de algum modo a *meio caminho* entre os dois modelos puros de decisões que são em tese hipotisáveis na jurisprudência constitucional – as sentenças intermédias não são nem sentenças puras de rejeição [do pedido de inconstitucionalidade], nem sentenças puras de acolhimento [...]¹⁹⁵.

Com efeito, ao longo do tempo, a praxe jurisdicional se deparou com casos de difícil solução, em que a aplicação pura das técnicas tradicionais decisórias no âmbito da jurisdição constitucional, que culminam com a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, se mostrou injusta ou contrária aos postulados da segurança jurídica, da isonomia e da proporcionalidade.

Para dar efetividade a tais postulados, a jurisdição empreendeu a construção de novas modalidades decisórias entre o modelo antigo dual: constitucionalidade-inconstitucionalidade. A superação dessas decisões binárias, com a criação de novas técnicas, teve influência da jurisprudência das Cortes constitucionais italiana, portuguesa, espanhola e alemã.

¹⁹⁵ AMARAL, Mária Lúcia. *As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa*. In Congresso luso-italiano de Direito Constitucional, 2009, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em http://www.google.com.br/search?hl=ptR&source=hp&q=as+decis%C3%B5es+interm%C3%A9dias+na+jurisprud%C3%Aancia+constitucional+portuguesa&aq=f&aqi=&aql=&oq=&rlz=1R2ADFA_pt-BRBR373. Acesso em: 1º set. 2011.

Essas decisões intermediárias são denominadas pela doutrina italiana de *decisioni manipolative* e pela portuguesa de decisões intermédias. Há diversas variações terminológicas e espécies classificatórias a depender do referencial teórico que se adote.

Essas decisões manipulativas são modalidades de decisões de controle *que*

importam, em alguma medida, na interferência sobre o conteúdo normativo dos dispositivos legais fiscalizados, logrando impor aos operadores e destinatários do sistema jurídico determinadas variantes interpretativas ou efeitos, em detrimento de outros que, *prima facie*, deles também se poderiam extrair¹⁹⁶.

Não obstante a diversidade de visões sobre o tema, bem como a pluralidade de sistematização e nomenclatura dessas decisões tanto no direito alienígena quanto na incipiente doutrina nacional, infere-se que essas técnicas intermediárias são uma realidade mais pujante na jurisdição constitucional europeia, onde foi primeiramente desenvolvida. Todavia, em análise aos precedentes do Supremo Tribunal Federal aufere-se a aplicação dessas técnicas intermediárias no Brasil.

Tais sentenças manipulativas se originaram do Direito Italiano, mais precisamente da *sentenza* nº 24, de 1957¹⁹⁷. Essas sentenças manipulativas dimanam do Direito Positivo, quer de dispositivos constitucionais, quer de dispositivos legais, ou da atividade criativa da jurisdição constitucional¹⁹⁸.

No Brasil, José Adércio Leite Sampaio tratou do assunto. Na visão do referido autor, as sentenças intermediárias podem ser assim divididas:

Sentenças normativas. Nessas espécies de decisões normativas, o Tribunal empreende a criação de uma norma geral e vinculante. Podem ser: a1) aditivas; a2) aditivas de princípios e a3) substitutivas.

¹⁹⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 209.

¹⁹⁷ A Sardenha aprovou lei que versava sobre o controle das províncias e municípios. A Corte italiana declarou a inconstitucionalidade parcial da lei, em alguns dispositivos na parte em que deixava de contemplar regras sobre inelegibilidade de alguns membros regionais. Disponível em <http://www.giurcost.org/decisioni/1957/0024s-57.html>. Acesso em: 15 jul. 2011.

¹⁹⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2005, t. 2., p. 252.

a1) sentença normativa aditiva. Nestas, há um alargamento da abrangência do texto legal em virtude da criação de uma regra pela própria decisão.

a2) sentença normativa aditiva de princípios. O tribunal adiciona um princípio deixando a criação da regra pelo legislador.

Sentenças transitivas ou transacionais. Nelas há uma espécie de transação com a supremacia da Constituição. Podem ser divididas em: a1) sem efeito ablativo; a2) com efeito ablativo; a3) apelativas e a4) de aviso.

a1) sentença transitiva sem efeito ablativo: a declaração de inconstitucionalidade não se faz acompanhar da extirpação da norma do ordenamento jurídico, se houve possibilidade de se criar uma situação jurídica insuportável ou de grave perigoso orçamentário.

a2) sentença transitiva, com efeito ablativo. Nesse caso, a decisão que declara a inconstitucionalidade tem possibilidade de extirpar a norma ou seus efeitos do ordenamento jurídico, mas efetuando a modulação temporal dos efeitos da decisão.

a3) sentença transitiva apelativa. Trata-se de declarar a constitucionalidade da norma, mas assentando um apelo ao legislador para que adote providências necessárias destinadas que a situação venha a se adequar, com a mudança de fatos, aos parâmetros constitucionais.

a4) sentença transitiva de aviso. Nesse tipo de decisão, há um prenúncio de uma mudança de orientação jurisprudencial que não será aplicado ao caso em análise.

4.2 As sentenças manipulativas ou intermédias no direito português

Uma das principais referências das sentenças intermédias no controle de constitucionalidade em Portugal é o Professor Carlos Blanco de Moraes, para quem as sentenças intermédias podem ser denominadas, igualmente, de sentenças manipulativas.

Para o constitucionalista português, as sentenças manipulativas ou intermédias, na ordem constitucional portuguesa são o

gênero do qual decorrem três espécies: i) modulação temporal da eficácia decisional ou da eficácia do direito objeto de julgamento; ii) *decisões interpretativas condicionais (sentenças interpretativas de acolhimento e, até certo ponto, as de rejeição)*; iii) decisões com efeitos aditivos¹⁹⁹.

Todavia, no Direito Português, as decisões manipulativas deitam raízes no próprio texto constitucional. Com efeito, o art. 282, n. 4, da Constituição portuguesa prevê a possibilidade do Tribunal Constitucional modular a eficácia temporal de suas decisões e sua respectiva hipótese de incidência.

Eis o teor do dispositivo constitucional português que fundamenta a existência dessas decisões no ordenamento português:

Artigo **282º**
Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reconstituição das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n. 1 e 2. (grifos acrescentados)

Portanto, no ordenamento constitucional português houve expressa previsão autorizando o Tribunal Constitucional a utilizar de algumas

¹⁹⁹MORAIS, Carlos Blanco. *Sobre o conteúdo possível das sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias*. In Congresso luso-italiano de Direito Constitucional, 2009, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: www.icjp.pt/seccoos/656. Acesso em: 1º de set. 2011.

decisões intermédias entre a declaração de constitucionalidade e inconstitucionalidade.

Esse é o motivo pelo qual, no direito português, não se fez necessário recorrer, na mesma medida, às declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade²⁰⁰.

Portanto, a utilização de sentenças intermédias no sistema de jurisdição constitucional português é algo que decorre expressamente de autorização do texto da Carta Magna, “o que contribuiu para que elas não tenham o mesmo alcance que tem noutros direitos²⁰¹”.

Ademais, a pronúncia judicial que importa em manipulação, no direito português, incide sobre normas e não sobre leis, como soa ocorrer em outros Estados²⁰², como afirma Maria Lúcia Amaral:

Em direito português, a identificação do sentido do direito ordinário é, tendencialmente, mais um ônus que impende sobre quem recorre ao Tribunal do que um ônus decisório do próprio Tribunal. A tal conduz o facto de o objecto da pronúncia ser, entre nós, não o texto, a lei, a disposição, mas a norma, logicamente com o seu sentido – identificado no pedido pela conjunção entre este e a causa de pedir. Tal explica, a meu ver, que as chamadas decisões interpretativas sejam pouco frequentes em Portugal (porque pouco necessárias), pelo menos nos domínios da ‘fiscalização abstracta de norma’.

²⁰⁰ AMARAL, Mária Lúcia. *As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa*. In Congresso luso-italiano de Direito Constitucional, 2009, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em http://www.google.com.br/search?hl=ptR&source=hp&q=as+decis%C3%B5es+interm%C3%A9dias+na+jurisprud%C3%Aancia+constitucional+portuguesa&aq=f&aql=&aqi=&aqj=&aqk=&aqm=&aqn=&aql=&aqo=&aqp=&aqr=&aqz=&aqz=&rlz=1R2ADFA_pt-BRBR373. Acesso em: 1º de set. 2011, p. 3.

²⁰¹ AMARAL, Mária Lúcia. *As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa*. In Congresso luso-italiano de Direito Constitucional, 2009, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em http://www.google.com.br/search?hl=ptR&source=hp&q=as+decis%C3%B5es+interm%C3%A9dias+na+jurisprud%C3%Aancia+constitucional+portuguesa&aq=f&aql=&aqi=&aqj=&aqk=&aqm=&aqn=&aql=&aqo=&aqp=&aqr=&aqz=&aqz=&rlz=1R2ADFA_pt-BRBR373. Acesso em: 1º de set. 2011, p. 4.

²⁰² AMARAL, Mária Lúcia. *As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa*. In Congresso luso-italiano de Direito Constitucional, 2009, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em http://www.google.com.br/search?hl=ptR&source=hp&q=as+decis%C3%B5es+interm%C3%A9dias+na+jurisprud%C3%Aancia+constitucional+portuguesa&aq=f&aql=&aqi=&aqj=&aqk=&aqm=&aqn=&aql=&aqo=&aqp=&aqr=&aqz=&aqz=&rlz=1R2ADFA_pt-BRBR373. Acesso em: 1º de set. 2011, p. 4.

Na Itália, o uso de sentenças manipulativas ou intermédias é identificado desde 1957. Segundo Elival da Silva Ramos, na jurisdição constitucional italiana, aufere-se uma divisão das sentenças manipulativas no sentido amplo em sentenças interpretativas e sentenças manipulativas em sentido estrito²⁰³.

Quando, no processo hermenêutico, algumas interpretações da norma estão em conformidade com a constituição e outras em desconformidade, optando o intérprete por aplicar o significado harmônico ou por excluir o significado em desconformidade com a constituição, estar-se-ia diante de uma sentença manipulativa do tipo interpretativa. As decisões interpretativas podem ser, ao seu turno, de rejeição (ou de interpretação conforme) e as de acolhimento (ou de inconstitucionalidade parcial qualitativa, sem redução de texto)²⁰⁴.

Essas decisões interpretativas, no ordenamento jurídico brasileiro, foram introduzidas, formalmente, no art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999, *in verbis*:

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive **a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto**, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (grifos acrescidos)

Quanto às sentenças manipulativas, no sentido restrito, o direito italiano a subdivide em duas categorias: as sentenças aditivas e as substitutivas.

Nas sentenças substitutivas o Tribunal declara “a inconstitucionalidade de uma lei, pelo fato de ela prever uma determinada coisa

²⁰³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211.

²⁰⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211-212.

o invés de outra²⁰⁵. Exemplo desse tipo de decisão ocorreu na Sentença 15/1969 da Corte Constitucional Italiana que declarou a inconstitucionalidade do art. 313 do Código Penal, na parte em que conferia ao Ministro da Justiça em vez da própria Corte a competência para autorizar a persecução criminal pelo delito de desacato à Corte²⁰⁶.

Nas sentenças aditivas, a Corte constitucional julga procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo legal que omite o regramento que deveria conter, ou seja, declara inconstitucional a parte em que a lei deixa de prever algo.

Nas palavras de Carlos Blanco de Moraes:

Imperativos de aproveitamento dos actos e, sobretudo, de tutela dos princípios da segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade conduziram a operações interpretativas e integrativas da Justiça Constitucional, destinadas não apenas a declarar uma inconstitucionalidade, mas também a "consertá-la" no tecido normativo, através de uma decisão aditiva. Neste ponto o Tribunal Constitucional afirmou-se como titular de um poder "correctivo" ou "reparador" "ad futurum" de deformidades das normas inconstitucionais.

Esta situação ocorre, em regra, quando se pretende censurar silêncios inconstitucionais do decisor normativo, criadores de desigualdades intoleráveis ou quando se intenta eliminar certas onerações, inadmissíveis e desproporcionadas, a direitos e garantias fundamentais. Assim, sempre que seja possível, em simultâneo, julgar a inconstitucionalidade parcial de uma norma e reparar o vício através da junção de um segmento normativo que em regra já deve estar presente no ordenamento, o Tribunal Constitucional não se coíbe de proferir sentenças com efeitos aditivos²⁰⁷.

Segundo Carlos Blanco de Moraes:

Não é difícil entrever que o uso dessa técnica decisória pode ser particularmente frutífero no campo das denominadas omissões relativas, em que, ao se proceder à regulação positiva de determinada matéria, o legislador o faz de modo incompleto, "importando essa incompletude que a norma não incluía na sua regulação ou excluía implicitamente os destinatários que nos termos

²⁰⁵ LEAL, Saul Tourinho. *O Novo Processo Constitucional e as Grandes Discussões Tributárias*. Revista Dialética de Direito Tributário nº 191, Agosto 2011, Dialética, p. 101.

²⁰⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 219.

²⁰⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. *Sobre o conteúdo possível das sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias*. In Congresso luso-italiano de Direito Constitucional, 2009, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em <http://www.icjp.pt/seccoes/656>. Acesso em: 22 ago. 2011.

constitucionais deveria ter incluído para lhes assegurar um tratamento igual²⁰⁸.

O uso dessa técnica empreende uma operação de integração e reconstrução, na concretização da norma, pois permite colmatar uma omissão excludente do texto normativo, incluindo, por exemplo, certos destinatários, em face da incompletude desigual do texto legal.

Nas sentenças aditivas²⁰⁹, portanto, ocorre uma manifestação normativa da Corte, pois o texto da prescrição legal deixa de prever algo que seria constitucional. Assim, a Corte atribui um conteúdo elástico, mais amplo ao texto originário da lei, para abarcar uma situação que a lei deixou de prever.

Trata-se de uma técnica decisória em que o Tribunal declara inconstitucional a lei, na parte em que não prevê algo que deveria ter previsto no texto normativo²¹⁰.

Há quem divida as sentenças aditivas em três modalidades: a) decisões demolitórias com efeitos aditivos (*quando é suprimida uma lei inconstitucional constritora de direitos*); b) as aditivas de prestação (*que têm impacto orçamentário*); e c) as aditivas de princípio (*onde são fixados princípios que o legislador deve observar ao prover a disciplina que se tem por indispensável ao exercício de determinado direito constitucional*).²¹¹

Portanto, infere-se que nas sentenças desse tipo o intérprete, além de trabalhar com o conteúdo das prescrições contidas no texto legal

²⁰⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. Apud: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 219

²⁰⁹ "Com le prime si fariferimento a quel tipo de pronuncia com la quale la Corte dichiara inconstituzionale una certa disposizione, in quanto omette di dire qualcosa ('nella parte in cui non prevede che'). Così ad esempio puo dichiararel 'inconstituzionalita di una disposizione del codice di procedura penale, per la parte in cui non prevede che determinatattisianovolti alia presenza del difensore dell'imputato, com il risultato che, a seguito di tale pronuncia, sara obbligatoria la presenza dei difensore anche per l'espletamento di attivita per lequali, nella formulazione originaria della legge, essa non era prevista." MAFALTI, Elena; PANIZZA, Saulle; e ROMBOLI, Roberto. *Giustizia Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2007, p. 124.

²¹⁰ "Le sentenze additive, poi, sono le decisioni con cui la Corte dichiara illegittima la disposizione "nella parte in cui non" prevede ciò che, invece, sarebbe costituzionalmente necessario prevedere". BRANDOLIN, Rossana. L'attività interpretativa della Corte costituzionale. Disponível em <http://www.giuri.unige.it/corsistudio/dottdiritto/documents/brandolin.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2011.

²¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1433.

dentro do programa normativo compatível com a Constituição, empreende uma reelaboração desse conteúdo²¹².

Nas decisões aditivas, o Judiciário pode eliminar, de um enunciado normativo, parte que considere inconstitucional (componente ablativo) ou integrar a norma de forma a preencher um silêncio legislativo inconstitucional (componente reconstrutivo-adjuntivo)²¹³.

4.3 O uso de sentença aditiva no Supremo Tribunal Federal como veículo de mutação constitucional

É perceptível o uso de decisão de perfil aditivo pelo Supremo Tribunal Federal, não obstante essas decisões não recebam a referida terminologia no âmbito da Corte.

Com efeito, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI 4.277/DF, a Corte reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, não obstante o texto de dispositivos do Código Civil brasileiro e da Constituição não fosse expresso a respeito.

O art. 226, §3º da CF, também reconhece a união estável entre o homem e a mulher: “efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Como se infere do referido dispositivo constitucional, a união estável entre o homem e a mulher é reconhecida constitucionalmente como entidade familiar.

²¹²RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 217.

²¹³RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 217-219.

A imperar essa interpretação literal, a isonomia entre pessoas do mesmo sexo que vivessem afetivamente em conjunto não mereceria a mesma proteção.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que os homossexuais têm direito de receber igual proteção legal e constitucional, sendo, portanto, arbitrário e inaceitável qualquer diploma legal que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual²¹⁴.

A análise da matéria levou em cotejo alguns dispositivos constitucionais, dentre eles o art. 226, §3º, com a redação dada ao art. 1.723 do Código Civil, *in verbis*:

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida como o objetivo de constituição de família.

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

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

Esse perfil aditivo foi empreendido, também, em face da não taxatividade dos direitos fundamentais positivados no catálogo de direitos, pois

²¹⁴ Trecho do voto do Min. Celso de Mello no julgamento do Recurso Extraordinário 477554 AgR/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe-164, publicado em 26.08.2011.

o art. 5º, §2º da Carta Constitucional afirma a não exaustividade dos direitos expressamente encartados no texto constitucional.

Esse tipo de mutação via decisão de perfil aditivo se justificou, no caso do reconhecimento da união homoafetiva, pelo caráter contramajoritário da Corte que, no papel de guardião da Constituição, tem a competência para desempenhar a proteção de vulneráveis e minorias contra omissões, exclusões ou excessos empreendidos pelas maiorias.

No atual estágio da democracia, há um deslocamento no centro decisório, do legislativo para o Judiciário, exigindo uma certa releitura do papel constitucional dado ao Judiciário no quadro da vetusta separação dos poderes²¹⁵. Assim, é plenamente sustentável o uso de decisões judiciais de perfil aditivo para colmar o silêncio excludente e não eloquente do legislador e mesmo da própria Constituição, em verdadeiro movimento de mutação, quando o uso de decisão manipulativa aditiva se mostrar compatível com os programas traçados pelo constituinte, a exemplo da isonomia.

É recorrente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a afirmação de que o Judiciário não pode atuar como legislador positivo e que, portanto, dentro do arranjo do sistema de freios e contrapesos, a ele não foi deferida a tarefa criativa na concretização da norma constitucional. Todavia, o Supremo atua diuturnamente nessa tarefa criativa, suprimindo lacunas, criando normas e adicionando sentidos e princípios aos dispositivos legais e constitucionais que lhe são levados no âmbito da jurisdição constitucional principal ou incidental.

No caso do precedente da ADI 4.277/DF é cristalina a atividade criativa do Supremo Tribunal Federal. Pois, empreendeu a uma leitura aditiva aos termos do art. 226, §3º da Constituição, para acolher a proteção isonômica

²¹⁵Esse deslocamento é enxergado por Streck: "Por tudo isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, ocorre certo deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido ou permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco da tensão se volta para o Judiciário. [...] Isso, à evidência, exigirá um rigoroso controle das decisões judiciais e dos julgadores". STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 63.

da união estável homoafetiva. Trata-se, assim, de uma verdadeira decisão aditiva que empreende uma mutação constitucional.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes,

O STF pode chegar ao resultado aditivo, inovando o ordenamento jurídico, tanto por meio das ações do sistema concentrado de controle, como nas ações diretas decididas com uso de interpretação conforme com efeitos aditivos, quanto através dos remédios constitucionais individuais, sendo numerosos os casos em que, por exemplo, o veículo de pretensão aditiva foi o mandado de injunção²¹⁶.

De fato, não há como negar o perfil aditivo de várias decisões do Supremo Tribunal Federal²¹⁷, chegando algumas, como a do precedente ora tratado, a empreender uma verdadeira mutação constitucional.

4.4 A legitimidade da mutação constitucional no âmbito da jurisdição constitucional

É fato que o Judiciário tem empreendido mutação constitucional e tem se utilizado de técnicas decisórias de manipulação, a exemplo das sentenças de perfil aditivo.

Entretanto, é mister perquirir se a atividade interpretativa criadora exercitada pelo Judiciário, dentro de um Estado Democrático de Direito, se justifica, em face da carência de mandato eletivo dos magistrados.

²¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1434.

²¹⁷ RMS 22.307, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 13.06.1997. Nesse precedente, o STF, por maioria, estendeu revisão de vencimentos aos servidores não contemplados por lei, determinando a reajuste da folha de pagamentos.

PET 3388, Rel. Min. Carlos Britto, DJ-e 181. No caso, julgou-se válido decreto presidencial que demarcava, de forma contínua, a reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. No referido caso, o Supremo Tribunal não só proferiu uma decisão de perfil aditivo, mas empreendeu a uma tarefa legislativa, ao se criar várias regras não contempladas em lei ou na CF.

ADI 3510, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 04.06.2008. No referido *leading case*, O STF acrescentou vários regras para se compatibilizar a lei com os dispositivos constitucionais acerca do direito à vida, à pesquisa, permitindo o uso de células-tronco embrionárias oriundas de fertilização *in vitro* e congeladas há mais de três anos.

Não é crível que se legitime, pelo menos no Brasil, a ideia de que a Constituição é aquilo que o Supremo diz que ela é, pois seria atribuir o poder ilimitado a um grupo de onze pessoas nomeadas politicamente pelo Chefe do Executivo, atendendo aos mais vários critérios subjetivos.

A prestação da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal é uma atividade que encontra raiz na Constituição e, portanto, é uma atividade legítima, mas desde que exercitada dentro de um programa contido na própria Constituição, dentro de uma atuação limitada.

Afirmar que o Judiciário não atua como legislador positivo é uma falácia sem tamanho. Todavia, na concretização da norma constitucional, como os demais poderes, o Judiciário deve estar adstrito a limitações. Portanto, se essa atividade for exercitada dentro do programa constituinte, não há como negar legitimidade ao Judiciário para empreender a mutação constitucional, inclusive por sentenças aditivas.

E essa atividade vai ao encontro do perfil contemporâneo de democracia.

A noção de democracia que imperou na Grécia antiga foi a “poder do povo”, significando a tomada e imposição de decisões pelo próprio povo, de forma direta.

As democracias atuais, dado o caráter agigantado de sua população, não se viabilizam apenas pela participação direta, exigindo-se a forma representativa para que ainda se justifique o povo como fonte de poder, mediante a concessão de seu consentimento via eleição de representantes.

Os magistrados não são eleitos, logo, poder-se-ia sustentar que a realização de mutação constitucional seria uma atividade dotada de déficit democrático. Mas a identificação da democracia como uma via dual de exercício da soberania popular – democracia direta e representativa – é uma identificação que trabalha com horizontes parciais.

É necessário se enxergar a democracia como um conjunto de instituições capazes de resolver conflitos. Ademais, há que exigir mecanismos para evitar que alguma maioria tente dar continuidade a projetos executivos e legislativos excludentes de parcela considerável dos cidadãos; ou que a atividade legislativa de minorias se transformem em exclusão ou opressão da

maioria dos cidadãos, pois, como é de sabença geral, o processo legislativo hodierno, fundamentado em votos de lideranças, em sistemas proporcionais, não são mais ou menos legítimos que outros procedimentos de defesa de direitos.

Assim, a ideia de Estado Democrático de Direito deve estar calcada na liberdade, na igualdade e na proteção de direitos humanos²¹⁸, o que permite legitimar a atividade de jurisdição constitucional exercida pelo Judiciário na concretização da norma constitucional.

Pode, à primeira vista, parecer um paradoxo afirmar a competência do Supremo Tribunal Federal para concretizar a norma constitucional, inclusive por mutação aditiva, se se entender a sua atividade como autorreferencial.

Todavia, a atividade de concretização não é autorreferencial, pois o parâmetro de concretização da norma constitucional deve ser os programas da própria Constituição e não os desígnios subjetivos dos intérpretes.

A mutação, inclusive por sentença aditiva, deve ater-se, para alcançar legitimidade, dentro de valores enraizados na própria Constituição, estando o magistrado-intérprete vinculado a determinados princípios preexistentes, como sustenta Dworkin²¹⁹.

Eis, portanto, a base da legitimidade da atuação judicial na mutação constitucional: previsão constitucional para o exercício da jurisdição; competência para resolver institucionalmente conflitos, inclusive contra a maioria violadora da Constituição; atuação dentro do programa da norma e consentânea com os princípios enraizados na Constituição.

218 Nesse sentido: STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 53.

219 Apud, RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin. Uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 69.
DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 132-134.

CONCLUSÃO

A mutação constitucional, não obstante tenha sido um fenômeno pensado à época do *II Reich*, com o intuito de justificar as condutas tomadas à margem do texto constitucional, é uma realidade verificável no ordenamento jurídico de vários Estados.

Não obstante a rigidez da Constituição norte-americana, boa parte das normas regentes da política são fruto de processos informais de mudança constitucional.

No Brasil, a mutação constitucional é, igualmente, encontrável na jurisdição constitucional. Um dos veículos pouco estudados, mas passíveis de empreender a referida mutação, no ordenamento jurídico pátrio, é o das sentenças manipulativas de perfil aditivo.

Se é afirmação corrente de que o texto legal não se confunde com a norma, se a norma é fruto da interpretação-concretização, o intérprete-operator é que a cria dentro de um programa normativo traçado pelo legislador.

Assim, é possível se sustentar o uso de sentenças aditivas para veicular a mutação constitucional compatível com o âmbito e o programa normativo, o que tem sido feito pela manipulação dos efeitos temporais e pelo uso de decisões de perfil aditivo, a exemplo do caso referente ao reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse precedente, a Suprema Corte corrigiu uma omissão constitucional e legislativa, ao considerar, com base em outros princípios constitucionais, que a união estável entre pessoas do mesmo sexo deveria ser respeitada, em prol da dignidade da pessoa humana, não obstante o teor literal do art. 226, §3º da Constituição Federal.

Portanto, no panorama atual da separação dos poderes, é plenamente legítimo, desde que dentro de um programa normativo justificado por outras normas constitucionais, que o Judiciário responda às suas

competências, atuando como legislador positivo, na atividade de concretização da norma, por intermédio das sentenças manipulativas.

Trata-se de uma releitura necessária ao vetusto princípio da separação dos poderes, reconhecendo a legitimidade dessa atuação judicial modificativa e criativa, se assente com princípios consagrados na Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Anselmo Prieto; NOVAES FILHO, Wladimir. *A Constituição dos Estados Unidos Anotada*. São Paulo: LTR, 2001.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu: *Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis*. Revista dos Tribunais. Ano 97. Vol. 868, fevereiro de 2008.

AMARAL, Mária Lúcia. *As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa*. In Congresso luso-italiano de Direito Constitucional, 2009, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: http://www.google.com.br/search?hl=ptR&source=hp&q=as+decis%C3%B5es+interm%C3%A9dias+na+jurisprud%C3%Aancia+constitucional+portuguesa&aq=f&aql=&oq=&rlz=1R2ADFA_pt-BRBR373>. Acesso em: 1º set. 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BASTOS, Celso; PFLUG, Samantha Meyer. *A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais*. In: *Interpretação Constitucional*. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2007.

BELLO FILHO, Ney de Barros. *Sistema Constitucional Aberto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade do Estado e a Revisão Parlamentar do Controle de Constitucionalidade*. *Limites do Controle*

de *Constitucionalidade*. Organizadores: BIGONHA e MOREIRA. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Teoria do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação Constitucional. A Constituição Viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRANDOLIN, Rossana. L'attività interpretativa della Corte costituzionale. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/corsistudio/dottdiritto/documents/brandolin.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2011.

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

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.

CAMPOS, Milton. *Constituição e realidade*. Revista Forense. N. 187:18-22. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONJUR. Limites do ativismo. *Política pública não pode ser decidida por tribunal*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-out-23/entrevista-gomes-canotilho-constitucionalista-portugues>. Acesso em: 21 dez. 2011.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción por Pablo Lucas Verdú e ChristinFörster. Oñati: IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública Herri –ArdulararitzaremEuskalErakundea, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Jueces y Política. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, v. VII, n. 4, p. 63-79, janeiro de 1999. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/1333>. Acesso em: 12 set. 2011.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FRIEDRICH, Carl. J. *La Nueva Constitución de Puerto Rico, Introducción*. Porto Rico: Ediciones de la Universidad de Puerto Rico, 1954.

GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003.

HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HERAS, Jorge Xifras. *Curso de Derecho Constitucional. T. I*, 2ª ed. Barcelona: Casa Editorial, 1959.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

JELLINEK, Georg. *Reforma Y Mutación de la Constitución. Traducción de Christin Förster*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2009.

LEAL, Saul Tourinho. *O Novo Processo Constitucional e as Grandes Discussões Tributárias*. *Revista Dialética de Direito Tributário*. Nº 191, Agosto de 2011, Ed. Dialética.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MAFALTI, Elena; PANIZZA, Saulle; e ROMBOLI, Roberto. *Giustizia Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª ed. Atualizada por AZEVEDO; ALEIXO, BURLE FILHO. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2005, t. 2.

_____. *Sobre o conteúdo possível das sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias*. In Congresso luso-italiano de Direito Constitucional, 2009, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: www.icjp.pt/seccoes/656. Acesso em: 1º set. 2011.

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

_____. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

NAVARRO, Pablo E.; RODRIGUEZ, Joyce. *Interpretação jurídica e a sistematização do direito*. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena (Org.). *Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Maria Amélia Carreira das Neves. *Semiótica Linguística e Hermenêutica do Texto Jurídico*. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição Viva. Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

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

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

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

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Direito como Experiência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin. Uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005.

SECONDAT, Charles Louis de. *O Espírito das Leis*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MONTÁLVERNE BARRETO LIMA, Martonio. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Jus Navigandi*, São Paulo, ju. 2007, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10252>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

VECCHI, Cristiano Brandão. *A mutação constitucional. Uma abordagem alemã*. Dissertação de mestrado apresentada   PUC-RJ.