



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA

**A LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL PARA ATESTAR A OCORRÊNCIA DE
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Brasília
2012

PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA

**A LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL PARA ATESTAR A OCORRÊNCIA DE
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Alvaro Ciarlini

Brasília
2012

SIQUEIRA, Pedro Henrique Braz Siqueira.

A Legitimidade do Supremo Tribunal Federal para atestar a ocorrência de Mutação Constitucional/Pedro Henrique Braz Siqueira. Brasília: UniCEUB, 2012.

71 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Professor Alvaro Ciarlini

Primeiramente a Deus, pela força e graças concedidas ao longo desta caminhada.

Aos meus amados pais Walfrêdo e Regina, por acreditarem em mim quando nem eu mesmo acreditava e tanto se sacrificarem para que eu pudesse realizar meus sonhos.

Aos meus queridos irmãos Carlos Eduardo, Luiz Fernando e Paulo Maurício, pelos conselhos que sempre nortearam minhas escolhas.

À minha família, pelo imensurável suporte e carinho de todos os momentos.

Ao meu primo Walfrêdo Frederico, à Christina Aires e à Paola Aires, pelo apoio no início do meu curso e pelas primeiras lições de direito.

AGRADECIMENTOS

À professora Fernanda Mendonça dos Santos Figueiredo, por ter apresentado o tema do presente trabalho acadêmico quando ministrou aula no IX Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público, realizado no Instituto Brasiliense de Direito Público.

Ao professor Alvaro Ciarlini, por todos os ensinamentos transmitidos ao longo destes três semestres e pela paciência tida durante as adversidades.

Aos meus colegas de faculdade, pelos inúmeros momentos vividos ao longo desses cinco anos.

Aos colaboradores dos escritórios Wald Associados Advogados e TozziniFreire Advogados, pelos aprendizados que me guiaram até aqui e que levarei pelo resto de minha vida.

PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA

**A LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL PARA ATESTAR A OCORRÊNCIA DE
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Alvaro Ciarlini

Brasília, ____ de _____ de 2012.
Banca Examinadora

Alvaro Ciarlini
Orientador

Examinador

Examinador

RESUMO

As Constituições podem ser alteradas de modo a ajustar o seu texto à realidade social, que está em constante evolução. O instituto da Mutação Constitucional consiste no processo de alteração informal da Constituição, no qual se altera o significado e alcance dos preceitos e dispositivos constitucionais sem modificar-se o enunciado da norma. Os diferentes métodos de interpretação constitucional permitem a aproximação das normas da Constituição com a realidade no qual se encontra inserida uma sociedade, o que invariavelmente acarreta na ocorrência de uma mutação constitucional. Com a divisão de atribuições estatais, a função jurisdicional compete aos órgãos do Poder Judiciário, cabendo tanto aos juízes das instâncias ordinárias quanto aos Ministros do Supremo Tribunal Federal o dever de zelar pela guarda da Constituição, por meio de mecanismo conhecido como jurisdição constitucional. O Supremo Tribunal Federal, conforme definiu o constituinte originário, é o último e legítimo intérprete da Constituição e detém os poderes para atestar uma mutação constitucional.

Palavras chave: Direito Constitucional. Mutação Constitucional. Interpretação Constitucional. Separação dos Poderes. Jurisdição Constitucional. Legitimidade. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	13
1.1 Métodos de interpretação constitucional	13
1.1.1 Métodos de Interpretação da doutrina Norte-Americana.....	16
1.1.1.1 <i>Correntes Interpretativistas</i>	16
1.1.1.2 <i>Correntes Não Interpretativistas</i>	17
1.1.2 Métodos de Interpretação da doutrina Alemã	19
1.1.2.1 <i>Método jurídico ou hermenêutico-clássico</i>	19
1.1.2.2 <i>Método tópico-problemático</i>	20
1.1.2.3 <i>Método científico-espiritual</i>	22
1.1.2.4 <i>Método hermenêutico-concretizador</i>	23
1.1.2.5 <i>Método normativo-estruturante</i>	24
1.2 Mutação constitucional: conceito, origem e classificação do instituto	25
1.2.1 Conceito do instituto	25
1.2.2 Origem do instituto	28
1.2.3 Classificação doutrinária do instituto.....	29
1.2.3.1 <i>A Mutação constitucional por meio da interpretação constitucional</i>	30
1.2.3.2 <i>A Mutação constitucional por meio dos costumes constitucionais</i>	33
1.3 Limites da interpretação constitucional: a mutação constitucional como método válido de alteração da Constituição	34
2. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	36
2.1 As funções do Estado	36
2.1.1 A concepção clássica.....	36
2.1.2 A teoria de Bruce Ackerman para “Nova Separação de Poderes”	41
2.2 As atribuições da Jurisdição Constitucional	43
2.3 Breve relato da jurisdição constitucional no Brasil e o papel do Supremo Tribunal Federal à luz da Constituição de 1988	46

2.3.1 Breve relato da Jurisdição Constitucional brasileira.....	46
2.3.2 O Supremo Tribunal Federal e o exercício da jurisdição constitucional à luz da Constituição Federal de 1988.....	53
3. A LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA ATESTAR A OCORRÊNCIA DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	57
3.1. Premissas para legitimidade da jurisdição constitucional.....	57
3.2. A legitimidade do Supremo Tribunal Federal para atestar a ocorrência de mutação constitucional.....	60
3.3 O julgamento da Reclamação nº 4.335/AC e os limites do Supremo Tribunal Federal para declarar uma mutação constitucional	63
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho acadêmico é analisar o instituto da Mutação Constitucional e sua utilização no âmbito do Supremo Tribunal Federal, órgão ao qual a Constituição Federal de 1988 confiou a decisão final nos casos que envolvem a jurisdição constitucional no Brasil, abordando-se a função do mencionado instituto e o papel legítimo de nossa Suprema Corte para aplicá-lo.

Utilizando-se como marco teórico principalmente o magistério de autores brasileiros como Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, Anna Cândida da Cunha Ferraz, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Alexandre de Moraes e Lenio Luiz Streck, e de doutrinadores estrangeiros, como José Joaquim Gomes Canotilho, Hans Kelsen, Peter Häberle, Konrad Hesse e Bruce Ackerman, procuraremos apresentar um estudo sobre a postura do Supremo Tribunal Federal ao atestar a ocorrência de mutação constitucional e mudar o conteúdo da norma, especialmente no que concerne as formas e aos efeitos desta medida, procurando analisar qual tem sido o entendimento majoritário da jurisprudência, o que os doutrinadores dizem acerca do assunto, e por fim, se esta ação do Pretório Excelso coaduna com papel que uma Corte Constitucional deve exercer.

A metodologia Dogmático-instrumental será adotada no procedimento de pesquisa, visando a solução de problemas práticos jurídicos adotando os seguintes procedimentos metodológicos: (i) revisão bibliográfica, com análise de doutrina e artigos publicados, (ii) estudo sistemático da Constituição, com a análise de jurisprudência atinente ao assunto discutido e (iii) análise da Constituição e da jurisprudência à luz da doutrina; saliente-se que a pesquisa se realizará tanto no âmbito do direito nacional quanto do direito estrangeiro, fazendo-se incursões comparativas entre ambos.

Por fim, destaca-se que a pesquisa feita no presente trabalho será de caráter exploratório-explicativo, vez que se busca delinear de maneira clara as correntes doutrinárias formadas sobre do tema e demonstrar os fundamentos nos quais se baseiam suas conclusões.

O presente trabalho, todavia, não pretende exaurir a discussão sobre o tema, tendo em vista a amplitude do campo hermenêutico, o qual dispõe de diversos métodos de interpretação constitucional que são utilizados caso a caso e impossibilita que o Supremo

Tribunal Federal adote um como certo ou adequado, e as várias questões atinentes à mutação constitucional, tais como o controle de constitucionalidade, o qual não é tratado de forma exaustiva, e o ativismo judicial, que não é objeto de estudo. Assim, tendo em vista que deixamos tais pontos e eventuais questionamentos sobre estes para um trabalho de pós-graduação, nos limitaremos ao estudo do instituto da Mutação Constitucional e o papel do Supremo Tribunal Federal na utilização legítima deste, em especial no julgamento da Reclamação n° 4.335/AC por esta Corte.

No primeiro capítulo procura-se elencar os principais métodos de interpretação constitucional, conceituar o instituto da mutação constitucional, estabelecer sua origem e determinar sua classificação doutrinária como método válido de interpretação constitucional.

Discute-se nesta parte inicial do trabalho as doutrinas norte-americana e alemã, que na busca pelo aperfeiçoamento do trabalho hermenêutico, desenvolveram diversos métodos de interpretação constitucional, tendo sido a utilização das Correntes Não Interpretativistas, oriundas dos Estados Unidos da América, e do método normativo-estruturante, criado na Alemanha, mecanismos frutíferos para geração e desenvolvimento de mutações constitucionais, que consistem em processos informais de alteração da Constituição, nos quais se modifica o sentido de norma constitucional sem alterar-lhe o texto e deve-se ater ao enunciado da norma para não ferir a própria realidade constitucional de uma sociedade.

O segundo capítulo trata acerca do papel do Supremo Tribunal Federal enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e detentor da última palavra no exercício da jurisdição constitucional à luz da Constituição Federal de 1988, analisando-se brevemente suas funções estatais e atribuições.

Verifica-se, conforme prevê a lição de Montesquieu da divisão das atribuições do Estado, adotada desde a proclamação da independência de nosso país, que compete ao Poder Judiciário exercer a função jurisdicional e aplicar a lei ao caso concreto, porém, já de acordo com a doutrina moderna, sem deixar de considerar os valores históricos, culturais, políticos de uma sociedade que devem influenciar as decisões tomadas pela jurisdição constitucional, a qual compete, por meio dos seus campos de atuação, proteger tais valores, a supremacia da Constituição e os direitos fundamentais.

Realiza-se uma análise também acerca do exercício da jurisdição constitucional no Brasil, que passa atualmente por uma forte influência da doutrina europeia, a qual adotou a forma de controle abstrato de normas proposta por Hans Kelsen, e influencia nossos doutrinadores e o próprio controle concreto de constitucionalidade, também mantido pela Constituição vigente.

No último capítulo do presente trabalho aborda-se a questão da legitimidade da jurisdição constitucional para atestar a ocorrência de mutação constitucional, analisando-se o princípio democrático representativo e tentando-se comprovar que a Constituição Federal de 1988 procurou atendê-lo para confirmar a legitimidade do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, procura-se delimitar um campo de atuação do Supremo Tribunal Federal para declarar a ocorrência de uma mutação constitucional e realiza-se um breve estudo de caso da Reclamação n° 4.335/AC, que tramita perante a Corte.

1. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

1.1 Métodos de interpretação constitucional

O Estado Moderno, devido ao fato de estar *sob o primado do Direito*¹, passou a ser submisso as leis, as quais passaram a garantir certos direitos fundamentais e a prever a repartição das funções estatais entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, procurando sempre fornecer meios eficientes para evitar que um dos Poderes se sobressaísse sob os demais.

Este modelo de Estado, o qual surgiu na França e foi conhecido como Estado de Direito, passou a ser submetido ao império das leis e a supremacia da Constituição, a qual foi colocada na base do sistema jurídico e tornou-se o pilar que legitima os poderes estatais.

Em decorrência da superioridade jurídica das leis, iniciou-se um extenso trabalho hermenêutico e de interpretação dos preceitos legais por parte dos aplicadores do direito, os quais passaram a procurar a melhor forma de estabelecer um sentido lógico e válido para normas. Acerca do tema, pondera Carlos Maximiliano² que:

“[...] as leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.”

Dessa forma, embora a lei fosse o objeto maior de estudo por parte da doutrina jurídica e filosófica, o próprio ato de interpretar a norma jurídica passou a ser tema de pesquisa por parte de vários estudiosos do direito, posto que a linguagem jurídica, diferentemente da linguagem as ciências exatas, não utiliza conceitos fixados, mas sim termos

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 65.

² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1.

flexíveis, os quais necessitam ter seu conceito delimitado a depender das circunstâncias fáticas.³

Primeiro autor moderno a lançar luz sobre a questão, Savigny⁴ definiu que “a interpretação é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro”.

Ao realizar minucioso estudo sobre a metodologia da ciência jurídica, Karl Larenz⁵ ponderou que “interpretar é uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático”, acrescentando ainda este autor que:

“[...] a interpretação da lei é um processo de duplo sentido, em cujo decurso se conforma a situação de facto definitiva enquanto enunciado, a partir da ‘situação de facto em bruto’, atendendo às proposições jurídicas potencialmente aplicáveis, e se precisa o conteúdo das normas a aplicar, atendendo mais uma vez à situação de facto, tanto quanto seja necessário.”

Nesse diapasão, percebe-se que tornar possível a concreta aplicação dos enunciados normativos, os quais são invariavelmente abstratos e gerais, a situações cotidianas da vida, que são por consequência lógicas particulares e concretas, é a função da atividade intelectual de interpretação de qualquer norma jurídica.⁶

Ao ter por base estas concepções, pode-se assentar, como bem delineado por Luís Roberto Barroso, que “a interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas”⁷, sendo tarefa maior do aplicador do direito revelar o real sentido da lei e alcance desta, a fim melhor adequá-la às situações da vida.

³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de: José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 439.

⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Juristische Methodenlehre*, Stuttgart, 1951, pp. 18/20 *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*, 2011, p. 437.

⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de: José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 439.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 77.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 292.

O trabalho de interpretação das normas constitucionais possui, entretanto, algumas particularidades que devem ser observadas, pois, conforme ensina Carlos Maximiliano⁸:

“[...] o grau menos adiantado de elaboração científica do Direito Público, a amplitude do seu conteúdo, que menos se presta a ser enfeixado num texto, a grande instabilidade dos elementos de que se cerca, determinam uma técnica especial na feitura das leis que compreende.

[...]

A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas, de modo sintético, em termos gerais.”

Em face de tais peculiaridades relativas à hermenêutica constitucional, Canotilho assevera que “interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada”⁹.

Na mesma linha, Konrad Hesse¹⁰ leciona que:

“[...] o objetivo da interpretação é chegar ao resultado constitucionalmente ‘correto’ através de um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado de modo igualmente racional e controlável, e criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão por decisão.”

Observa-se então que o direito constitucional necessita, pelo que se depreende de abalizada doutrina, de elementos e métodos especiais para sua interpretação, vez que sua tarefa precípua é relacionada ao minucioso procedimento de conduzir o Direito às relações

⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 247.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 1200.

¹⁰ HESSE, Konrad. A Interpretação Constitucional. In: *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 103.

políticas, disciplinando a repartição e o exercício do poder estatal, bem como determinando certos limites a este, com o intuito de proteger os direitos fundamentais.¹¹

Estes métodos, conforme destaca em saudosa lição Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “servem para que o destinatário encontre a norma (o sentido do enunciado) que editou o legislador”¹².

Todavia, a fim de possibilitar a concretização de uma carta política por meio da interpretação, deve-se observar que a “questão do ‘método justo’ em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística”¹³.

Pode-se constatar tal fato lançando-se um olhar sobre as principais doutrinas, oriundas dos Estados Unidos da América e da Alemanha, as quais nortearam as discussões acerca do tema, sobretudo quanto à “demonstração e justificação do raciocínio desenvolvido e a explicação das relações entre o sistema jurídico, o problema a ser resolvido e o papel do intérprete”¹⁴, tendo surgido na doutrina desses países diversos métodos de interpretação das normas constitucionais, os quais foram classificados tendo em vista as características peculiares de cada um.

1.1.1 Métodos de Interpretação da doutrina Norte-Americana

1.1.1.1 Correntes Interpretativistas

As teorias interpretativistas, por não considerarem os juízes legítimos representantes públicos, vez que estes não são eleitos para exercer sua função, defendem a limitação da atividade criativa dos magistrados tendo por base o princípio democrático,

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 294.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 382.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 1210.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 301.

visando assim evitar que estes participem das decisões de cunho político e que quaisquer valores sejam transmitidos à sociedade por meio de decisões judiciais.¹⁵

Como leciona Canotilho¹⁶, “as correntes interpretativistas consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos”, cabendo aos órgãos eleitos por sufrágio tomar uma decisão caso não seja possível abstrair da norma constitucional um comando jurídico.

Dessa forma, baseadas nas teses do pluralismo e do relativismo de valores, as correntes interpretativistas convergem sobre o entendimento de que os juízes não podem extrair, ao interpretar as normas constitucionais, direitos ou deveres que não estejam previstos literalmente no texto constitucional ou que não tenham originalmente inspirado os autores da Constituição Norte-Americana e dos que a ratificaram no decorrer do tempo.¹⁷

1.1.1.2 Correntes Não Interpretativistas

As correntes não interpretativistas, as quais também são conhecidas como construtivistas, possuem raciocínio diametralmente oposto ao das teorias interpretativistas e defendem a ideia de que o aplicador do direito não deve apenas buscar na lei um sentido, e sim se utilizar de algumas técnicas para construí-lo.¹⁸

Os adeptos desta forma de interpretação poderão desenvolver o trabalho interpretativo de três formas: realizar uma interpretação evolutiva do texto constitucional, a fim de atualizá-lo ao longo do tempo; produzir decisões pragmáticas, as quais deverão ser

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 303.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 1195.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 304.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 304.

positivas para o presente e para o futuro; ou fazer uma leitura da Constituição com base nos valores morais que regem uma comunidade.¹⁹

Esta leitura moral da Constituição com base em seu significado substancial, proposta por Ronald Dworkin, possui, conforme ensina Canotilho²⁰, os seguintes pontos de partida:

“(1) soberania da constituição, pois o direito da maioria é limitado pela constituição, quer quando existem regras constitucionais específicas (como exigem os interpretativistas) quer quando as formulações constitucionais se nos apresentam sob a forma de ‘standards’ (conceitos vagos); (2) a objetividade interpretativa não é perturbada pelo facto de os juízes recorrerem aos princípios da justiça, da liberdade e da igualdade, ou até a outros conceitos (religião, liberdade de imprensa) ancorados num determinado *ethos* social, pois a interpretação da constituição faz-se sempre tendo em conta o texto, a história, os precedentes, as regras de procedimento, as normas de competência que, globalmente considerados, permitem uma actividade interpretativa dotada de tendencial objectividade; (3) de resto, a interpretação substancial da constituição deve perspectivar-se em moldes diferentes dos proclamados pelas teorias interpretativistas: o direito não é apenas o ‘conteúdo’ de regras jurídicas concretas, é também formado constitutivamente por princípios jurídicos abertos como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade. A mediação judicial concretizadora destes princípios é uma tarefa indeclinável dos juízes.”

As normas constitucionais, assim, deverão ser interpretadas com base nos *substantive values* – tais como a justiça, igualdade, liberdade – a fim de possibilitar a concretização do projeto constitucional e não tornar a Constituição um mero instrumento de governo.²¹

Como “as leis e as regras do direito costumeiro (*common law*) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos”²², a Suprema Corte Americana procura utilizar as técnicas preconizadas por ambas as correntes

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 303-304.

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 1197.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 1196.

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* / Ronald Dworkin; tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 128.

para fundamentar suas decisões, ora utilizando elementos das teorias interpretativistas, ora das correntes não interpretativistas.

1.1.2 Métodos de Interpretação da doutrina Alemã

1.1.2.1 Método jurídico ou hermenêutico-clássico

Oriundo do direito privado, o método hermenêutico-clássico utiliza as regras tradicionais de hermenêutica estabelecidas por Savigny para interpretação das normas, de forma que, mediante subsunção, os preceitos constitucionais seriam concretizados pela simples aplicação da norma ao caso concreto.²³

Dessa forma, aponta Gilmar Ferreira Mendes que, utilizando-se este método, a Constituição deverá ser interpretada “articulando-se e complementando-se, para revelar o seu sentido, os mesmos elementos – genéticos, filológico, lógico, histórico e teleológico – que são levados em conta na interpretação das leis, em geral”.²⁴

Acerca da utilização destes elementos interpretativos, ensina Canotilho²⁵ que:

“[...] a articulação destes vários factores hermenêuticos conduzir-nos-á a uma interpretação jurídica (= método jurídico) da constituição em que o princípio da legalidade (= normatividade) constitucional é fundamentalmente salvaguardado pela dupla relevância atribuída ao texto: (1) ponto de partida para a tarefa de mediação ou captação de sentido por parte dos concretizadores das normas constitucionais; (2) limite da tarefa de interpretar, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra, o teor literal do preceito.”

A metodologia de Savigny, pondera Karl Larenz, deverá ser aplicada também à interpretação da Constituição e de seus dispositivos, visto que esta é, enquanto lei – tal como todas as outras leis que compõe o ordenamento jurídico – uma obra de linguagem, que,

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 301.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 122.

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 1211.

naturalmente, necessita de uma interpretação, tal como as assertivas nela contidas possuem a natureza de normas.²⁶

Este método, muito utilizado pelos operadores do direito, caso não observado, submeteria a Carta Magna, segundo seus seguidores ortodoxos, “a modificações subterrâneas, de viés interpretativo, o que, tudo somado, lhe ofenderia o texto, que não contempla esse tipo de alteração”²⁷.

Entretanto, insta destacar que, sendo a Constituição um documento de natureza eminentemente política e recheada de valores, torna-se árdua a tarefa de aplicar o método hermenêutico-clássico, o qual teve origem no direito civil, ao campo do direito constitucional.²⁸

Ademais, deve-se salientar também que tal método não é bastante para a solução dos “hard cases”, os quais foram proclamados por Herbert Lionel Adolphus Hart e que envolvem normas de textura aberta e imprecisa ou princípios antagônicos, indicando respostas diferentes para um mesmo problema, o que demandaria do juiz certo grau de discricionariedade para decidir a questão.²⁹

1.1.2.2 Método tópico-problemático

O método tópico-problemático, surgido na década de 1950, diferentemente do método clássico, não está centrado na norma legal ou no sistema jurídico, mas no problema relacionado ao caso concreto, devendo o pensamento jurídico buscar a solução deste e não uma lógica interna para o sistema do direito.³⁰

²⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de: José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 513-514.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 122.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 494.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 302.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 302.

Conforme pondera Paulo Bonavides³¹, trata-se a tópica de “uma técnica de chegar ao problema ‘onde ele se encontra’, elegendo o critério ou os critérios recomendáveis a uma solução adequada”.

Sobre este método, Canotilho³² assenta que:

“[...] o método tópico-problemático, no âmbito do direito constitucional, parte das seguintes premissas: (1) carácter prático da interpretação constitucional, dado que, como toda a interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) carácter aberto, fragmentário ou indeterminado da lei constitucional; (3) preferência pela discussão do problema em virtude da *open texture* (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmo.”

Assim, em face da estrutura aberta, fragmentária ou indeterminada das normas constitucionais, o trabalho de interpretação passar a exigir um processo aberto de argumentação³³ entre os diversos participantes da sociedade, o que leva à abertura do rol de legitimados a interpretar a Constituição, posto que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos”³⁴ que vivem uma mesma realidade constitucional.

A tópica serviu de base para as diversas correntes doutrinárias alemãs determinadas a renovar a metodologia de interpretação das normas constitucionais, colocando o problema como ponto central a ser tratado, porém sem estabelecer limites ao poder criativo do intérprete constitucional.³⁵

Dessa forma, como alerta abalizada doutrina, a aplicação deste método concede ao intérprete poderes para transformar os princípios constitucionais e alterar as premissas básicas do texto constitucional, o que pode acarretar no enfraquecimento do carácter

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 495.

³² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 1211.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 124.

³⁴ HÄBERLE, Peter. *Heremênutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p. 13.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 498.

normativo da Constituição, vez que a primado da norma cederia espaço para a prioridade do problema concreto.³⁶

1.1.2.3 Método científico-espiritual

O método científico-espiritual, também conhecido como método integrativo, foi desenvolvido pelo jurista alemão Rudolf Smend e parte da premissa de que a Constituição deverá ser interpretada sempre de forma global e crítica, possibilitando a aproximação desta às realidades sociais e o processo de integração do Estado.³⁷

Assim, a interpretação dos dispositivos constitucionais não deverá ser separada “da ideia de constituição como ordem de valores, cujo sentido só pode captar-se através de um método que tenha em conta não apenas o texto, mas também os conteúdos axiológicos últimos da ordem constitucional”³⁸.

A Carta Política, desta forma, adquire a ideia de instrumento de integração não apenas jurídico, fundamentando a validade de todo ordenamento jurídico como *grundnorm* deste, mas também político e sociológico, vez que estipula os meios de resolução de conflitos e designa ao Estado a missão de garantir a paz social.³⁹

Como pondera Canotilho⁴⁰:

“[...] a ideia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o sentido e realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade (com os seus valores, com a realidade existencial do Estado).”

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 495.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 477-478.

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 1198.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 126.

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 1213.

Aos seguidores deste método de interpretação, portanto, a integração surge como valor a ser almejado por toda sociedade e alcançado por meio de certos instrumentos, como o direito, do Estado e da Constituição.⁴¹

1.1.2.4 Método hermenêutico-concretizador

Este método de interpretação constitucional, através da pré-compreensão do aplicador da norma, o qual concretizaria a norma segundo o problema posto, busca, como destaca Luís Roberto Barroso⁴², o “equilíbrio necessário entre a criatividade do intérprete, o sistema jurídico e a realidade subjacente”.

Sendo assim, o intérprete, ao se utilizar do método hermenêutico-concretizador, deverá relacionar o problema à norma que pretende entender, por meio de processo orientado e limitado pela própria norma, devendo alicerçar sua interpretação no próprio texto da Constituição, como meio de alcançar a efetiva concretização desta.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, pela escolha do método em comento se evidenciavam “tanto as dimensões objetivas da atividade hermenêutica, emergentes do problema a resolver, quanto os seus aspectos subjetivos, traduzidos na pré-compreensão do intérprete sobre a norma e a situação normada”⁴³.

A doutrina adverte, contudo, que a pré-compreensão do intérprete altera radicalmente não apenas a realidade, a qual deverá ser captada por meio da norma, mas também a norma constitucional em si, podendo induzir a uma interpretação segundo critérios pessoais de justiça.⁴⁴

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 128.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 303.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 125.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 125.

1.1.2.5 Método normativo-estruturante

O método normativo-estruturante, vertente da corrente da interpretação como concretização que teve por base a tópica, foi teorizado pelo jurista Friedrich Müller e tem como premissa maior a conciliação entre a perspectiva normativa e a sociológica, numa tentativa de harmonizar a metodologia tópico-problemática com o primado da norma constitucional.

Acerca deste método concretista, Paulo Bonavides⁴⁵ aponta que Müller:

“[...] desenvolve um método racionalista de interpretação constitucional, em que procura deixar estruturada uma hermenêutica que permita explicar a Constituição, sem perda de sua eficácia, e como ela realmente se apresenta, com vínculos materiais indissolúveis, fora da própria antinomia tradicional por onde se operava a separação irremediável entre a Constituição formal e a Constituição material.”

Na lição de Konrad Hesse⁴⁶, “a concretização do conteúdo de uma norma constitucional assim como a sua realização, só se tornam possíveis incorporando as circunstâncias da realidade que essa norma é chamada a regular”.

Desta feita, o operador do direito, para concretizar a Constituição, deve partir da distinção entre o enunciado normativo e a norma, identificando esta como o ponto de chegada e não de partida do processo interpretativo, devendo a norma jurídica conjugar o programa normativo, o qual representa as várias possibilidades de sentido do texto, com o âmbito normativo, que seria o fragmento da realidade social referente ao problema a ser resolvido.⁴⁷

A partir das transformações históricas às quais está submetido o âmbito normativo, podem-se alterar substancialmente os resultados de concretização de uma norma

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 498.

⁴⁶ HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. In: *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 303.

constitucional, ainda que o texto desta permaneça inalterado, o que abriria espaço para ocorram as chamadas mutações constitucionais.⁴⁸

1.2 Mutação constitucional: conceito, origem e classificação do instituto

1.2.1 Conceito do instituto

O constitucionalismo moderno, que teve Locke, Montesquieu e Rousseau entre seus principais pensadores, assentou que a constituição se destina, inicialmente, a cumprir dois básicos papéis: definir o poder político, bem como o campo de atuação deste e delinear e proteger os direitos individuais dos membros de uma sociedade.⁴⁹

A constituição de um Estado contemporâneo, conforme preceitua José Afonso da Silva⁵⁰, seria:

“[...] um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma de Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.”

Dessa forma, a constituição de um Estado, por tratar do modo de organização política que deverá ser seguida por este, possui a tendência de ser rígida e permanente, a fim de garantir que certos temas, como a própria forma organização estatal, os direitos individuais ou o modo de escolha dos representantes do povo não sejam alterados por eventuais maiorias no órgão legislativo.⁵¹

⁴⁸ HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. In: *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99.

⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 54-55.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34^a. edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 37-38.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145.

Entretanto, esta rigidez constitucional, que “decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal”⁵², não é absoluta, visto que “as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis”⁵³.

Para viabilizar o cumprimento da missão de “equilibrar a convivência política, mantendo o movimento mais harmonioso e coerente entre o impulso social e a manutenção da estabilidade nas relações humanas para que a sociedade se propicie uma distribuição justa de oportunidades e possibilidades para todos”⁵⁴, as constituições procuram manter um resquício do poder constituinte que as originou, de forma que as transformações constitucionais sejam realizadas todas as vezes que os anseios sociais assim desejarem.

Assim, via de regra, uma Constituição “para ser modificada ou derogada, deverá prescrever um procedimento específico, mais complexo do que o procedimento legislativo comum; deve haver, ao lado da forma legal, uma forma constitucional específica”⁵⁵.

Nos Estados Unidos da América e na Europa, desde as respectivas promulgações da Constituição norte-americana de 1787 e da francesa de 1791, as cartas políticas modernas previam a possibilidade de alteração das normas constitucionais por meio do poder constituinte derivado, o qual possui certas limitações em relação ao poder constituinte originário, a fim de garantir a proteção de certos princípios que compõem o núcleo rígido da constituição.⁵⁶

As reformas das normas constitucionais, assim, ocorrem de forma mais notória pela dita via formal, através das emendas constitucionais, nas quais o texto da lei suprema é

⁵² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145.

⁵⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e Mudança: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v.30, nº 120. p. 159-186, out./dez. de 1993. p. 163.

⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*; trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 7. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 133.

⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29-31.

alterado pelo Poder Legislativo segundo um procedimento previsto na própria Constituição, que é o exercício legítimo do poder constituinte derivado.

Em alguns casos, porém, a modificação das normas constitucionais se dá pela via informal, a qual se opera, conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes⁵⁷, nos momentos nos quais:

“[...] em virtude uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, á uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.”

Desta forma, as constituições também estão suscetíveis à mudanças por meio de processo não expressamente previsto nestas, o qual a doutrina denomina como mutação constitucional e pode ser definido como o “mecanismo que permite a transformação da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto”⁵⁸.

Acerca do instituto, pondera ainda Anna Candida da Cunha Ferraz⁵⁹ que a mutação constitucional:

“[...] consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.”

Para atestar a ocorrência de uma mutação constitucional, o intérprete deverá verificar se houve modificação do sentido ou do alcance do dispositivo constitucional; se esta

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 263.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146.

⁵⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986. v. 1, p. 9.

não contraria o enunciado da norma constitucional e seu espírito; e se a alteração se deu por modo diverso do previsto na Constituição.⁶⁰

A mutação constitucional, portanto, é o processo informal de modificação das constituições de caráter rígido, através da interpretação das tradições, dos costumes, das mudanças sociais e empíricas, as quais repercutem na estrutura estatal, diferenciando-se assim da reforma constitucional, que é o meio formal de alteração das normas constitucionais, que deve respeitar uma liturgia legislativa que é determinada pela própria lei suprema.⁶¹

1.2.2 Origem do instituto

O instituto da mutação constitucional teve origem na Europa no intenso estudo realizado pela doutrina alemã, nas figuras de Georg Jellinek e Paul Laband, e na evolução jurisprudencial por parte do antigo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, sob a égide da Constituição de 1871.⁶²

No século XX, Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse abordaram novamente o tema, tendo aquele demonstrado que celeuma acerca da mutação constitucional tinha como ponto fulcral a relação entre o texto da Constituição e a realidade constitucional, ao passo que este foi um dos primeiros estudiosos do direito a procurar estabelecer os limites de uma mutação constitucional.⁶³

Do outro lado do oceano Atlântico, a mutação constitucional sempre foi instrumento vastamente utilizado pela Suprema Corte Norte-Americana, principalmente em razão da presença de regras de textura aberta e do próprio sistema do *common law*, o qual

⁶⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986. v. 1, p. 11.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34^a. edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 62.

⁶² HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. In: *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 154.

⁶³ HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. In: *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 158-159.

delega aos órgãos jurisdicionais uma função mais criativa, podendo estes desenvolver teses argumentativas que não eram expressamente previstas no texto legal.⁶⁴

Na segunda metade do século XX, a Suprema Corte Americana estabeleceu o pensamento que “a concepção de estabilidade constitucional não poderia mais permanecer de forma absoluta da discussão norte-americana”⁶⁵, como nos casos *Brown v. Board of Education* (1954) e *Roe v. Wade* (1973), levando-a a praticamente reinventar sua própria jurisprudência, não mais se baseando somente nos precedentes, mas também em certos valores da sociedade norte-americana.

Em decorrência desta nova postura jurisprudencial, surgiram precedentes que ainda hoje exercem influência nas decisões da Suprema Corte Americana, instigando o desenvolvimento de novas teses, tais como a teoria dos poderes implícitos e dos direitos de privacidade e à imunidade tributária recíproca entre os entes federados, e inspiraram esta Corte a evoluir na interpretação dos preceitos constitucionais.⁶⁶

No direito brasileiro, o assunto mereceu a devida atenção de vários juristas, tendo nomes como Lúcio Bittencourt, Gilmar Ferreira Mendes e Anna Candida da Cunha Ferraz participado da difusão do tema no meio acadêmico, e do próprio Supremo Tribunal Federal, como nos casos relativos ao “fenômeno da inflação”⁶⁷ e à “proibição em abstrato da progressão no regime de cumprimento de pena”⁶⁸.

1.2.3 Classificação doutrinária do instituto

A doutrina pátria, contudo, não dispensa atenção maior quanto aos critérios para classificação das formas de mutação constitucional, não havendo inclusive consenso

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147.

⁶⁵ DUARTE, Fernanda et VIERA, José Ribas [org.]. *Teoria da Mudança Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p 10.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 263.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 263.

quanto ao tema. Coube a Anna Cândida da Cunha Ferraz⁶⁹ propor uma classificação pormenorizada e didática do instituto, a qual será utilizada no presente trabalho, apontando que as alterações informais por meio de mutação constitucional ocorrem por meio de interpretação constitucional ou dos usos e costumes constitucionais.

1.2.3.1 A Mutação constitucional por meio da interpretação constitucional

O Estado interpreta os comandos constitucionais todas as vezes que exerce suas funções de criação da lei, por meio de poder legislativo, e de aplicação dos comandos normativos, através dos órgãos dos poderes executivo e do judiciário, ocorrendo mutação constitucional quando houver alteração no entendimento de um dispositivo em oposição ao sentido que existia anteriormente.⁷⁰

Ademais, deve-se destacar que a doutrina atualmente aponta os membros ou grupos de uma comunidade como potenciais realizadores do trabalho hermenêutico e intérpretes das normas constitucionais, posto que integram também a realidade constitucional do Estado.⁷¹

Nesta esteira estão os apontamentos da Professora Anna Candida da Cunha Ferraz⁷², que divide as espécies de interpretação constitucional que podem acarretar numa mutação constitucional em interpretação constitucional orgânica, doutrinária, autêntica e popular.

A interpretação constitucional orgânica é realizada pelos próprios órgãos estatais, dividindo-se esta em três subespécies de interpretação constitucional: legislativa, judicial e administrativa;

⁶⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986. v. 1, p. 11.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151-152.

⁷¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p. 24.

⁷² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986. v. 1, p. 53-54.

A interpretação constitucional legislativa ocorre toda vez que, por meio de publicação de legislação infraconstitucional, o Poder Legislativo complementa dispositivo constitucional, dando a este um sentido dentre os vários que poderiam ser extraídos do enunciado da norma.⁷³

Por sua vez, será caso de interpretação constitucional judicial quando algum dos órgãos do Poder Judiciário⁷⁴ conferir a determinado preceito constitucional conotação diversa da fixada anteriormente.⁷⁵

Haverá, por fim, interpretação constitucional administrativa toda vez que órgão da administração pública direta ou indireta atribuir a determinada norma da Constituição sentido diverso do estabelecido.⁷⁶

A interpretação constitucional não orgânica ou doutrinária é a modalidade de interpretação realizada pela doutrina que pretende somente conceder significado ao texto da constituição;

A interpretação constitucional autêntica é proporcionada pelo próprio ente estatal que editou a disposição normativa. Como a Constituição é promulgada por ato do poder constituinte originário ou alterada pelo derivado, não é considerado espécie de interpretação constitucional.⁷⁷

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155.

⁷⁴ Como no controle de constitucionalidade brasileiro optou-se pelo dito “modelo misto”, o qual abarca tanto os elementos do controle concentrado quanto do controle difuso de constitucionalidade, todos os órgãos jurisdicionais possuem competência para declarar a inconstitucionalidade de lei, cabendo a tarefa de interpretar a Constituição, em último caso, ao Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema, v. Gilmar Ferreira Mendes. *Curso de Direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1056-1058.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 153.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 153.

⁷⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986. v. 1, p. 168.

Última espécie classificada, a interpretação constitucional popular consiste na interpretação direta dos grupos que compõe uma sociedade, o qual se manifesta por meio de referendos, plebiscitos, iniciativas populares, dentre outros meios.

Como quaisquer atividades hermenêuticas, as espécies de interpretação constitucional que servem de instrumento para mutação constitucional também estão sujeitas aos métodos de interpretação previamente abordado, tendo inclusive o próprio jurista chinês Hsü Dau-Lin, conforme demonstra Gilmar Ferreira Mendes⁷⁸, já preconizado a interpretação da constituição como instrumento hábil a alcançar a mutação constitucional.

Acerca do assunto, Paulo Bonavides⁷⁹ aponta ainda que:

“[...] a interpretação da Constituição é parte extremamente importante do Direito Constitucional. O emprego de novos métodos da hermenêutica jurídica tradicional fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional.”

Sendo assim, os diversos métodos de interpretação constitucional, expostos anteriormente no presente trabalho acadêmico, contribuem para contínua evolução do processo de hermenêutica constitucional, vez que todos os “métodos interpretativos examinados, cada qual dentro dos seus contornos e considerados os limites em que atuam, podem ensejar mudanças constitucionais, em maior ou menor amplitude”⁸⁰.

Por outro lado, destaca-se que não menos importantes são o caráter genérico e político das normas constitucionais e as diferentes categorias destas, os termos sem significado preciso do texto da Constituição e as lacunas normativas que a lei suprema possui, pois estes fatores também exercem influência na interpretação como processo de alteração informal da Carta Política.⁸¹

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 153.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 458.

⁸⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986. v. 1, p. 53.

⁸¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986. v. 1, p. 61-62.

Todavia, apenas configura-se uma mutação constitucional legítima quando se utiliza os métodos de interpretação de forma correta e respeita-se a plasticidade das normas da Constituição e a rigidez desta, pois o contrário significaria conceder ao intérprete poderes para atuar como legislador e incorrer na possibilidade de leituras do texto fundamental contrárias ao seu próprio espírito.

Sendo assim, a interpretação constitucional, independentemente do método hermenêutico escolhido, está sempre vinculada ao enunciado normativo constitucional previamente editado pelo legislador, devendo o texto delimitar a área de atuação do intérprete, a fim de evitar que este macule a força normativa da Constituição.⁸²

1.2.3.2 A Mutação constitucional por meio dos costumes constitucionais

A existência dos costumes constitucionais, embora negada por parte da doutrina para as Constituições rígidas, mostra-se imperiosa, pois uma prática reiterada por parte de qualquer órgão estatal possui sim o condão de preencher a lacuna da norma constitucional e de inclusive possibilitar uma melhor interpretação desta.

Conforme define a professora Anna Candida da Cunha Ferraz⁸³, o costume constitucional é a:

“[...] expressão do poder constituinte difuso, manifestação do poder constituinte latente atuado pelos órgãos constituídos competentes enquanto preenchem lacunas na obra constitucional originária ou interpretam-lhe disposições obscuras. Tal costume consistirá na prática constitucional, reiterada ou não, porém consentida ou desejada, de determinados atos ou comportamentos, pelos poderes competentes e pelo povo, sem forma prevista ou consagrada na Constituição.”

Em face de tais possibilidades, é possível identificar três tipos de costumes constitucionais: interpretativo, que baseia a interpretação de dispositivo constitucional; integrativo, o qual trata de preencher as lacunas da Constituição; e o derogatório, que não é

⁸² HESSE, Konrad. A Interpretação Constitucional. In: *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117.

⁸³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986. v. 1, p. 185.

aceito quando as normas afetadas são oriundas de uma Constituição rígida, posto que não seria possível um costume ser contrário ao direito posto.⁸⁴

Este instituto, embora seja fonte subsidiária do direito, “tem duplo e relevante papel, quer para a integração da ordem constitucional em caso de lacuna, quer como fonte auxiliar da interpretação constitucional”⁸⁵ e acaba auxiliando na aplicação das normas aos fatos da vida.

1.3 Limites da interpretação constitucional: a mutação constitucional como método válido de alteração da Constituição

As constituições, conforme já exposto, deverão ter suas normas interpretadas através dos métodos hermenêuticos, com o intuito de aproximar a Constituição da realidade. Ocorre que tal ato pode, certas vezes, acarretar na ocorrência de uma mutação constitucional, reformando-se assim o “compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional”⁸⁶.

O aplicador da Constituição, todavia, caso elasteça muito o processo de interpretação, poderá malsinar os preceitos constitucionais e comprometer a própria normatividade da lei suprema, pois passaria a exercer uma função de caráter quase legislativo.

Sobre o assunto, adverte Gilmar Ferreira Mendes⁸⁷ que:

“[...] uma coisa são as leituras que, mesmo novas, ainda se mantenham no espectro dos significados aceitáveis de um texto jurídico, e outra, bem distinta, são as criações sub-reptícias de novos preceitos, mediante interpretações que ultrapassariam o sentido literal possível dos enunciados jurídicos e acabam por transformar os seus intérpretes em legisladores sem mandato.”

⁸⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986. v. 1, p. 185-186.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p.149.

⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 1228.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 154.

Dessa forma, caso não observada esta patente dicotomia, é passível de ocorrer a denominada mutação inconstitucional, a qual viola frontalmente à Constituição e seus dispositivos e gera, conforme pondera Canotilho⁸⁸, “alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional”.

O ilustre constitucionalista português⁸⁹ salienta ainda que somente:

“[...] a necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição.”

O intérprete constitucional, assim, se encontra obrigado a respeitar o previsto no enunciado normativo e nos seus possíveis sentidos e cuidar para que os princípios que alicerçam a Constituição e lhe conferem identidade, normatividade e legitimidade não se esvaíam.⁹⁰

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 1229.

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 1229.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151.

2. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 As funções do Estado

2.1.1 A concepção clássica

O termo “estado” pode ter sentidos diferentes, a depender do campo do conhecimento humano que o delimite como objeto de estudo. Entretanto, o vocábulo foi usado pela primeira vez como sinônimo de sociedade política de caráter permanente por Maquiavel, em sua obra “O Príncipe”.⁹¹

Embora possua várias definições no âmbito da Teoria Geral do Estado, preconiza Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹², de modo simples e esclarecedor, que “o Estado é uma associação humana (povo), radicada em base superficial (território), que vive sob o comando de uma autoridade (poder) não sujeita a qualquer outra (soberana)”.

Contudo, deve-se ponderar que é pelo fato de estar sob o manto da Constituição que a autoridade do ente político emana, pois atualmente um Estado só “é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendem impor-lhes deveres”⁹³.

Conforme ensina Canotilho⁹⁴, podem-se pinçar os seguintes elementos para formar este Estado Constitucional, que busca seus elementos constitutivos na doutrina do direito internacional:

“(1) poder político de comando; (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais (povo = sujeitos do soberano e destinatários da soberania); (3) reunidos num determinado território. A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia no monopólio de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impôr a efectividade das suas regulações e dos seus comandos. Neste contexto se

⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1.

⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49.

⁹³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito* / Ronald Dworkin; trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 232.

⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 90.

afirma também o carácter originário da soberania, pois o Estado não precisa de recolher o fundamento das suas normas noutras normas jurídicas.”

Com base nesses preceitos, as constituições brasileiras passaram a organizar o Estado Brasileiro e definir quais seriam seus órgãos basilares e suas competências, tendo, após diversas variações quanto à forma de estado e de governo, a Constituição de 1988 dividido entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário as tarefas estatais.

Esta antiga ideia de repartir as atribuições do Estado, as quais serão outorgados à órgãos ou complexos de órgãos, reciprocamente autônomos e independentes, que deverão praticar com exclusividade, ou ao menos preponderantemente, as funções executiva, legislativa e jurisdicional, foi consagrada e amplamente divulgada por Montesquieu em sua obra “O espírito das leis”.⁹⁵

A primeira das funções previstas pelo autor francês foi a Legislativa, à qual caberia fixar as normas jurídicas de forma geral e impessoal, as quais todos os indivíduos do Estado devem se submeter, e fiscalizar, por meio de seus representantes eleitos, como as riquezas estatais são geridas.⁹⁶

No sistema brasileiro, conforme previsto na Constituição Federal de 1988⁹⁷, a edição de leis compete ao Congresso Nacional, o qual, no sistema brasileiro, que adotou o bicameralismo, é composto pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, sendo estas casas legislativas independentes e auto-organizáveis.

As atribuições do Congresso Nacional e de suas Casas estão expressamente previsto na Constituição e, conforme pondera José Afonso de Silva⁹⁸, podem ser divididas em cinco grupos: legislativa, por meio da qual este órgão exerce sua função precípua de editar leis, de acordo com um processo legislativo específico; meramente deliberativas, as quais são

⁹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135.

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 895.

⁹⁷ Dispõe o artigo 44 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.”

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 520-521.

referentes aos atos previstos no regimento interno do Congresso; de fiscalização e controle, que exercita solicitando informações aos órgãos subordinados ao Presidente da República, por meio das comissões parlamentares de inquérito ou com o auxílio do Tribunal de Contas da União; de julgamento de crimes de responsabilidade, quando as casas do Congresso terão o dever de processar e julgar certas autoridades; e constitucionais, em que exerce nos casos de emenda à Constituição.

A função executiva, por sua vez, tem a competência de zelar pelo fiel cumprimento das leis impostas pelos órgãos legislativos, através da prática de atos que objetivem o funcionamento do aparelho estatal.⁹⁹

Conforme leciona Gilmar Ferreira Mendes¹⁰⁰ sobre esta temática no direito brasileiro:

“[...] a referência ao Poder Executivo contempla atividades diversas e variadas, que envolvem atos típicos da Chefia de Estado (relações com Estados estrangeiros, celebração de tratados), e atos concernentes à Chefia do governo e da administração em geral, como a fixação das diretrizes políticas da administração e a disciplina das atividades administrativas (direção superior da Administração Federal), a iniciativa de projetos de lei e edição de medidas provisórias, a expedição de regulamentos e controle orçamentários, bem como sobre o controle de despesas (CF, arts. 163-169) e a direção das Forças Armadas.”

Na atual Constituição, bem como todas que a precederam, salvo casos excepcionais, a chefia de Estado e de governo foram concentradas na figura do Presidente, o qual é eleito através de sufrágio universal e possui mandato de quatro anos.

Ao empossado no cargo de Presidente, incumbe, dentre outras, as tarefas de: representar o Estado brasileiro nas relações internacionais; constituir os outros poderes do estado, nomeando membros para estes; orientar a política nacional; chefiar a administração

⁹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 221.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 947.

pública no âmbito federal; ser responsável pela segurança nacional; e defender o interesse público.¹⁰¹

Como a última das atividades estatais concebidas na doutrina clássica, a função jurisdicional foi apenas concebida para ser responsável por aplicar a lei ao caso concreto e resolver os conflitos de interesses.

Destaca-se que esta definição restou superada há muito tempo pela doutrina, visto que os termos pouco precisos e de conteúdo aberto das normas, bem como a “judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final”¹⁰², passaram a exigir dos magistrados uma postura cada vez mais atuante do ponto de vista interpretativo e político, quebrando-se a concepção que o juiz seria apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei”¹⁰³.

Com a promulgação da atual Constituição, assimilou-se a mencionada lição, vez que se conferiu ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, meios para decidir temas eminentemente políticos e interpretar de forma construtiva, tirando “conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados”¹⁰⁴, para dar a palavra final acerca dos assuntos constitucionais.

Cumprе ressaltar também que com a concessão de independência financeira e institucional dos órgãos do Poder Judiciário¹⁰⁵ e a garantia de certos direitos aos seus

¹⁰¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 277.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 407.

¹⁰³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p.108

¹⁰⁵ Dispõe o artigo 99 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:
“Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.
§ 1º - Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.
§ 2º - O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete:
I - no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais;
II - no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.”

membros¹⁰⁶, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, prestigiou-se a própria função jurisdicional e a independência de seu exercício.

No Brasil, os órgãos do Poder Judiciário, elencados no artigo 92 da Constituição Brasileira¹⁰⁷, são os responsáveis pela apreciação de litígios, e organizados

¹⁰⁶ Dispõe o artigo 93 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;
II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;

III o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;

IV previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;

V - o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º;

VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40;

VII - o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal;

VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa;

VIII-A - a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas a , b , c e e do inciso II;

(...)

X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

(...)

XIII - o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população.”

¹⁰⁷ Dispõe o artigo 92 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

conforme critérios de “caráter federal ou estadual de seus órgãos e o da competência constitucionalmente reservada”¹⁰⁸.

Os órgãos jurisdicionais são responsáveis pela prolação das decisões que resolvem as lides, sendo o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo e última instância, competente para funcionar como tribunal constitucional, foro judicial especializado e tribunal de recursos de última instância, conhecendo assim de causas que envolvam a interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais.¹⁰⁹

Insta salientar, por fim, que este modelo, chamado pela doutrina liberal clássica de separação dos Poderes, é denominado pelo constitucionalismo moderno de divisão de tarefas estatais, no qual os órgãos exerceriam uma função primeira e, subsidiariamente, outras funções do Estado, como se percebe atualmente na realidade constitucional brasileira, posto que, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer diretamente uma função política e o Presidente da República, por meio de medidas provisórias, passou a ocupar o lugar do Congresso Nacional no papel legislativo.¹¹⁰

2.1.2 A teoria de Bruce Ackerman para “Nova Separação de Poderes”

Os Estados Unidos da América construiu uma das sociedades mais bem sucedidas da história da humanidade e um dos elementos que possibilitou isto foi sua Constituição, promulgada em 1787, a qual permitiu, com a plasticidade do seu texto, a constante aplicação dos princípios valorados pela comunidade americana.¹¹¹

II - o Superior Tribunal de Justiça;
 III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
 IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
 V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;
 VI - os Tribunais e Juízes Militares;
 VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.”

¹⁰⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 255.

¹⁰⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: Revista Direito GV. São Paulo: 2008, vol.4, n.2. p. 441-459, In: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD-08_6_441_464_Supremocracia_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2012

¹¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 71.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 301-304.

As características básicas da concepção norte-americana de constituição, como o fato desta ser rígida, prever um pacto federativo, a separação de Poderes, os direitos individuais e a possibilidade dos atos estatais passarem por uma revisão judicial foram reproduzidos em diversas cartas fundamentais do mundo, inclusive na atual Constituição brasileira.¹¹²

Todavia, o autor americano Bruce Ackerman defende que apesar desses excelentes elementos, o modelo americano de separação de Poderes gera certos impasses e defende, para evitar estes, o que denomina “parlamentarismo limitado”, por meio do qual a divisão de Poderes seria concretizada por meio de referendos de nível nacional e pela criação de uma corte constitucional e de um órgão federativo com membros que representem os governos de províncias.¹¹³

Acerca da importância da corte constitucional no modelo mencionado, Ackerman¹¹⁴ destaca que:

“[...] Necessitaremos que uma corte constitucional torne os princípios ordenados pelas pessoas em realidades operacionais. Sem a instituição do *judicial review*, a maioria parlamentar reinante terá estímulos massivos para ignorar ações prévias da soberania popular, sempre que lhe seja conveniente.”

Nesse contexto, ao longo de boa parte de sua história a Suprema Corte Americana se posicionou como a instância responsável pela garantia dos direitos fundamentais para todos, assemelhando-se assim a uma corte constitucional, componente essencial para o modelo do parlamento limitado proposto por Bruce Ackerman.¹¹⁵

Contudo, a forma de Estado ideal estruturada pelo autor somente subsistiria se apoiado em outras instituições para obstar o poder central, além dos anteriormente mencionados, como tribunais ordinários independentes, agências regulatórias e entidades não

¹¹² ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação de Poderes*; trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.

¹¹³ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação de Poderes*; trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 63.

¹¹⁴ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação de Poderes*; trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 41.

¹¹⁵ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação de Poderes*; trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 107-108.

estatais, os quais estariam legitimados a balancear as relações de poder entre o poder executivo e o legislativo.¹¹⁶

2.2 As atribuições da Jurisdição Constitucional

O direito constitucional contemporâneo é baseado na ideia da supremacia da Constituição, segundo a qual a Carta Política “é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível”¹¹⁷.

Dessa forma, conforme a lição de Gilmar Mendes, “como a Constituição é hierarquicamente superior, pela sua posição, natureza e função no âmbito do ordenamento jurídico, não existe outra alternativa: afasta-se a lei e aplica-se a Constituição”¹¹⁸, sendo tal fato o fundamento da supremacia constitucional.

Todavia, uma Constituição na qual não existam meios que garantam a anulabilidade dos atos tidos como inconstitucionais não possui plena obrigatoriedade, pois, sem a instituição de um meio de controle, alerta Paulo Bonavides¹¹⁹ que:

“[...] a supremacia da norma constitucional seria vã, frustando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental.”

Com efeito, a fim de resguardar essa superlegalidade, uma ordem jurídica normalmente prevê uma série de mecanismos denominado jurisdição constitucional, os quais são destinados a, por meio da via judicial, fazer prevalecer os ditames contidos na Constituição.¹²⁰

¹¹⁶ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação de Poderes*; trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113-114.

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107.

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17.

¹¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 297.

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107.

Em lição mais aprofundada, anota ainda Luís Roberto Barroso¹²¹ que a:

“[...] Jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade.”

No mesmo sentido, Canotilho assenta que a jurisdição constitucional é o “complexo de actividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes”¹²².

Assim, ao surgir com a função de instrumento de proteção da Constituição e de garantia do Estado de Direito, a jurisdição constitucional foi incumbida da missão de resguardar os valores históricos, culturais, econômicos e políticos de uma sociedade.¹²³

Para servir a este propósito, a jurisdição constitucional detém, como ensina Alexandre de Moraes¹²⁴, cinco campos de atuação: controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, proteção dos direitos fundamentais, controle das normas da democracia representativa (eleições) e participativa (referendos e plebiscitos), controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências constitucionais e equilíbrio da federação.

Além destas cinco funções, o Professor português José Joaquim Gomes Canotilho ainda observa a “intervenção nos processos de averiguação e apuramento da responsabilidade constitucional e, de um modo geral, a ‘defesa da constituição’ contra crimes de responsabilidade”¹²⁵ como um sexto tipo de tarefa da jurisdição constitucional.

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

¹²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 892.

¹²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34^a. edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 557-558.

¹²⁴ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 71.

¹²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 895.

Desta forma, observa-se como ponto comum destes campos de atuação citados a destinação de fiscalizar a “observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes”¹²⁶, tornando quem deva ser o responsável pelo exercício da jurisdição constitucional o verdadeiro guardião da Constituição.

Entretanto, não obstante estas competências bem delimitadas, sendo o Estado “a forma por excelência de manifestação do poder político, e a Constituição, o seu estatuto fundamental”¹²⁷, restou ainda a esta determinar quem deverá dirimir os conflitos de ordem constitucional e as dúvidas sobre interpretação da Constituição que vierem a surgir.

Sobre este tema, aduz Paulo Bonavides que determinar quem deverá exercer a jurisdição constitucional “acarreta dificuldades consideráveis, em razão de conferir ao órgão incumbido de seu desempenho um lugar que muitos têm por privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes”¹²⁸.

As primeiras lições acerca deste assunto foram lançadas por Alexander Hamilton, o qual defendeu que papel de declarar nulos todo e qualquer ato manifestamente contrário as normas e princípios constitucionais caberia aos magistrados.¹²⁹

Conforme já defendia Hans Kelsen em sua obra¹³⁰, este papel de quem deveria ser o guardião da Constituição, a qual também foi amplamente discutida no âmbito da doutrina alemã¹³¹, não deve ser confiado ao Parlamento, órgão responsável pela produção das normas, mas sim a “um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos

¹²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 892.

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 155.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 297.

¹²⁹ HAMILTON Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Trad. de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 577.

¹³⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹³¹ Conforme aponta Luís Roberto Barroso, “O tema foi objeto de acirrada polêmica entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca de quem deveria ser o defensor da Constituição”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de*

inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional¹³², o qual passaria a atuar como legislador negativo.

Acerca do surgimento de uma suposta superioridade do Poder Judiciário sobre o Legislativo, Alexander Hamilton¹³³ já rechaçava qualquer conclusão neste sentido, defendendo que:

“[...] o poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias.”

Ademais, conforme preconiza o professor Luís Roberto Barroso em suas lições, “a Constituição, obra do poder constituinte originário e expressão mais alta da soberania popular, está acima do poder constituído, subordinando inclusive o legislador. Se a Constituição tem *status* de norma jurídica, cabe ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la”¹³⁴.

Desta feita, a doutrina abarcou a tese que o papel de guardião da Constituição foi incumbido ao Poder Judiciário, o qual, por meio de seus magistrados ou por um Tribunal Constitucional, deverá exercer a jurisdição constitucional.

2.3 Breve relato da jurisdição constitucional no Brasil e o papel do Supremo Tribunal Federal à luz da Constituição de 1988

2.3.1 Breve relato da Jurisdição Constitucional brasileira

Ao analisar a jurisdição constitucional em nosso país, pode-se perceber que esta foi influenciada pelos modelos constitucionais adotados ao longo de nossa experiência como nação soberana e livre, sendo possível dividir em períodos históricos quais os valores políticos, jurídicos e ideológicos que influenciaram a jurisdição constitucional em nossas diversas Cartas Políticas.

constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

¹³² KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 150.

¹³³ HAMILTON Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Trad. de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 578.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 78.

Ademais, insta destacar que a evolução da jurisdição constitucional pátria está intimamente ligada ao desenvolvimento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, sendo que estes termos não são sinônimos, não obstante sejam empregadas de maneira trocada, tratando-se, em suma, de uma relação entre gênero e espécie.¹³⁵

Desta feita, para se verificar as mudanças da jurisdição constitucional será adotado no presente trabalho monográfico o estudo das modificações ocorridas na esfera do controle de constitucionalidade, “vez que a jurisdição constitucional se realiza, em grande parte, pela verificação da compatibilidade entre a lei ordinária e as normas da Constituição”¹³⁶.

A evolução constitucional do Brasil, conforme aponta Paulo Bonavides¹³⁷, distinguem-se três fases históricas, sendo:

“[...] a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do corrente século.”

A proclamação da independência em 1822 inaugura o primeiro período constitucional brasileiro, o qual se estendeu até 1889, com a substituição do regime monárquico pelo sistema republicano, e procurou estabelecer um equilíbrio entre as ideias absolutistas e liberais.¹³⁸

Nesta primeira fase, com o intuito de concentrar o poder estatal nas mãos do Imperador e manter a unidade nacional, adotou-se uma formulação quadripartite de Estado, baseada na doutrina de Benjamin Constant, na qual, além dos três Poderes previstos no esquema de Montesquieu, ostentava-se um Poder Moderador, que, conforme disposto no artigo 98 da Carta Política de 1824, era a chave de toda a organização política e delegado

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109.

¹³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 297.

¹³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 362.

privativamente ao Imperador para que este velasse pela manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos demais poderes.¹³⁹

Percebe-se assim, como destaca Paulo Bonavides, que a monarquia constitucional do Império “acolheu o princípio absolutista, dissimuladamente preservado com prerrogativas de poder pessoal, de que era titular o Imperador, em cujas mãos se acumulava, tanto em termos formais como efetivos, o exercício de dois poderes: o Executivo e o Moderador”¹⁴⁰, sendo que este possuía mais competências e faculdades de mando do que o primeiro.

Ademais, a Constituição de 1824, em seu artigo 15, atribuía expressamente ao próprio Poder Legislativo, elaborador das normas, as “prerrogativas de interpretar as leis e velar na Guarda da Constituição”¹⁴¹, o que demonstra a ausência de uma jurisdição constitucional durante todo o período monárquico.

Ao tratar sobre o tema, esclarece ainda Gilmar Mendes que o Supremo Tribunal de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário criado em janeiro de 1829 e antecessor do Supremo Tribunal Federal, “tinha competência limitada, que se restringia, fundamentalmente, ao conhecimento dos recursos de revista e à competência para julgar os conflitos de jurisdição e as ações penais contra os ocupantes de determinados cargos públicos”¹⁴².

A partir de 1889, com o despontar da República, tem-se o início o segundo período constitucional de nosso país, o qual foi fortemente influenciado pelas ideias liberais e princípios constitucionais oriundas dos Estados Unidos da América, tais como as formas federativa de Estado e presidencial de governo, o sistema republicano e a existência de uma suprema corte, a qual competiria declarar a inconstitucionalidade dos atos do poder.¹⁴³

¹³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74-75.

¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 364.

¹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 186.

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 25.

¹⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 365.

Como apontam Paulo Bonavides e Paes de Andrade, “o tema que mais ardorosos debates provocou na sessão constituinte do Congresso Nacional ao elaborar-se a Constituição da Primeira República foi indubitavelmente a questão federativa”¹⁴⁴, o que possibilitou a repartição de competências entre a União e os Estados, evitando-se assim uma concentração de poder semelhante aos tempos monárquicos do período anterior.

Estes autores elencam outras mudanças presentes na Constituição de 1891, como as abolições do Poder Moderador, do Senado vitalício e da união entre o Estado e a Igreja, sendo o segundo substituído pelo Senado temporário e a terceira extinta em face da liberdade de culto.¹⁴⁵

Além disto, é importante destacar também que com o advento da Constituição de 1891 criou-se um sistema de controle de constitucionalidade, expressamente previsto nos artigos 59 e 60 desta, os quais confiavam a jurisdição constitucional ao Poder Judiciário, possibilitando que este, de modo incidental e difuso, manifeste-se sobre a invalidade das leis em face da Constituição, tendo esse sistema de origem norte-americana, salvo pequenas mudanças, sobrevivido ao decurso do tempo e encontrando-se ainda previsto na atual Constituição Federal.¹⁴⁶

Assim, conforme os ensinamentos de Gilmar Mendes¹⁴⁷, atesta-se que:

“[...] a primeira Constituição Republicana, de 24 fevereiro de 1891, introduziu uma nova concepção do Poder Judiciário. A influência da doutrina constitucional americana contribuiu para que se outorgasse ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, reconhecendo-se-lhe a competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do direito através de um recurso especial (Constituição de 1891, art. 59, n. 3, § 1º, *a e b*). Foi-lhe confiada, também, competência para decisão de causas e conflitos entre a União e os Estados ou entre Estados-Membros (Constituição de 1891, art. 59, n. 3, § 1º, *c*).”

¹⁴⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 5. ed. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 234.

¹⁴⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 5. ed. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 260.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 85.

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 25-26.

Este constitucionalismo de raízes norte-americanas intimamente ligado à ideia de um Estado federalista e liberal de Direito foi adotado em nosso país por quase 40 anos, todavia sem nunca ter sido devidamente adaptado ao contexto social brasileiro, o que permitiu que se formassem oligarquias regionais, as quais corrompiam e fraudavam o sistema eleitoral.

Aliado a este fato, como lembra Gilmar Mendes, ocorreu também durante aquele período “a crise econômica de 1929, que pôs em xeque a legitimidade da democracia liberal e do liberalismo econômico, levando ao surgimento de correntes extremistas de direita e de esquerda e à implantação de regimes fortes, em diversas partes do globo”¹⁴⁸, o que acabou culminando, com a Revolução de 1930, no fim da Primeira República.

A promulgação da Constituição de 1934 dá início à terceira fase constitucional da história brasileira, na qual a jurisdição constitucional passa a ser profundamente influenciada pelo constitucionalismo alemão presente na Constituição de Weimar e na Lei Fundamental de Bonn, sendo a Constituição Federal de 1988 a última e mais patente das manifestações formais da doutrina kelseniana no Brasil.¹⁴⁹

Apesar da Carta Política de 1934 adotar fórmulas antiquadas, como atribuir ao Senado Federal funções parelhas às do Poder Moderador previsto no Império¹⁵⁰, esta apresentou significativas novidades sob o influxo da doutrina constitucional alemã, dentre as quais se pode destacar a constitucionalização dos direitos sociais e a introdução da representação interventiva, caso especial de controle por via principal e concentrado, sendo o Supremo Tribunal Federal competente para sua apreciação.

Esta ação interventiva, a qual trazia ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, por meio de provocação do Procurador-Geral da República, a lei que decretava a intervenção federal de um Estado, destinava-se ao controle de constitucionalidade desta e “à

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 188.

¹⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 367.

¹⁵⁰ Dispunha o artigo 88 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934: “Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência.”

constatação de eventual afronta através de ação ou omissão contra os princípios fundamentais da ordem federativa”¹⁵¹.

No âmbito do controle incidental e difuso, a Constituição de 1934 instituiu a cláusula de reserva de plenário, a qual passou a exigir a maioria absoluta de votos dos membros julgadores dos tribunais para que se declare a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, bem como previu a competência do Senado Federal para edição de ato normativo suspendendo lei ou ato declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.¹⁵²

Ao ponderar sobre este assunto, Gilmar Mendes¹⁵³ salienta que:

“[...] como as decisões do Supremo Tribunal Federal que declaravam a inconstitucionalidade de uma lei, no controle incidental, não tinha eficácia *erga omnes*, outorgou-se ao Senado Federal o poder de suspender a aplicação da lei (CF de 1934, art. 90, IV). A suspensão de execução, ainda hoje adotada (Constituição de 1988, art. 52, X), foi considerada, então, a forma mais adequada para conferir eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade.”

A previsão desses novos institutos elasteceu e fortaleceu a jurisdição constitucional brasileira, que passou a contar com mais instrumentos de controle de constitucionalidade e a caminhar em direção ao controle misto de constitucionalidade.

Com a Carta Política de 1937, apelidada de “A Polaca” devido a forte influência que teve da Constituição Polonesa, observou-se um verdadeiro retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, na própria jurisdição constitucional, vez que foi concedido ao Chefe do Poder Executivo, nos casos em que este julgasse necessário¹⁵⁴, a possibilidade de submeter novamente ao crivo do Parlamento lei

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28.

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86.

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28-29.

¹⁵⁴ Dispunha o parágrafo único do artigo 96 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

declarada inconstitucional por Tribunal, tornando sem efeito decisão emanada por qualquer órgão do Poder Judiciário.¹⁵⁵

Esta previsão constitucional, aliada ao fato histórico de ter permanecido fechado o Congresso Nacional por ordem do Presidente da República e este, por conseguinte, usurpado as atribuições legislativas daquele, desvirtuou, na visão de Paulo Bonavides, o sistema de controle de constitucionalidade das normas brasileiro, o qual deixou de ser totalmente judicial para se tornar um “controle político unicamente em proveito do Executivo, conforme decorria do art. 96 daquela Carta, e não da ordem constitucional, como ocorre nas formas legítimas e normais”¹⁵⁶.

Acerca desse peculiar atribuição parlamentar, anota Gilmar Mendes¹⁵⁷ que:

“[...] a necessidade desse instituto foi justificada com o caráter pretensamente “antidemocrático” da jurisdição, que acabava por permitir a utilização do controle de normas como instrumento aristocrático de preservação do poder ou como expressão de um Poder Moderador.”

A promulgação da Constituição de 1946 recoloca o constitucionalismo brasileiro nos trilhos ora construídos pelo constituinte de 1934, entretanto somente restabelecendo os parâmetros de outrora para jurisdição constitucional com pontuais mudanças, como a subordinação da medida de intervenção federal à prévia declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁵⁸

Após a Carta Política de 1946, o sistema de controle de constitucionalidade e, portanto, a jurisdição constitucional apenas sofre sensível mudança com a promulgação da Emenda Constitucional n. 16/65, a qual passou a prever e, em seu artigo 101, inciso I, alínea *k*, da Carta de 1946, a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, a ser encaminhada pelo Procurador-Geral da República ao Pretório Excelso.

¹⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 191.

¹⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 329.

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 32.

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 1091.

Sobre o instituto, destaca Luís Roberto Barroso¹⁵⁹ que:

“[...] passava o Supremo Tribunal Federal a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação que lhe fosse encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Introduzia-se, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal.”

Dessa forma, este mecanismo de controle de constitucionalidade, cujo objetivo é a preservação do sistema jurídico em face de leis que com este não eram compatíveis, acabou somando-se aos outros instrumentos do controle difuso e fortalecendo a própria jurisdição constitucional.¹⁶⁰

Elaboradas sob a égide da Ditadura Militar, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, não trouxeram maiores mudanças ao sistema de controle de constitucionalidade, podendo ser destacadas a manutenção da ação genérica de inconstitucionalidade, o alargamento o rol de hipóteses para o ajuizamento da representação interventiva e a criação da representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, cuja legitimidade para propositura também foi atribuída somente ao Procurador-Geral da República.¹⁶¹

2.3.2 O Supremo Tribunal Federal e o exercício da jurisdição constitucional à luz da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 não apenas acabou com o regime de exceção que vigorava no Brasil, restabelecendo a democracia em nosso país, mas também ampliou de forma relativamente significativa os meios de proteção do cidadão, o qual passou a ter um acesso mais próximo e irrestrito à jurisdição constitucional.

No âmbito da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, pode-se perceber que a Carta de Outubro “acabou por consagrar solução de compromisso, que ampliava a

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86.

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1094.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1094-1095.

competência originária do Tribunal, em relação aos novos remédios constitucionais e ao controle abstrato de normas e restringir a sua competência recursal”¹⁶².

Contudo, em que pese a mencionada restrição, a Carta Política promulgada em cinco de outubro 1988 preservou ainda o sistema híbrido de controle de constitucionalidade no direito pátrio, misturando o sistema norte-americano de viés incidental e difuso, presente em nosso ordenamento jurídico desde a Constituição de 1891, com o sistema continental europeu de caráter principal e concentrado, o qual foi introduzido pela Emenda Constitucional n. 16/65.¹⁶³

Mais antigo instrumento do controle de constitucionalidade do direito brasileiro e principal processo de competência do Supremo Tribunal Federal até a promulgação da Constituição de 1988, o recurso extraordinário teve suas hipóteses de cabimento¹⁶⁴ reduzidas em face da criação do Superior Tribunal de Justiça, ao qual foi confiada a missão constitucional de zelar pelo fiel cumprimento e devida interpretação do direito federal ordinário.¹⁶⁵

Ademais, instituiu-se, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, o requisito da repercussão geral para admissão do recurso extraordinário, o que, embora tenha inserido a “jurisdição constitucional no contexto mais amplo de deliberação política”¹⁶⁶, acabou por atribuir ao recurso extraordinário uma feição deveras objetiva.

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 32.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87.

¹⁶⁴ Dispõe o artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:
 “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
 (...)
 III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
 a) contrariar dispositivo desta Constituição;
 b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
 c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
 d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

¹⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1102-1103.

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 136.

No campo do sistema de controle concentrado de normas perante o Supremo Tribunal Federal, operam-se profundas mudanças com a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal e da ação direta de constitucionalidade, esta última incorporada ao texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 3/93, sendo ambas previstas no artigo 102, I, *a*, da Constituição Federal.¹⁶⁷

Entretanto é importante ressaltar que a maior modificação ocorreu com o alargamento do rol de legitimados a iniciar o controle principal de normas perante o Pretório Excelso, após uma longa e demorada evolução jurisprudencial que acabou influenciando o constituinte originário de 1988.¹⁶⁸

Nessa seara, conforme elucidada Luís Roberto Barroso¹⁶⁹:

“[...] a principal inovação trazida pelo constituinte de 1988, que ampliou significativamente o exercício da jurisdição constitucional no Brasil foi o fim do monopólio exercido pelo Procurador-Geral da República em relação à propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Com a nova Carta, o controle de constitucionalidade por via principal passou a poder ser deflagrado por um extenso elenco de legitimados, alinhados no art. 103: o Presidente da República, as Mesas do Senado, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

Neste ponto, adverte-se que a ampliação do círculo de legitimados é uma consequência direta das lições de Peter Häberle, o qual defende a necessidade “de integração da realidade no processo de interpretação”¹⁷⁰.

Faz-se *mister* ainda mencionar a manutenção da ação direta interventiva, destinada a solucionar quaisquer problemas federativos de compatibilidade entre o direito estadual e os denominados princípios sensíveis previstos na Constituição¹⁷¹, e as demais

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88.

¹⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 332.

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88.

¹⁷⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p. 30

¹⁷¹ Dispõe o artigo 34 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

inovações trazida pela Constituição de 1988 no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tais como a criação dos instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão, dos quais são exemplos o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e a introdução da arguição de descumprimento de preceito fundamental.¹⁷²

Em virtude das novidades trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988 e suas emendas, como a Súmula Vinculante, bem como pela legislação infraconstitucional, dentre as quais podemos elencar a possibilidade de participação de *amici curiae* em processos que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, é perceptível que nossa jurisdição constitucional tende a caminhar para um campo de atuação cada vez mais abstrato e concentrado.

“Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
(...)

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.”

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87-89.

3. A LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA ATESTAR A OCORRÊNCIA DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1. Premissas para legitimidade da jurisdição constitucional

Discutida de forma exaustiva na doutrina norte-americana e europeia, a questão relativa à legitimidade da jurisdição constitucional não foi devidamente abordada no Brasil até pouco tempo, gerando diversas críticas de natureza política, doutrinária e ideológica.¹⁷³

Uma das principais questões envolvendo a jurisdição constitucional é atinente à legitimidade desta em face do Princípio Democrático representativo, devendo tal problema ser trabalhado sobre três aspectos: compatibilidade entre um regime democrático e um Estado de Direito, composição dos órgãos competentes pela jurisdição constitucional e a própria conformação social diante das decisões emanadas por estes órgãos.¹⁷⁴

Como apontado anteriormente neste trabalho acadêmico, uma significativa parcela do exercício da jurisdição constitucional no Brasil ocorre quando o Supremo Tribunal Federal, em sede difusa ou concentrada, aprecia as causas em que se requer a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.¹⁷⁵

Todavia, deve-se atentar que a supremacia da Constituição, razão de existência da jurisdição constitucional, é uma concepção que não engloba somente o sistema de controle de constitucionalidade de normas e a tutela adequada e eficaz dos direitos individuais, devendo abarcar também as ideias de lei diretiva fundamental, a qual estabelece a organização e funcionamento dos Poderes do Estado e condiciona os cidadãos visando garantir a concretização de valores embutidos na Constituição, tais como os direitos à saúde, à educação e ao trabalho.¹⁷⁶

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74-76.

¹⁷⁴ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 66-67.

¹⁷⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Processo e jurisdição constitucional. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado democrático de Direito* / Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (coordenação.). 1 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 461.

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 99.

Ao partir desta compreensão de Constituição enquanto uma norma fundamental de garantia, Lenio Luiz Streck, alicerçado nas lições do professor português Vital Moreira, adverte que “a existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo de confiada a um tribunal específico (*ad hoc*), parece ter-se tornado nos tempos de hoje um requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos”¹⁷⁷.

Sobre o tema, pondera ainda Lenio Luiz Streck¹⁷⁸ que:

“[...] é preciso deixar assentado que os dois dogmas em que tradicionalmente se baseava a contestação à legitimidade da justiça constitucional – soberania do parlamento e a separação dos Poderes – deixaram de ter, em grande medida, correspondência na realidade político-constitucional contemporâneas. De um lado, a soberania do parlamento e da intangibilidade e onipotência do legislador perdeu definitivamente terreno em favor da concepção da soberania e supremacia da Constituição e do caráter constituído e subordinado do Poder Legislativo, bem como da convicção de que o princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade do Poder Legislativo e do Executivo perante as violações da lei fundamental. A soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação do Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantada pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado. A idéia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental. O poder constituído, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, por definição originário.”

Portanto, passou-se a exigir uma complementaridade entre o regime Democrático, consolidado na soberania popular e no governo da maioria, e o Estado de Direito, embasado no ideal de supremacia da Constituição, de garantia aos direitos fundamentais e de controle jurisdicional dos atos estatais, com o intuito de resguardar não somente a maioria, mas também, e principalmente, a minoria e seus direitos.¹⁷⁹

Ao tratar sobre o tema, o professor Luís Roberto Barroso¹⁸⁰ defende que:

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 100.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 100-101.

¹⁷⁹ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 67.

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81.

“[...] a democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todos as pessoas nos processos decisórios.”

Assim, com o propósito de proteger essa superlegalidade, a jurisdição constitucional, alicerçado na vontade popular emanada pelo constituinte originário, “retira sua legitimidade formalmente da própria Constituição e materialmente da necessidade de proteção ao Estado de Direito e aos Direitos Fundamentais”¹⁸¹.

Nesse sentido conclui Alexandre de Moraes¹⁸², afirmando que:

“[...] a legitimidade da Justiça constitucional consubstancia-se, portanto, na necessidade de exigir-se que poder público, em todas as suas áreas, seja na distribuição da Justiça, seja na atuação do Parlamento ou na gerência da *res pública*, pautado pelo respeito aos princípios, objetivos e direitos fundamentais consagrados em um texto constitucional, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas e perda da própria legitimidade popular de seus cargos e mandatos políticos pelo ferimento ao Estado de Direito.”

Outro ponto relevante para legitimação da jurisdição constitucional é a forma de composição dos Tribunais ou Cortes Constitucionais, aos quais se atribui, segundo Canotilho, “um papel político-jurídico, conformador da vida constitucional, chegando alguns sectores da doutrina a assinalar-lhe uma função de conformação política em tudo semelhante à desenvolvida pelos órgãos de direcção política”¹⁸³.

Este papel duplice acaba por exigir uma maneira diferenciada de escolha dos magistrados que exercerão a jurisdição constitucional, a fim de que não se faça oposição à própria legitimidade da justiça constitucional, devendo-se atender três requisitos que robustecem sua legitimidade: pluralismo, ligado à ideia de uma composição que reflita de modo global a sociedade; representatividade, atrelada à necessidade de aprovação da maioria

¹⁸¹ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 68.

¹⁸² MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 76.

¹⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 681.

dos parlamentares para investidura no cargo de juiz constitucional; e complementaridade, que consiste na combinação de experiências profissionais das diversas carreiras jurídicas.¹⁸⁴

A aceitação por parte dos outros poderes do Estado e, em especial, pela sociedade das decisões proferida pelo órgão responsável pela jurisdição constitucional é a última coluna que apoia a legitimidade desta, o que justifica o fato de suas manifestações serem públicas e devidamente fundamentadas.¹⁸⁵

3.2. A legitimidade do Supremo Tribunal Federal para atestar a ocorrência de mutação constitucional

A análise minuciosa da Constituição de 1988 permite inferir que o constituinte procurou atender aos aspectos que conferem legitimidade a jurisdição constitucional quando estabeleceu as competências do Supremo Tribunal Federal, a maneira de sua composição e os instrumentos que facilitem a aceitação social e dos outros poderes estatais de suas decisões.

Conforme previsto no *caput* do artigo 102 da Constituição Federal, ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição, que poderá, seja por meio de ação de sua competência originária, seja por meio de recurso, exercer o controle de constitucionalidade das leis e proteger os direitos fundamentais.¹⁸⁶

O Pretório Excelso se manifestou acerca de seu papel de derradeiro intérprete e guardião da Constituição no julgamento do Habeas Corpus n. 90.450/MG, de relatoria do Ministro Celso de Mello¹⁸⁷, como se percebe do seguinte trecho do voto do Relator:

“[...] Cumpre referir que o poder de interpretar o ordenamento normativo do Estado, ainda que disseminado por todo o corpo social, traduz prerrogativa essencial daqueles que o aplicam, incumbindo, ao Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal – que detém, em matéria constitucional, ‘o monopólio da última palavra’-, o exercício dessa relevantíssima atribuição de ordem jurídica.”

¹⁸⁴ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 77-78.

¹⁸⁵ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 78.

¹⁸⁶ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 219-223.

¹⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma, HC 90.450/MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 23/09/2008, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 06/02/2009.

Ao relatar também a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.345, o Ministro Celso de Mello¹⁸⁸ exaltou mais uma vez o papel do Supremo Tribunal Federal, conforme se infere do seguinte trecho de seu voto:

“[...] É preciso ter em perspectiva que, em sede de fiscalização constitucional, o exercício jurisdicional do poder de controle destinado a preservar a supremacia da Constituição põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, reside a magna prerrogativa outorgada a esta Corte de definir os limites das competências estatais, de determinar o alcance dos direitos e garantias fundamentais e de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder.”

Ademais, a escolha dos onze ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal, os quais deverão ser brasileiros natos e escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, embora não possua uma divisão predeterminada, é de livre escolha e compete ao Presidente da República, após aprovação por maioria absoluta dos membros do Senado Federal.¹⁸⁹

No tocante à aceitação da opinião pública e dos outros poderes estatais de suas decisões, podemos citar a possibilidade de participação de *amici curiae* em processos que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, o que pluraliza a discussão no âmbito social, e a produção de eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, das decisões definitivas de mérito, proferidas pela Corte, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade.

Desta feita, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal preencheu os requisitos elencados pela melhor doutrina, este se torna legitimado para interpretar e “modificar o conteúdo das normas constitucionais mantendo intacto o texto literal, isto é,

¹⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno, ADI 3.345/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 25/08/2005, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 20/08/2010.

¹⁸⁹ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 215-216.

mediante uma mutação constitucional”¹⁹⁰, conforme tem sido a postura do Tribunal em certos julgados, conforme se percebe no julgamento do HC n. 96.772/SP¹⁹¹, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

“E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 619/STF - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - NATUREZA CONSTITUCIONAL OU CARÁTER DE SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS? - PEDIDO DEFERIDO.

ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL, AINDA QUE SE CUIDE DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. Revogação da Súmula 619/STF.

TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um

¹⁹⁰ HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

¹⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma, HC 96.772/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 09/06/2009, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 21/08/2009.

princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.”
(grifo nosso)

3.3 O julgamento da Reclamação nº 4.335/AC e os limites do Supremo Tribunal Federal para declarar uma mutação constitucional

A Constituição de 1988, reiterando dispositivo contido na Constituição de 1934 e nas subsequentes, conforme já analisado, outorgou ao Senado Federal a possibilidade de ampliar os efeitos da declaração incidental de constitucionalidade proferida em decisão do Supremo Tribunal Federal.¹⁹²

Sobre esta temática, Luís Roberto Barroso¹⁹³ ensina que:

“[...] a outorga ao Senado Federal de competência para suspender a execução da lei inconstitucional teve por motivação atribuir eficácia geral, em face de todos, *erga omnes*, à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam, ordinariamente, apenas em relação às partes do processo.”

Todavia, como a atual Carta Política tendeu a encaminhar nossa jurisdição constitucional para um campo de atuação cada vez mais abstrato e concentrado, no qual o Supremo Tribunal Federal pode, no julgamento de ação direta, suspender, inclusive liminarmente, a eficácia de lei ou ato normativo, tornou-se contraditório com este sistema a

¹⁹² MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 285.

¹⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 155.

subsistência de uma declaração em sede de controle incidental, na qual a decisão tem efeito apenas *inter partes*.¹⁹⁴

Desta forma, esta competência senatorial, prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, segundo defende parte da doutrina, “perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência”¹⁹⁵.

O Professor Gilmar Ferreira Mendes, em artigo sobre o tema, destaca inclusive que “é possível, sem qualquer exagero, fala-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988”¹⁹⁶.

Diante deste contexto, tramita atualmente perante o Supremo Tribunal Federal a Reclamação nº 4.335/AC, ajuizada pela Defensoria Pública da União, na qual se discute o descumprimento por parte de juiz do Estado do Acre da decisão proferida pelo Pretório Excelso no julgamento do HC nº 82.959/SP, que reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 (“Lei dos Crimes Hediondos”), a qual proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos.

Acerca do caso, relata Gilmar Mendes¹⁹⁷ que:

“[...] com base nesse julgamento, a Defensoria solicitou fosse concedida progressão de regime a determinados apenados, tendo o juiz de direito da Vara de Execuções Penais indeferido o pedido, fazendo afixar, nas dependências do fórum, aviso do seguinte teor: ‘Comunico aos senhores reeducandos, familiares, advogados e comunidade em geral que a recente decisão Plenária do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos do Habeas Corpus n. 82.959, a qual declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que vedava a progressão de regime prisional (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90), somente terá eficácia a favor de todos os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados que

¹⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 1131.

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 1131.

¹⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *O Papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: Um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa, ano 45, no 179, jul./set. 2008, p. 274.

¹⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 1140.

estejam cumprindo pena, a partir da expedição, pelo Senado Federal, de Resolução suspendendo a eficácia do dispositivo da lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal’.”

O Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, concedeu medida liminar, de ofício, para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, fosse afastada a vedação legal de progressão de regime, até o julgamento final da mencionada reclamação.¹⁹⁸

No julgamento do caso no Plenário do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator proferiu voto reafirmando sua posição doutrinária e defendendo que a fórmula atinente à suspensão de execução de lei pelo Senado Federal tem apenas o efeito de dar publicidade à decisão da Corte, devendo o *decisum* proferido por esta, ao declarar uma lei inconstitucional em sede de controle incidental, ter efeitos gerais e *erga omnes*.¹⁹⁹

Embora o julgamento do caso em análise não tenha sido finalizado²⁰⁰, a questão sobre a necessidade de publicação da decisão que declara a inconstitucionalidade em sede de controle difuso e seus efeitos explora especificamente os limites da mutação constitucional.

Para estabelecer tais limites, deve-se buscar uma coordenação entre a normatividade constitucional e a normalidade social, pois, como destaca Konrad Hesse, “a mutação constitucional encontra seu limite na normatividade da Constituição. Este limite, no entanto, continua sendo genérico e difícil de precisar-se; tampouco se trazem pontos de apoio que permitam uma concretização”²⁰¹.

¹⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Rcl. 4.335, Relator Ministro Gilmar Mendes, decisão publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 25/08/2006.

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009, p. 1140.

²⁰⁰ Após os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, que julgaram procedente a Reclamação por entenderem desrespeitada a eficácia da decisão proferida no HC n. 82.959, e dos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, que julgaram improcedente a Reclamação, mas concederam *habeas corpus* de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, encontra-se suspenso o julgamento em virtude de pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski. Fonte: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2110217>>. Consultada em 24.04.2012.

²⁰¹ HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. In: *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 164.

Assim, perceber-se que a utilização do método normativo-estruturante no caso ora analisado possibilitou que o Ministro Relator defenda-se a ocorrência de uma mutação constitucional preservando o papel de guardião da Constituição atribuído ao Supremo Tribunal Federal, mas sem ultrapassar os limites da própria interpretação constitucional.

CONCLUSÃO

As constantes transformações sociais, cada vez mais dinâmicas e de difícil percepção, tornam os mecanismos formais de alteração da constituição, de liturgia obrigatória e muitas vezes demorada, meios poucos hábeis para acompanhar com rapidez essas mudanças e promover as modificações necessárias.

Em face dessa situação, a evolução dos métodos de interpretação constitucional utilizados pela doutrina e pela jurisprudência, destacando-se neste ponto o método normativo-estruturante, possibilitou a conseqüente ocorrência de mutações constitucionais, as quais possuem o condão de atualizar o significado dos dispositivos constitucionais sem alterar seus enunciados normativos, mostrando-se estas os meios mais adequados para equalizar a Constituição à realidade social vigente.

Ocorre que a concepção clássica da divisão de funções estatais atribuiu a atividade jurisdicional somente o trabalho de subsumir a norma legal ao fato da vida, sendo tal ideia inconcebível com o atual estágio de evolução do Estado Contemporâneo e com o instituto da mutação constitucional, o qual acaba concedendo aos juízes poderes quase legislativos quando estes se encontram diante de normas de conteúdo aberto.

A fim de garantir o cumprimento dos ditames constitucionais, faz-se necessário uma abordagem mais moderna da temática para não esvaziarmos os poderes e as competências da atividade jurisdicional, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional, uma vez que esta é a responsável pela garantia da supremacia da Constituição.

Embora esta nova abordagem acarrete uma suposta expansão do Poder Judiciário sobre os demais poderes, insta salientar que o constituinte originário procurou respeitar o Princípio Democrático representativo e outorgou aos juízes e, em último caso, ao Supremo Tribunal Federal, a guarda da Constituição, advindo desta escolha a legitimidade dos órgãos jurisdicionais para exercer a jurisdição constitucional e atestar a ocorrência de uma mutação constitucional.

Ademais, ao analisarmos brevemente a evolução do constitucionalismo brasileiro, percebe-se que o exercício da jurisdição constitucional em nosso país, o qual foi realizado

desde 1965 por meio do controle misto, ganha novos horizontes com a tendência de objetivação dos litígios constitucionais inaugurada por constituições brasileiras anteriores e que tem seu ápice com a Constituição de 1988, tendo como exemplos a ampliação dos legitimados a participar da interpretação constitucional, conforme já defendia Peter Häberle, e a criação de diversos mecanismos, como novas ações de controle abstrato de normas, a Repercussão Geral e a Súmula Vinculante.

Esta nova tendência passou a influenciar a própria postura do Supremo Tribunal Federal, que em seus julgamentos, como no caso da Reclamação nº 4.335/AC, começa a utilizar-se do instituto da mutação constitucional para dar moldes de controle abstrato ao controle concreto de constitucionalidade. Esta postura, embora legítima e possível, deve ser acompanhada de perto para que não sejam transpostos certos limites que possam prejudicar a normatividade da própria constituição.

O Supremo Tribunal Federal, em face de sua legitimidade concedida pelo próprio constituinte originário e da omissão dos demais poderes do Estado, deve atuar e forma direta e declarar a ocorrência de mutações constitucionais para adequar a Carta Política à realidade social no qual esta se encontra inserida, contudo deve balizar suas decisões no próprio espírito da Constituição, a fim de não prejudicar sua supremacia e os próprios direitos fundamentais.

Verificou-se, conforme defendido pelos Professores Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso e por outros doutrinadores, que o instituto da mutação constitucional pode sim ser considerado um método válido de alteração da Constituição e que sua ocorrência deve ser verificada pelo Supremo Tribunal Federal, posto que este é o órgão legitimado para interpretar as normas constitucionais e o responsável pela manutenção do Estado Democrático de direito.

Porém, devemos observar com atenção os métodos hermenêuticos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, posto que suas decisões, de caráter político, caso equivocadas, somente estão sujeitas a revisão por meio de emenda à Constituição, o que torna o exercício da jurisdição constitucional e, conseqüentemente, a determinação de ocorrência de mutação constitucional um dos papéis mais complexos do Estado Contemporâneo.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação de Poderes*; trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011;
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009;
- _____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012;
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011;
- _____; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 5. ed. Brasília: OAB Editora, 2004;
- BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1934. In: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 08 abr. 2012;
- BRASIL. Constituição (1937). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1937. In: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 10 abr. 2012;
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. In: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 abr. 2012;
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003;
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Processo e jurisdição constitucional. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado democrático de Direito* / Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (coordenação.). 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004;
- DUARTE, Fernanda et VIERA, José Ribas [org.]. *Teoria da Mudança Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*; tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002;
- _____. *O império do direito*; trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007;

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986. v. 1;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

HAMILTON Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Trad. de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984;

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997;

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009;

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007;

_____. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*; trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 7. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3^a. ed. Tradução de: José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997;

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011;

MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional : o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005;

_____. *O Papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: Um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa, ano 45, no 179, jul./set. 2008;

_____; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009;

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005;

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000,

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e Mudança: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v.30, nº 120. p. 159-186, out./dez. de 1993;

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002;

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34^a. edição. São Paulo: Malheiros, 2011;

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: Revista Direito GV. São Paulo: 2008, vol.4, n.2. p. 441-459, In: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD-08_6_441_464_Supremocracia_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2012;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma, HC 90.450/MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 23/09/2008, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 06/02/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno, ADI 3.345/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 25/08/2005, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 20/08/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma, HC 96.772/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 09/06/2009, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 21/08/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Rcl. 4.335, Relator Ministro Gilmar Mendes, decisão publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 25/08/2006.