



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUIÇÃO, SOCIEDADE E PENSAMENTO
JURÍDICO

HEITOR NOGUEIRA DA SILVA

MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA MODERNIDADE PERIFÉRICA: OS
EFEITOS DAS MUDANÇAS SIMBÓLICAS DA CONSTITUIÇÃO

FORTALEZA
2019

HEITOR NOGUEIRA DA SILVA

**MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA MODERNIDADE PERIFÉRICA: OS
EFEITOS DAS MUDANÇAS SIMBÓLICAS DA CONSTITUIÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientadora: Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S58m Silva, Heitor Nogueira da.
MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA MODERNIDADE PERIFÉRICA: OS EFEITOS DAS
MUDANÇAS SIMBÓLICAS DA CONSTITUIÇÃO / Heitor Nogueira da Silva. – 2019.
119 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019.

Orientação: Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos.

1. Mutações constitucionais. 2. Modernidade periférica. 3. Constitucionalização simbólica. 4. Judicialização simbólica. I. Título.

CDD 340

HEITOR NOGUEIRA DA SILVA

**MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA MODERNIDADE PERIFÉRICA: OS
EFEITOS DAS MUDANÇAS SIMBÓLICAS DA CONSTITUIÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientadora: Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos.

Aprovada em: __/__/____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos (Presidente)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Universidade de Fortaleza (Unifor)

Dedico este trabalho, com todo amor e gratidão, às minhas mães, Terezinha de Jesus Nogueira e Francisca Nogueira da Silva.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me nutrir com seu infinito amor, por me proteger, por me manter curioso, por cuidar de mim em cada passo, por me mostrar aprendizado em cada tropeço. A crença em Deus me faz mais forte para caminhar. Deus, muito obrigado por me afastar das certezas que mais paralisam do que edificam.

O meu caminhar nunca foi solitário. Sempre estive com as melhores companhias. Creio que o lirismo da vida está no entrelaçar das relações humanas, nos encontros, nas partidas. Agradeço às minhas mães, Terezinha de Jesus Nogueira e Francisca Nogueira da Silva, por terem sido calma, quando o mar da vida estava revoltado; por me terem dado um amor puro, pleno e abundante, quando nem mesmo eu achava que merecia. Por isso, todas as vitórias da minha vida sempre serão a vocês dedicadas.

À Rebeca, minha companheira, por estar do meu lado em todos os momentos e por ter compreendido as ausências motivadas pelos compromissos acadêmicos. Sou muito grato a Deus por estar com você. Desde o dia 28 de setembro de 2008, a minha vida ficou mais feliz, porque você chegou. Você é a mulher dos meus sonhos, o meu grande amor. É em você que eu encontro a paz. Eu te amo.

Sou grato a toda minha família. Agradeço ao meu pai por sempre estar do meu lado e por ter contribuído com as minhas conquistas. À minha tia Rejane, por dividir comigo os momentos de amor e de dor. Aos meus irmãos, Ingo, Markus, Maximilian, Victor, Thiago e Lucas, por fazerem contínuos os laços maternos e paternos. A minha gratidão também vai ao meu avô Sílvio e à minha avó Marina, aos meus tios e tias, aos meus primos e primas, aos meus afilhados Joaquim e Ana Clara, às minhas comadres Rachel e Luciana, ao meu compadre Idelberto.

À minha orientadora Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos, que me inspira como professora e como pesquisadora. Obrigado por me acompanhar desde os bancos da faculdade, oportunidade em que também fui seu orientando, e por me acolher, novamente, no Mestrado.

Aos membros da banca examinadora, por me concederem a honra de avaliarem a minha dissertação, pela disponibilidade e pela paciência dispensada à leitura. Agradeço ao Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, autor de textos importantes para a concepção deste trabalho, docente e pesquisador cujas ideias muito me inspiram. Ao Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque, professor dedicado e competente com quem tive o prazer de conviver

como aluno na graduação e no Mestrado em Direito, ao cursar a disciplina Direito Político na Ordem Constitucional, a qual foi de grande importância para o amadurecimento das ideias desta pesquisa.

A todos os professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD-UFC), pelos ensinamentos, pelo respeito aos alunos, pela dedicação e pelo comprometimento com o alto nível de qualidade da universidade pública e gratuita. Cito, de modo especial, os professores Hugo de Brito Machado Segundo, Felipe Braga Albuquerque, Gustavo César Machado Cabral e Juliana Cristine Diniz Campos. Também agradeço ao professor Jawdat Abu-El-Haj, do Programa de Pós-graduação em Sociologia da Universidade Federal do Ceará, por ter enriquecido a minha pesquisa com suas profundas e singulares reflexões. Agradeço a todos que contribuem, em tempos de escassez, para a manutenção e para o crescimento do PPGD-UFC.

A todos os amigos da turma do Mestrado em Direito, pela cumplicidade e pela ajuda mútua que fizeram a caminhada mais leve, especialmente, Afonso, Arthur, Caco, Daniel, Isabelly, Lara Dourado e Ricardo Arruda. Todos os colegas contribuíram de diferentes formas para que o Mestrado fosse ainda mais proveitoso para a minha formação.

Ao Centro Universitário Christus (Unichristus), pela oportunidade de crescer como profissional, exercendo o mais belo dos ofícios, e por acreditar no meu trabalho. Agradeço aos coordenadores, aos colegas professores e aos demais profissionais da Unichristus. A todos que fazem o Departamento de Língua Portuguesa (DLP): Gleiciane, Helena, Idália, Ellen, Silvana e Tatiana. Agradeço também aos colegas da Comissão Própria de Avaliação (CPA), especialmente ao Prof. José Lima Crisóstomo, pela torcida e pela contribuição em todos os momentos. Muito obrigado aos meus alunos e aos ex-alunos, para quem dedico toda a minha formação.

Aos amigos que se fizeram presentes em momentos cruciais deste trabalho. Ao Daniel Victor, que me presenteou com a leitura destes escritos e com comentários relevantes para o aprimoramento do texto. Ao Victor Alan, pelos momentos de descontração nesses dois anos em que me envolvi, intensamente, com a pesquisa. Ao Bruno Nogueira, pelo suporte que me deu durante toda esta jornada. Ao João Paulo, por ter me ajudado com parte da bibliografia necessária para a preparação no processo de seleção e para a elaboração do projeto de pesquisa. À Jéssica Rodrigues, por ter me perguntado e me incentivado a falar, de modo simples e direto, sobre as ideias essenciais desta dissertação.

Agradeço aos livros: os jurídicos, os literários, os que li, os que lerei, os que um dia serão escritos por mim, os que serão descobertos por mim. Os livros, apesar de nem sempre serem sinceros, acompanham a jornada de quem trabalha com a palavra. Eles também me trouxeram até aqui. De muitas formas, aprendi com todos e sempre serei grato pelos ensinamentos.

Há coisas que nunca se poderão explicar por palavras.

(José Saramago)

RESUMO

SILVA, Heitor Nogueira da. **Mutações constitucionais na modernidade periférica**: os efeitos das mudanças simbólicas da Constituição. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

O presente trabalho almeja evidenciar as mutações constitucionais no contexto dos problemas inerentes aos países periféricos, identificando se, nesse âmbito, a atuação dos tribunais constitucionais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, resulta em efetividade ou em simbolismo. Para esse fim, o trabalho dissertativo procederá à pesquisa bibliográfica, a partir, especialmente, dos escritos de Marcelo Neves relacionados ao objeto da dissertação, como também da leitura de autores que desenvolvem ou refletem criticamente o pensamento do referido autor, objetivando uma análise de natureza qualitativa. No primeiro momento, faz-se a exposição dos pressupostos teóricos para uma abordagem teórico-sistêmica das mudanças simbólicas da Constituição, estabelecendo-se os contornos da concepção de Constituição, de constitucionalismo e de normas constitucionais na modernidade para, posteriormente, caracterizar a constitucionalização simbólica como problema inerente a países na modernidade periférica. No segundo capítulo, busca-se discorrer sobre a origem e o desenvolvimento da teoria da mutação constitucional até o debate acerca dos limites da mutação constitucional como garantia da força normativa da Constituição. No terceiro momento, almeja-se constatar se a atuação do Supremo Tribunal Federal, em casos de mutação constitucional, materializa-se pela prevalência do significado político-ideológico em desabono da concretização normativo-jurídica, configurando-se simbolismo ou efetividade. No capítulo final, perquirem-se os efeitos das mudanças simbólicas da Constituição, tendo como referência o caso brasileiro, assim, perscruta-se a forte tendência de “judicialização” simbólica como nova dimensão da constitucionalização simbólica, cenário diante do qual se identificam a degradação semântica do texto constitucional no processo de interpretação/aplicação da Constituição e o recrudescimento das relações de sobreintegração e de subintegração na consecução de direitos, deveres e garantias fundamentais. Por fim, como maneira de evidenciar, ilustrativamente, a índole simbólica de atuações do Supremo Tribunal Federal em mutações, disserta-se acerca do simbolismo da mutação inconstitucional da presunção de inocência mediante as recentes reviravoltas de orientação da Suprema Corte.

Palavras-chave: Mutações constitucionais. Modernidade periférica. Constitucionalização simbólica. Judicialização simbólica.

ABSTRACT

SILVA, Heitor Nogueira da. **Constitutional Changes in The Peripheral Modernity**: the effects of the Constitution symbolic changes. Dissertation (Master's in Law) – Law School, Federal University of Ceará, Fortaleza, 2019.

The present work intends to highlight the constitutional mutations in the context of the problems inherent to the peripheral countries, identifying whether, under this circumstance, the performance of the constitutional courts, mainly from the Federal Supreme Court, results in effectiveness or symbolism. For this purpose, the dissertation assignment is going to accomplish the bibliographical research, mainly from the writings drafted by Marcelo Neves related to the subject of this dissertation, as well as authors who either develop or critically reflect Neves's concept, aiming at a qualitative analysis. In the first moment, the theoretical assumptions are shown for a theoretical-systemic approach to the symbolic changes of the Constitution, building the contours of the conceptions such as Constitution, constitutionalism and constitutional norms in modernity, to subsequently characterize the symbolic constitutionalization as an innate obstacle for countries in peripheral modernity. During the second chapter, it is sought to discuss the rise and development of the constitutional mutation theory to the debate about the limits of the constitutional mutation as a guarantee of the Constitution's normative force. In the third moment, it is aimed to check if the actions done by the Federal Supreme Court, in cases of constitutional mutation, are emerged by the prevalence of the political-ideological meaning to the detriment of the legal-normative concretion, setting up in symbolism or effectiveness. Afterward, in the final chapter, it is seen the effects of the symbolic changes of the Constitution, allusive to the Brazilian case, and the strong tendency of symbolic "judicialization" as a new dimension of symbolic constitutionalization, a scenario in which is identified the semantic degradation of the constitutional text in the process of interpretation / application of the Constitution and the intensification of relations of over-integration and sub-integration in the achievement of fundamental rights, duties and guarantees. Finally, as a form to illustrate the symbolic nature of the Federal Supreme Court's actions in mutations, it discusses the symbolism of the unconstitutional mutation on the presumption of innocence through the recent Supreme Court turnarounds.

Keywords: Constitutional mutations. Peripheral modernity. Symbolic constitutionalisation. Symbolic Judicialization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 UMA ABORDAGEM TEÓRICO-SISTÊMICA DAS MUDANÇAS SIMBÓLICAS DA CONSTITUIÇÃO.....	16
1.1 Pressupostos teóricos: as potencialidades e os limites de uma abordagem teórico-sistêmica das mudanças constitucionais	16
1.2 Constituição, constitucionalização e normas constitucionais na modernidade	24
1.3 A diferença entre a modernidade central e a modernidade periférica	32
1.4 Constitucionalização simbólica como problema da modernidade periférica	38
2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	43
2.1 Permanência e mudança da Constituição na teoria constitucional	44
2.1.1 <i>Mudanças da normatividade decorrentes diretamente de alterações do texto constitucional.....</i>	<i>46</i>
2.1.2 <i>Mudanças do sentido normativo da Constituição no processo de concretização... </i>	<i>52</i>
2.2 A origem e o desenvolvimento do conceito de mutação constitucional.....	57
2.3 A força normativa da Constituição e os limites da mutação constitucional: a contribuição de Konrad Hesse.....	66
3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA MODERNIDADE PERIFÉRICA: ENTRE A EFETIVIDADE E O SIMBOLISMO	70
3.1 A recepção acrítica da teoria da mutação constitucional na doutrina brasileira ..	70
3.2 A postura crítica à noção de mutação constitucional na jurisdição constitucional brasileira.....	79
3.3 O sentido político-ideológica da mutação constitucional na modernidade periférica.....	85
4 OS EFEITOS DAS MUDANÇAS SIMBÓLICAS DA CONSTITUIÇÃO: UMA REFERÊNCIA AO CASO BRASILEIRO	93
4.1 A constitucionalização simbólica da Constituição Federal de 1988	94
4.2 A “judicialização” simbólica como nova dimensão da constitucionalização simbólica	97
4.3 Um caso paradigma no Brasil: o simbolismo da mutação inconstitucional da presunção de inocência.....	102
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	112
REFERÊNCIAS.....	115

INTRODUÇÃO

Estudos clássicos sobre mutações constitucionais, em sua maioria, intentam tecer considerações que trazem como resultado a definição, as suas formas de ocorrência, a natureza, as categorias e os seus limites. Esses estudos, sem dúvida, auxiliaram no avanço da abordagem científica e, especialmente, na busca de um critério sistematizador para se realizar a pesquisa desse fenômeno constitucional.

Tendo como ponto de partida a análise da transformação do sentido normativo do texto constitucional no processo de sua concretização, especialmente quando decorrente da interpretação/aplicação pelos tribunais constitucionais, nos moldes já bem desenvolvidos por muitos autores, o presente trabalho dissertativo, como objetivo geral, visa a evidenciar as mutações constitucionais no contexto dos problemas inerentes aos países periféricos, identificando se, nesse âmbito, a atuação dos tribunais constitucionais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, resulta em efetividade ou em simbolismo.

Diante disso, discutir a mutação constitucional no âmbito da modernidade periférica torna-se relevante, pois é nessa ambiência que esse fenômeno jurídico costuma gerar problemas mais complexos, especialmente quando considerada a possibilidade de as mutações constitucionais assumirem função hipertroficamente simbólica, associada à falta de concretização normativo-jurídica da Constituição, e, na conjuntura brasileira recente, a forte tendência de ocorrerem degradações constitucionais.

Desse modo, como hipótese, têm-se ocasiões em que se identifica o imbricamento do fenômeno jurídico das mutações constitucionais na modernidade periférica com a função simbólica da atuação do Supremo Tribunal Federal, prevalecendo um sentido político-ideológico que opera como álibi social em prejuízo da concretização normativo-social da Constituição. Para esse exame, a dissertação está dividida em um itinerário teórico de quatro capítulos coincidente com os quatro objetivos específicos.

No primeiro momento, faz-se a exposição dos pressupostos teóricos para uma abordagem teórico-sistêmica das mudanças simbólicas da Constituição. Para esse fim, inicialmente, almeja-se expor as potencialidades e os limites de uma abordagem teórico-sistêmica das mutações constitucionais, delimitando o aporte teórico a ser utilizado na pesquisa. Em seguida, estabelecem-se os contornos da concepção de Constituição, de constitucionalismo e de normas constitucionais na modernidade. Posteriormente, expõe-se a

diferença entre a modernidade central e periférica, a fim de caracterizar a constitucionalização simbólica como problema inerente a países na modernidade periférica.

No segundo capítulo, busca-se discorrer sobre o fenômeno da mutação constitucional e a sua relação com a força normativa da Constituição. Para isso, aborda-se a relação de permanência e mudança da Constituição na teoria constitucional contemporânea, analisando-se, brevemente, as mudanças da normatividade, decorrentes diretamente de alterações do texto constitucional, e as mudanças do sentido normativo da Constituição no processo de concretização constitucional. Logo após, visa-se a aprofundar a abordagem das mutações constitucionais decorrentes da interpretação/aplicação constitucional pela atividade de tribunais constitucionais. Com isso, identificam-se a origem e o desenvolvimento da teoria da mutação constitucional até o debate acerca dos limites da mutação constitucional como garantia da força normativa da Constituição.

No terceiro capítulo, as mutações constitucionais na modernidade periférica serão abordadas como fenômenos que podem resultar de uma atuação efetiva ou simbólica de tribunais constitucionais de países periféricos, a exemplo do Supremo Tribunal Federal. Diante disso, analisa-se criticamente a maneira como a teoria da mutação constitucional foi recepcionada pela doutrina brasileira e, por conseguinte, a postura crítica à maneira como a noção de mutação constitucional foi incorporada na jurisdição constitucional brasileira. Com isso, almeja-se constatar se a atuação do Supremo Tribunal Federal em casos de mutação constitucional se materializa pela prevalência do significado “político-ideológico” em desabono da concretização normativo-jurídica, configurando-se simbolismo ou efetividade.

Enfim, o quarto capítulo perquire os efeitos das mudanças simbólicas da Constituição, tendo como referência o caso brasileiro. Para isso, rememora-se a tradição de constitucionalização simbólica da Constituição de 1988, traço marcante de uma Constituição que restaura um nominalismo de orientação social-democrática. Em seguida, perscruta-se a forte tendência de “judicialização” simbólica como nova dimensão da constitucionalização simbólica. Por fim, como maneira de evidenciar, ilustrativamente, a índole simbólica de atuações do Supremo Tribunal Federal em mutações, disserta-se acerca do simbolismo da mutação inconstitucional da presunção de inocência mediante as recentes reviravoltas de orientação da Suprema Corte.

Nesse viés, a análise recai sobre o papel de construção e reconstrução constitucional desempenhado, cada vez mais, pelos tribunais constitucionais, os quais podem asseverar a

força normativa da Constituição ou, produzindo efeito contrário, podem aumentar o hiato entre o sentido atribuído ao texto – ou à revelia do que nele está posto – e a realidade constitucional.

Esse argumento endossa a importância social de se discutir acerca da existência de fatores incluídos na retórica constitucional em contraposição a uma realidade constitucional excludente, o que pode deturpar direitos e garantias fundamentais mediante a prática do processo de interpretação/aplicação constitucional. Acresce-se a isso, para além da força retórica advinda da hipertrofia da função simbólica da Constituição, o registro da propensão para o desrespeito frontal à Constituição por parte do Judiciário, fato denominado de degradação constitucional.

É imprescindível, nesse âmbito, perquirir quais os efeitos das mutações constitucionais de natureza simbólica, identificando os prejuízos da degradação semântica do texto constitucional no processo de sua concretização, principalmente os que dizem respeito às relações de sobreintegração e de subintegração na consecução de direitos, deveres e garantias fundamentais.

Para o deslinde dessa discussão, adiante se procederá à pesquisa bibliográfica, principalmente, da obra de Marcelo Neves e de autores que desenvolvem e/ou refletem criticamente sobre o tema, priorizando-se a densidade das ideias e a relevância das obras para o tratamento de natureza qualitativa desse objeto. Portanto, a pesquisa se destina a empreender o repasse teórico do tema, o que não impede que seja feito pontual levantamento jurisprudencial. Essa abordagem teórica, apesar de ter fortes influxos da Sociologia, em especial da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, seguirá a racionalidade jurídica específica da obra de Neves.

1 UMA ABORDAGEM TEÓRICO-SISTÊMICA DAS MUDANÇAS SIMBÓLICAS DA CONSTITUIÇÃO

O estudo das mutações constitucionais é marcado por incursões interdisciplinares entre o Direito, a Filosofia, a Sociologia e, até mesmo, a Linguística. O exame dessas ocorrências constitucionais que tenha o instrumental teórico derivado da teoria dos sistemas sociais deve, de modo claro, estabelecer os pressupostos, indicando os principais conceitos de modo a facilitar a construção de uma coerência interna para o estudo.

Para esse fim, inicialmente, a exposição das potencialidades e dos limites de uma abordagem teórico-sistêmica das mutações constitucionais se faz necessária com o escopo de, posteriormente, demonstrar que as peculiaridades de seus conceitos demandam maior precisão no emprego.

Desse modo, a definição das acepções de Constituição, de normas constitucionais, de constitucionalismo em sentido moderno não é feita por preciosismo ou por rigor terminológico. Há, de fato, a necessidade de se entender o fenômeno dentro da racionalidade específica da obra de Neves. Ademais, a constitucionalização simbólica como problema inerente à modernidade periférica, na qual está inserido o Brasil, figura como norte teórico para a posterior abordagem da atuação do Supremo Tribunal Federal em casos de mutação constitucional.

1.1 Pressupostos teóricos: as potencialidades e os limites de uma abordagem teórico-sistêmica das mudanças constitucionais

A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann oferece um eficiente instrumento analítico ao viabilizar um quadro teórico hábil, inovador e atualizado de expressiva importância para a compreensão da sociedade atual. Em contrapartida, as inúmeras categorias conceituais, com terminologias largamente diferentes das utilizadas pela sociologia clássica, fazem que se possa considerar a contribuição de Luhmann uma teoria social labiríntica¹, metáfora dada pelo fato de gerar a sensação de percorrer inúmeros corredores pelos quais diversos conceitos se agrupam e se entrelaçam.

¹ Quanto à metáfora, adverte Bachur: “O labirinto luhmanniano merece ser explorado pelo que acresce à tradição sociológica, e não a título de mera bricolagem terminológica.” Cf. BACHUR, João Paulo. **Às portas do labirinto**: para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2010, p. 42.

Em razão disso, muitas críticas à concepção luhmanniana se centram em apontar que sua teoria não atravessaria os limites de um mero catálogo conceitual, expressão de um refinado esforço de construção de conceitos sociológicos, o que embasa questionamentos acerca do real proveito da adesão a essa perspectiva.

Para Habermas, Luhmann, incansável triturador de reconceitualização, edifica uma teoria que “hoje incomparável sob o aspecto de sua força de conceitualização, de sua imaginação teórica e de sua capacidade de elaboração, desperta, em todo caso, dúvidas na questão de saber se o preço de seu ‘ganho de abstração’ não seria demasiado alto”².

Ademais, diante do linguajar luhmanniano, a crítica quanto à utilidade da teoria para a descrição de fenômenos empíricos suscita receios e dificuldades perceptíveis: “árida, redundante e paradoxal ao mesmo tempo, prolixa em formulações abstratas e escassa em exemplos práticos ou análises históricas concretas, ela não facilita o trabalho dos leitores.”³

No entanto, essas críticas não alcançam o real propósito de Luhmann ao formular sua teoria dos sistemas sociais, o qual, de modo patente, não se reduz à elaboração de um mero catálogo conceitual. Em verdade, à luz de uma proposta interdisciplinar, a qual buscava estabelecer diálogo com disciplinas, como a Cibernética, a Matemática e a Biologia⁴, Luhmann lançou mão de um referencial teórico incomum às concepções sociológicas tradicionais.

Diante da constatação de que a sociologia deveria passar por uma mudança de paradigma⁵, a fim de obter um modelo explicativo mais abrangente da sociedade moderna, em primeiro lugar, Luhmann aplica o critério da “complexidade”, o qual promove o entendimento de que, na sociedade moderna, há sempre mais possibilidades do que as que podem ser realizadas⁶. A complexidade desse paradigma sistêmico permite inúmeras formas de

² HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Tradução de Luís Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 492.

³ BACHUR, João Paulo. *op. cit.*, p. 28.

⁴ A recepção do conceito de autopoiese da teoria biológica de Maturana e Varela ilustra essa interdisciplinaridade. Luhmann propôs o conceito nas ciências sociais, utilizando-o, inclusive, para descrever “o direito como um sistema autopoietico e autodistintivo. Esse programa teórico implica que o próprio direito produza todas as distinções e caracterizações e que a unidade do direito não seja nada mais que o fato da autoprodução, a ‘autopoiese’.” Cf. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 40.

⁵ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23.

⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil - o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2012, p. 15.

abordagem compatíveis com a também complexa realidade social da modernidade a ser analisada. Vista desse modo, a complexidade, como característica da sociedade moderna, faz que, em uma face, envolva supercontingência e abertura para o futuro; em outra, incite a pressão seletiva e a diferenciação sistêmica⁷.

Diante disso, o direito desponta, para Luhmann, como “estrutura de um sistema social baseada na generalização congruente de expectativas normativas de comportamento”⁸. A tarefa funcional-seletiva do direito estabiliza as comunicações sociais entre os expectantes, ou, pelo menos, diminui a instabilidade a um nível tolerável. Isso não resulta em dizer que as normas jurídicas e a estrutura jurídica válida tenham aquiescência geral dos expectantes e dos agentes em relação ao conteúdo⁹, mas que o direito é capaz, independentemente de assentimento ao conteúdo ou crença dos agentes, de destacar determinadas expectativas de comportamento congruentemente generalizadas.

Nesse âmbito, na sociedade moderna, a complexidade se manifesta com grande excedente de expectativas, as quais se expressam nas seguintes dimensões¹⁰: temporal, já que as diferentes expectativas se transformam no decorrer do tempo; material, uma vez que o número de temas juridificáveis aumenta imensamente; e social, visto que os expectantes manifestam as mais diversas e contraditórias reivindicações.

Em grande medida, a validade jurídica é resultante da redução seletiva dessa complexidade/contingência por intermédio do processo de legiferação/constitucionalização, ao serem selecionadas expectativas normativas a fim de que se tornem congruentemente generalizadas. Há, portanto, um “processo de filtragem”¹¹, o que significa que a função legiferante/constituente, na sociedade moderna, consiste em, diante de uma multiplicidade de expectativas normativas incongruentes, destacar o direito válido, ou seja, as expectativas normativas de comportamento generalizadas.

Nesse processo de decidibilidade, no paradigma do direito positivo, a alterabilidade desse direito revela uma abertura para o futuro da sociedade moderna. Dito de outro modo, o ambiente, em processo veloz de modificações, submete o sistema jurídico a se alterar

⁷ NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 14.

⁸ *Ibidem*, p. 24.

⁹ *Ibidem*, p. 26.

¹⁰ *Ibidem*, p. 32.

¹¹ *Ibidem*, p. 32.

frequentemente por meio de decisões, de modo a se reconhecer uma estrutura prospectiva¹² das normas estatuídas.

Assim, considerado o ambiente com modificações demasiadamente rápidas, o procedimento legiferante/constituente deve ter uma postura cognitivamente aberta em relação à estrutura normativa, de modo que o normativo e o cognitivo, em uma relação de complementariedade, concorram para a conservação e continuidade do sistema jurídico¹³, admitindo um grau de variabilidade consciente de sua estrutura normativa.

Ademais, diante de uma supercomplexidade material, definida como a juridificabilidade das mais diferentes relações sociais, o sistema jurídico, para atingir uma juridificação adequada e funcional, deve responder a demandas de seu ambiente por regulação com base no fechamento normativo e na abertura cognitiva¹⁴.

Nesse cenário da teoria luhmanniana dos sistemas, a manutenção/alteração do sistema jurídico não é decorrente, de modo direto, das determinações do ambiente, mas sim de seus próprios critérios, operações e elementos. Diante disso, a diferenciação do direito na sociedade moderna pode ser entendida como o controle do código-diferença “lícito/ilícito”, com exclusividade, pelo sistema jurídico, que obtém, dessa forma, o seu fechamento operacional. Contudo, esse fechamento não representa falta de abertura para o ambiente, tendo em vista que “se o fato de dispor do código-diferença ‘lícito/ilícito’ conduz ao fechamento operacional, a escolha entre lícito e ilícito é condicionada pelo ambiente”¹⁵. O direito é, portanto, um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto.

Em via de consequência, cabe considerar o sistema jurídico como capaz, nesse contexto, de assimilar os fatores do ambiente em conformidade com seus próprios critérios, sem que seja influenciado diretamente por esses fatores. Se assim não fosse, o sistema jurídico teria a vigência de suas expectativas normativas determinadas, de modo imediato, segundo critérios alheios ao direito, o que conduziria à influência direta de interesses econômicos, critérios políticos e representações éticas¹⁶, por exemplo.

¹² *Ibidem*, p. 33.

¹³ *Ibidem*, p. 35.

¹⁴ “O direito é, nesse contexto, um subsistema fechado normativamente e aberto cognitivamente, ou seja, é um subsistema cuja reprodução autopoietica basal se fecha operacionalmente ao redor das expectativas normativas, sem que isso implique um isolamento cognitivo em relação ao ambiente.” Cf. GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *op. cit.*, p. 23.

¹⁵ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 47.

¹⁶ *Ibidem*, p. 48.

Em coerência com esse processo de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico, a dimensão cognitivamente aberta, também referida como capacidade de aprendizagem, do direito positivo proporciona que ele possa se alterar para se adaptar ao ambiente de alta complexidade e de mudanças velozes sem, no entanto, promover uma confusão entre sistema jurídico e ambiente.

A diferenciação do direito na sociedade não é outra coisa senão o tornar possível, nos termos do próprio sistema jurídico, a intermediação dessas duas orientações. A alterabilidade do direito é, desse modo, fortificada, não impedida, como seria de se afirmar com respeito a um fechamento sem ambiente; mas ela ocorre conforme os critérios internos e específicos de um sistema capaz de aprender e sensível ao ambiente.¹⁷

Todavia, a despeito do importante reconhecimento da complexidade própria da sociedade moderna e da discussão acerca da alterabilidade como uma das características principais do direito, o modelo sistêmico-teórico luhmanniano se mostra insuficiente/limitado ao estudo a ser empreendido sobre mudanças simbólicas na Constituição na realidade de sociedades periféricas, principalmente por duas razões: a primeira decorre da própria pretensão de Luhmann com sua teoria, a qual era alheia ao problema específico da interpretação e das decisões judiciais; a segunda razão está na insuficiência da abordagem sistêmica de Luhmann em explicar as questões do desenvolvimento dos sistemas jurídico e constitucional da modernidade periférica.

Por esse ângulo, a primeira razão para a insuficiência desse modelo teórico para este estudo está no fato de que Luhmann se dispôs a erigir uma teoria abrangente sobre a sociedade, mas não se ocupou com uma teoria do direito a fim de oferecer uma melhor via para decisões judiciais ou para a interpretação da Constituição¹⁸. Com isso, naturalmente, não se está negando que a teoria dos sistemas tenha examinado o sistema jurídico e descrito suas operações, seus limites e suas potencialidades e que esse exame seja capaz de incentivar a uma reflexão jurídica a qual possa reverberar na prática judicial.

Portanto, essa limitação da abordagem não é, propriamente, uma objeção ao aparato teórico de Luhmann, mas sim o reconhecimento do fato de que se mostra insuficiente em razão de não ter sido a pretensão de sua teoria dos sistemas o estudo específico das mudanças constitucionais em países periféricos, especialmente sob a perspectiva da interpretação judicial, decorrentes de mutações constitucionais que possam adquirir força hipertroficamente

¹⁷ *Ibidem*, p. 49.

¹⁸ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *op. cit.*, p. 16.

simbólica, tampouco a indicação de padrões hermenêuticos para a práxis judicial.

Ademais, o questionamento crítico mais contundente à concreta aplicação e aos limites de aplicação da construção teórica de Luhmann à realidade jurídica e constitucional das sociedades periféricas, como a do Brasil, dá-se na obra de Marcelo Neves, da qual se pode extrair “a advertência sobre transferências levianas para os países periféricos de uma teoria que ganha plausibilidade empírica quando se tem em vista as sociedades centrais da Europa Ocidental e da América do Norte.”¹⁹

A partir da abordagem crítica da concepção luhmanniana da diferenciação e da autonomia operacional do sistema jurídico em sociedades complexas, Neves propõe a discussão acerca da constitucionalização simbólica como alopoiese do direito, problema típico da modernidade periférica. Isso implica dizer que há, nesse cenário, uma convivência da supercomplexidade social com a falta de autonomia operacional do direito, o que, de modo mais específico, é tratado por Neves como hipertrofia da função político-simbólica do texto constitucional em prejuízo da sua eficácia normativo-jurídica.

Diante disso, os pressupostos teóricos para este estudo devem ser delimitados, considerando-se as potencialidades, mas sem deixar de reconhecer as possíveis fragilidades de uma perspectiva de análise teórico-sistêmica das mudanças constitucionais em países de modernidade periférica. Em razão disso, a escolha de uma abordagem teórica derivada da obra de Neves para o tema proposto é indissociável das noções de Constituição, normas constitucionais e de mudanças constitucionais que guardem coerência com o objeto em análise.

Nas formulações teóricas de Neves, uma das principais potencialidades está na constante preocupação com a plurivocidade²⁰ dos termos a serem empregados na abordagem dos temas. Como se verá adiante, a atenção à pluralidade de sentidos torna necessário o esclarecimento de antemão, neste trabalho, das noções de Constituição, normas constitucionais, modernidade periférica e de constitucionalização simbólica, tendo em vista que negligenciar essa elucidação tornaria a investigação equívoca, já que, para que se proceda ao estudo das mutações constitucionais com a especificidade proposta, faz-se necessária

¹⁹ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 1.

²⁰ Essa preocupação é inerente à obra de Neves. Já em publicação de 1988, por exemplo, ao constatar a plurivocidade do conceito de sistema e de Constituição, o autor aponta para a necessidade de se esclarecer o sentido a ser utilizado no estudo sem antes apresentar uma síntese teórica acerca das diversas acepções. Cf. NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 1 e p. 53.

preliminar delimitação de conceitos e de sentidos atribuídos aos termos manejados, de modo medular, na pesquisa.

Diante dessa pluralidade, a escolha do sentido – problema de ordem semântica – reverbera em uma solução de ordem pragmática, visto que essa escolha se dá também para atender aos interesses do utente²¹. No plano científico, a utilidade de especificar o sentido a ser empregado na pesquisa está ligada, de modo direto, ao objeto e ao método de investigação.

Longe de ser um mero rigor terminológico, almeja-se, com isso, evitar a ocorrência de falácias de ambiguidade²², conferindo mais precisão e clareza ao tratamento do objeto. Porém, não só a fim de evitar essas falácias tão referidas por Neves. Com isso, visa-se, também, a demonstrar que, diante da coerência interna das concepções postas na rede conceitual de Neves, há como se chegar, de maneira mais clara, aos efeitos das mudanças simbólicas realizadas na Constituição, especialmente, aquelas realizadas na prática jurídico-constitucional derivadas da interpretação/concretização feita pelas Cortes Constitucionais de países periféricos como o Brasil.

Além disso, o tema das reformas e das mutações constitucionais é fartamente abordado pela doutrina sob diversos enfoques que têm como traço frequente a pretensa interdisciplinaridade, em especial, entre o Direito e disciplinas como a Sociologia, a Filosofia e a Linguística. Com maior regularidade, considera-se indispensável, para compreensão das mutações constitucionais, o enfoque de base sociológica, em razão de pôr, em íntima conexão, o Direito e a sociedade em constante transformação.

No entanto, a questão que se impõe é que, a despeito da reconhecida relevância e indispensabilidade dessa perspectiva de análise, a dificuldade de operacionalizar a interdisciplinaridade gera, de modo frequente, divergências e incongruências na abordagem. Isso é identificado em abordagens do tema das mudanças constitucionais, tendo em vista que, muitas vezes, uma miscelânea de conceitos e de concepções é utilizada a fim de provar que transformações sociais ensejam mutações constitucionais, o que, de modo simplista,

²¹ *Ibidem*, p. 1.

²² Irving M. Copi, ao classificar as falácias não formais, identifica as falácias de ambiguidade “em argumentos cujas formulações contêm palavras ou frases ambíguas cujos significados variam, mudam de maneira, mais ou menos sutil, durante o argumento e, por conseguinte, tornam-no falaz”. Desse modo, não se cumpre, no referido ponto, um mero preciosismo, uma vez que o emprego ambíguo de termos pode prejudicar a própria consistência do estudo. Cf. COPI, Irving M. **Introdução à Lógica**. Tradução Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 91.

desconsidera que “o Direito não pode confundir-se com a sua realidade”²³. No tratamento específico das mutações constitucionais, são frequentes os estudos que apontam para uma decorrência lógica entre a realidade cambiante de base sociológica e a transformação informal da Constituição²⁴ à margem de uma argumentação jurídica consistente.

Ao considerar as formas de interferência existentes entre os diversos sistemas sociais com o sistema do direito, o modelo sistêmico foge do superficialismo generalizado, uma vez que, de modo específico, são explicadas as relações entre os sistemas sem recorrer a afirmações que mais tendem a registrar uma degradação da autonomia do direito do que de explicar, consistentemente, o fenômeno das mutações constitucionais.

Assim, o cuidado que se impõe em estudos com a perspectiva interdisciplinar é o de não desenvolver formas de “imperialismo disciplinar”²⁵ no âmbito do direito, de maneira que, sob o discurso da interdisciplinaridade, superestime-se, implícita ou explicitamente, o papel de uma disciplina, em detrimento da outra, a exemplo das tendências registradas por Neves:

[...] cabe advertir certas tendências da sociologia jurídica de, numa pretensão aparentemente interdisciplinar, transformar o conhecimento sociológico do direito em padrão último da prática jurídica, propondo uma espécie de “*sociological jurisprudence*”. Em vez de uma intermediação interdisciplinar entre sociologia e dogmática jurídica ou na forma de “*Law and Society*”, trata-se, nesse caso, de “imperialismo sociológico” ou colonização social do direito.²⁶

A par dessa advertência, convém considerar que, apesar de ser derivada, em grande medida, do modelo luhmanniano, a abordagem teórico-sistêmica empreendida neste trabalho é feita a partir de Neves, precipuamente, por levar em consideração a complexidade social e a própria diferenciação do direito como campo de ações e vivências dentro da sociedade a partir de uma racionalidade jurídica específica.

Desse modo, pode-se afirmar que Neves contribui para evitar o imperialismo disciplinar (“imperialismo sociológico” ou colonização social do direito) ao promover a intermediação entre Sociologia e Direito, reconhecendo a lógica ou a pretensão de racionalidade própria da esfera jurídica sem hierarquizar essa relação com a Sociologia e sem

²³ DE GIORGI, Raffaele. **Ciência do direito e legitimação**: crítica da epistemologia jurídica de Kelsen a Luhmann. Tradução de Pedro Jimenez Cortisano. Curitiba: Juruá, 2017, p. 12.

²⁴ Como se verá no capítulo 3, na doutrina nacional, autores como Ferraz, Bulos e Barroso não explicam a contento os limites da influência da realidade social na Constituição. Muitas publicações ainda partilham de ideias da origem da teoria da mutação constitucional do final do século XIX e início do século XX, desenvolvida por Laband e Jellinek, na Escola Alemã de Direito Público.

²⁵ NEVES, Marcelo. Pesquisa Interdisciplinar no Brasil: O Paradoxo da Interdisciplinaridade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, p. 207-214, 2005, p. 209.

²⁶ *Ibidem*, p. 209.

deixar de reconhecer a autonomia de cada uma das disciplinas.

Com essa postura, preservando a autonomia e a racionalidade específica das disciplinas, considera-se que há, no aporte de Neves, um ganho de capacidade teórica e prática para identificar, conforme os objetivos deste trabalho, o problema e os efeitos das mudanças simbólicas da Constituição, especialmente as decorrentes de interpretação/aplicação pelos tribunais constitucionais de países periféricos como o Brasil. Com isso, passa-se a delimitar as acepções úteis para o deslindar da pesquisa.

1.2 Constituição, constitucionalização e normas constitucionais na modernidade

Assim como muitas expressões da semântica social, política e jurídica, a acepção de Constituição passa por intensas variações sincrônicas, em face da plurivocidade, característica dada pela coexistência de sentidos atribuídos ao mesmo objeto, e variações diacrônicas, em virtude da mutação significativa incidente com o transcorrer do tempo.

Nesses termos, a intervenção do fator tempo estabelece, de acordo com Saussure, uma dualidade interna²⁷, a qual põe a própria ciência diante de duas rotas inteiramente divergentes: a primeira assinala relações entre objetos contemporâneos, na qual a interferência do tempo se exclui; a segunda estabelece sucessões diante das quais não se pode considerar mais o objeto aquém das transformações operadas com o tempo.

Diante das variações diacrônicas, a diversidade das concepções, por si, já demanda esforço metodológico na escolha de qual delas determinará o norte para a análise do objeto proposto, tendo em vista que são identificados sentidos clássicos acerca do conceito de Constituição desde Aristóteles²⁸, para quem a Constituição (*politeia*) era compreendida em um sentido sobremaneira amplo, como a ordem da *pólis*, e que o transcorrer do tempo causou um distanciamento ainda maior da univocidade em relação a esse conceito.

Desde o advento dos Estados modernos liberais, acentuou-se a questão da plurivocidade da palavra Constituição. Os sentidos sociológico, jurídico-normativo, político e cultural de Constituição, os quais, ainda nos dias atuais, cumprem um papel importante, exemplificam os matizes que um estudo, nesse âmbito, pode assumir. A partir da sociedade moderna, desponta-se uma nova constelação semântica em relação a esse termo.

²⁷ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 26. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2004, p. 94-96.

²⁸ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 57.

Aferir os fatores reais do poder²⁹ que regem uma sociedade, compreender a Constituição de um ponto de vista puramente normativo-jurídico³⁰, alocar em decisões políticas fundamentais do Poder Constituinte – e não em normas positivadas – a essência da Constituição³¹ e mesmo conjugar os diversos sentidos explorando as potencialidades e os aspectos relevantes da Constituição tida como fato cultural³² demonstram a amplitude dos campos de análise de cada um desses sentidos exemplificados.

Em relação às perspectivas hodiernas, mantém-se a heterogeneidade de sentidos complexos desenvolvidos a partir de uma postura crítico-reflexiva de vários autores sobre as Constituições, as quais podem ser identificadas, exemplificativamente, na defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo³³, na definição sob o prisma sistêmico da Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política³⁴, na abordagem da Constituição sob o prisma da teoria discursiva habermasiana³⁵ do Direito e do Estado Democrático de Direito, nas exigências de uma interpretação constitucional que dê condições de abertura para a penetração de um fluxo interpretativo, que provém não apenas das atividades estatais, mas também da sociedade civil³⁶, e na tese de uma força normativa da Constituição e de uma abertura constitucional³⁷.

Diante desse cenário, verifica-se a necessidade preliminar de fixar em que sentido/concepção se emprega o termo Constituição, não só para que se proceda à exclusão de concepções colidentes à aplicada, mas também para que se afira em que medida o conceito adotado pressupõe ou se relaciona com outros conceitos, já que qualquer concepção unilateralista constitui obstáculo epistemológico³⁸ ao entendimento do fenômeno

²⁹ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

³¹ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

³² TEIXEIRA, J.H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

³⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

³⁵ HABERMAS, Jünger. **Facticidade y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Madrid: Editora Trotta, 2005.

³⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

³⁷ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

³⁸ Entende-se por obstáculos epistemológicos a ocorrência de retardos ou perturbações incrustadas no próprio ato de conhecer, que se manifestam como um instinto de conservação do pensamento, como uma preferência dada mais às respostas do que às perguntas e que causam, de certo modo, a inércia, a estagnação, o que, claramente, são entraves ao próprio desenvolvimento da ciência. Cf. BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 17.

constitucional em análise.

Portanto, a concepção assumida para esta análise é a derivada do modelo luhmanniano³⁹ relimado por Neves⁴⁰, que define, de modo abrangente, a Constituição como acoplamento estrutural⁴¹ entre política e direito, de modo que “as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas e vice-versa”⁴². A esse respeito, a Constituição moderna tem a dupla função de incluir e excluir as irritações recíprocas⁴³ das operações políticas e jurídicas. Assim, na acepção moderna partilhada, a Constituição é fator e, ao mesmo tempo, produto da diferenciação funcional⁴⁴ entre direito e política como subsistemas da sociedade.

Por essa via, a relação entre os sistemas jurídico e político se dá de maneira horizontal-funcional e não vertical-hierárquica⁴⁵, o que conflui para a autonomia operacional de ambos os sistemas. Essa autonomia dos dois sistemas é, a um só tempo, condição e resultado desse acoplamento estrutural.

Em Neves, o conceito de Constituição como subsistema do sistema jurídico apresenta-se estrategicamente oportuno para a análise do significado da constitucionalização simbólica⁴⁶. A propósito disso, o sistema jurídico demanda critérios internos para a aplicação jurídica concreta e para o próprio estabelecimento de normas jurídicas gerais, tendo em vista que critérios externos ao direito bloqueariam a própria autonomia do sistema jurídico, o que, por exemplo, poderia conduzir à manipulação política e arbitrária do direito. Nessa concepção, os procedimentos decisórios – tanto constituintes como de concretização da Constituição – são capazes de filtrar as expectativas jurídico-normativas de comportamento, convertendo-as em normas constitucionais vigentes.

Esses critérios internos são dados pela Constituição, a qual define como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder a sua autonomia operacional: “a

³⁹ LUHMANN, Niklas. *op. cit.*, *passim*.

⁴⁰ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

⁴¹ Luhmann, em sua teoria dos sistemas sociais, recorre ao conceito de acoplamento estrutural utilizado pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela no contexto epistemológico do construtivismo radical. Cf. MATURANA, Humberto.; VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento**. Santiago do Chile: Ed. Universitária, 1984.

⁴² NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 66.

⁴³ BÓAS FILHO, Orlando Villas.; GONÇALVES, Guilherme Leite. *op. cit.*, p. 141.

⁴⁴ O termo “diferenciação funcional” (*Ausdifferenzierung*), segundo Bachur, não tem tradução unívoca. Ele geralmente é utilizado para denominar o processo de geração de uma diferença entre sistema e ambiente. Cf. BACHUR, João Paulo. *op. cit.*, p. 22.

⁴⁵ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 69.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 67.

hierarquização interna ‘Constituição/lei’ atua como condição de reprodução autopoietica do direito moderno; serve ao seu fechamento normativo, operacional.”

Outrossim, é a Constituição que normatiza os processos de produção normativa, fazendo que normas jurídicas mediatizem qualquer intervenção legiferante do sistema político no direito. Esse caráter cognitivo do sistema constitucional tem sua expressão dada não só por intermédio de procedimentos específicos de reforma constitucional, como será adiante pontuado, mas também tem sua manifestação dada em decorrência do processo de concretização constitucional.

Assim, em conformidade com a concepção de Constituição adotada, as decisões dos tribunais para questões constitucionais também definem o sentido e condicionam a validade das normas constitucionais, mantendo-se, “pelo menos na ‘relação de mistura’ entre criação e aplicação do direito”⁴⁷, a circularidade.

Nesse prisma, a Constituição assume, diante de uma sociedade hipercomplexa⁴⁸, função primordial, impedindo que o sistema jurídico seja bloqueado pelas mais diversas e incompatíveis expectativas de comportamento que se desenvolvem no seu ambiente. A Constituição, portanto, deve atuar como mecanismo de autonomia operacional do direito.

Do mesmo modo, a Constituição em sentido moderno, em razão dessa hipercomplexidade, não deve se identificar “com ‘visões de mundo’ totalizadoras”⁴⁹, pois isso afastaria a diferenciação e a pluralidade contraditória das expectativas normativas presentes na sociedade e abriria espaço para interesses particularistas.

Por via constitucional, deve-se estabelecer, pois, sintonia entre o sistema jurídico e o ambiente supercomplexo sem se privilegiar a identificação com uma concepção abrangente (total), de caráter religioso, moral, filosófico ou ideológico⁵⁰, uma vez que a opção por uma concepção totalizadora se compatibiliza com condições sociais pré-modernas, as quais pressupõem sociedades simples, carentes de possibilidades, e não para as condições sociais modernas, marcadas por alta complexidade e contingência da sociedade.

Portanto, em virtude dessas condições hodiernas, uma Constituição que se identifica com uma dessas concepções totalizadoras produz efeitos disfuncionais e desdiferenciantes

⁴⁷ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 69.

⁴⁸ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 11-18.

⁴⁹ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 73.

⁵⁰ *Idem, Ibidem.*

para o direito, visto que provoca dissonância entre o sistema jurídico subcomplexo e o ambiente hipercomplexo⁵¹, o que, em termos categóricos, não constitui o papel da Constituição no sentido moderno.

Diante dessas considerações, a função social que preenche o direito constitucional e a prestação do sistema jurídico no plano constitucional em relação às exigências de outros sistemas sociais guiam a reflexão sobre a Constituição em sentido moderno.

Assim, no âmbito do constitucionalismo moderno, os problemas da função social e da prestação política da Constituição⁵² levam ao enfrentamento das seguintes questões a fim de esclarecer a relação dessa Constituição como subsistema do direito com a sociedade como sistema social de maior abrangência: institucionalização de direitos fundamentais, regulação jurídico-constitucional do procedimento eleitoral, divisão de poderes e diferença entre política e administração.

Desse modo, a relação entre a Constituição em sentido moderno, tida como subsistema do direito, e a sociedade como sistema social mais amplo aloca, na discussão da função social da Constituição, a institucionalização de direitos fundamentais⁵³, como reconhecimento da supercomplexidade da sociedade, como ruptura de critérios relativos à totalidade do social e, por conseguinte, como vedação da existência de um sistema social supremo.

Por intermédio dos direitos fundamentais, a Constituição moderna tenciona responder às exigências do seu ambiente concorrendo para uma maior inserção da população nas prestações decorrentes de cada um dos sistemas funcionais da sociedade⁵⁴, a fim de que desapareçam os grupos que não participam da vida social ou que participam apenas marginalmente.

Para a concepção luhmanniana, o princípio sociológico da inclusão⁵⁵ é a base do Estado de bem-estar como inclusão política realizada, tendo em vista que amplos setores da sociedade necessitam das prestações dos diversos sistemas funcionais e, de modo consequente, devem ter acesso a elas por intermédio de direitos fundamentais, como traço da inclusão jurídica realizada no Estado de Direito.

Além dos direitos fundamentais, a regulação constitucional do procedimento eleitoral

⁵¹ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 71.

⁵² *Ibidem*, p. 74.

⁵³ *Ibidem*, p. 78-83.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 76.

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *op. cit.*, *passim*.

pode ser considerada como prestação típica do direito em face do sistema político. Apesar de os direitos políticos estarem inseridos no rol de direitos fundamentais, cuida-se, nesse ponto, das disposições constitucionais que, além de assegurarem direitos, como o sufrágio universal, igual e secreto, regulam o procedimento eleitoral, formando uma barreira a fim de evitar a manipulação desse procedimento por interesses particularistas⁵⁶.

Nesse sentido, a salvaguarda de eleições democráticas como prestação do direito no plano constitucional se compatibiliza com a sociedade complexa atual, já que, como dito, repele, com um procedimento eleitoral democrático, a identificação do Estado com concepções ideológicas totalizantes e interesses de grupos privilegiados.

De modo evidente, a mera previsão desse procedimento no texto constitucional não o imuniza de bloqueios de interesses eminentemente particulares⁵⁷. Em países periféricos, entre os quais se inclui o Brasil, a ausência de pressupostos sociais demonstra que as normas constitucionais acerca de procedimentos eleitorais são deformadas em seu processo de concretização.

No caso brasileiro, inegavelmente, com a Constituição de 1988, tanto no texto constitucional quanto na realidade, houve um progresso em relação à democratização do procedimento eleitoral. Contudo, o problema está no fato de que, muitas vezes, as condições sociais inviabilizam que, apesar de garantido diante de um procedimento eleitoral constitucionalmente regulado, muitos exerçam, substancialmente, o papel de eleitores, o qual corresponde a muito mais do que o ato formal de votar.

Em vista disso, ainda que presente no texto constitucional, a existência de pressupostos sociais é decisiva para que, no processo de concretização, a Constituição afirme sua força normativa na garantia de um procedimento eleitoral verdadeiramente democrático, uma vez que, “na experiência dos eleitores que vivem em condições precárias, as ‘ajudas’, ‘favores’, ‘promessas’ concretas dos candidatos e cabos eleitorais são mais importantes que as decisões distantes e abstratas do sistema político regulado jurídico-constitucionalmente.”⁵⁸

Além da regulação do procedimento eleitoral no plano constitucional, ao instituírem a divisão de poderes, as Constituições modernas operam contra a desdiferenciação⁵⁹ entre direito e política. Em linhas gerais, essa divisão de poderes limita o poder político por meio de

⁵⁶ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 79.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 80.

⁵⁸ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 255.

⁵⁹ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 80.

uma esfera jurídica autônoma, introduzindo, nos termos de Neves, procedimentos funcionalmente diferenciados⁶⁰: legislativo, judiciário e político-administrativo.

Por intermédio dessa institucionalização da divisão de poderes, a Constituição fomenta a capacidade de os sistemas político e jurídico responderem a demandas as mais diversas e entre si contraditórias do respectivo ambiente sem abalar ou destituir a autonomia de cada sistema.

Em países periféricos, esse estado de coisas apontado por Neves entre o sistema político e jurídico por meio da divisão de poderes contemplada nas Constituições modernas é distorcido, o que inviabiliza a limitação do poder político perante uma esfera jurídica autônoma e, por conseguinte, gera uma politização abrangente incompatível com a complexidade de demandas da sociedade atual, e vice-versa.

Evidentemente, na experiência brasileira atual, essa distorção da divisão de poderes não se dá nos termos supremos de um Poder Moderador, consoante foi fundamentado na Constituição Imperial de 1824, mas se podem notar ocasiões em que essa deformação se dá no processo de concretização da Constituição, como se verá em casos de mutações constitucionais empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Sob esse viés, Neves faz a necessária reflexão acerca do problema relacionado à concretização das normas constitucionais, que, nesse sentido, diferem do texto constitucional. Por meio da normatividade constitucional decorrente do processo de concretização, o texto e a realidade constitucionais estabelecem permanente relação.

Com a finalidade de orientar essa reflexão, Neves destaca os modelos teóricos de Müller e de Häberle. Em Müller⁶¹, a atividade constituinte não é um procedimento de produção de norma jurídica (geral), mas sim de emissão de texto constitucional, pois a norma constitucional é produzida no decurso do processo de concretização. Já Häberle⁶² inclui a esfera pública pluralista como dado principal do processo interpretativo, do que decorre afirmar que o texto constitucional só obtém sua normatividade por intermédio da inclusão do público organizado de forma plural no processo de interpretação/concretização constitucional. Como arremate desse debate, Neves expõe acerca da atividade constituinte:

Em conformidade com uma leitura sistêmico-teórica desse enfoque semiótico-linguístico, cabe afirmar que a atividade constituinte forma apenas um dos processos

⁶⁰ *Ibidem*, p. 81.

⁶¹ *Ibidem*, p. 85.

⁶² HÄBERLE, Peter. *op. cit.*, p. 13.

de filtragem para a vigência jurídica das expectativas normativo-constitucionais: as expectativas diversas e contraditórias em relação ao texto constitucional já posto são filtradas ou selecionadas mediante as decisões concretizadoras da Constituição; somente nesse âmbito se pode falar de normas constitucionais vigentes.⁶³

Diante disso, a análise das espécies de normas constitucionais (princípios e regras constitucionais), especialmente das normas de direitos fundamentais, adquire peculiar importância para o estudo das mutações constitucionais, dadas as repercussões da mudança do sentido das normas no processo de concretização desses direitos.

Em coerência com a concepção de Constituição como subsistema do sistema jurídico e como mecanismo de autonomia operacional do Direito, na teoria dos sistemas, as normas constitucionais, como casos especiais de normas jurídicas, são as expectativas jurídico-normativas de comportamento que, de modo específico, são filtradas pelos procedimentos decisórios constituintes e pelos procedimentos de concretização constitucional⁶⁴. Nesse viés, elas não são fruto de uma estrutura ideal de sentido construído em relação de reciprocidade com a realidade social.

Diante disso, essa análise adota como princípio constitucional a espécie normativa que atua como estímulo para a construção de argumentos capazes de contribuir para soluções satisfatórias de casos, sem que estas não se reduzam a opções eminentemente discricionárias, e como regra constitucional a norma que viabiliza, em caráter terminante, o fechamento da cadeia argumentativa que forma a interpretação e a aplicação concreta do direito.

Em síntese elucidativa, Neves estabelece a distinção entre princípios e regras constitucionais⁶⁵, contextualizando-a com a concepção de Constituição nos termos delineados anteriormente:

Pode-se dizer que, no processo de concretização normativa, enquanto os princípios jurídicos transformam a complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico (valores, representações morais, ideologias, modelos de eficiência etc.) em complexidade estruturável do ponto de vista normativo-jurídico, as regras jurídicas reduzem seletivamente a complexidade já estruturável por força dos princípios, convertendo-a em complexidade juridicamente estruturada apta a viabilizar a solução do caso.⁶⁶

Nessa perspectiva, no âmbito do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito,

⁶³ *Ibidem*, p. 90.

⁶⁴ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 64.

⁶⁵ Neves reconhece também a existência de normas híbridas, as quais não são passíveis de serem enquadradas, primariamente, em nenhuma das categorias, por se encontrarem em uma situação intermediária entre princípios e regras. Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 104.

⁶⁶ *Ibidem*, p. XIX.

os princípios constitucionais, como estruturas reflexivas em relação às regras⁶⁷, passam a atuar como filtro essencial em face da pluralidade de expectativas normativas presentes no ambiente do sistema jurídico, em razão de servirem para o balizamento ou a construção hermenêutica de outras normas; enquanto as regras se apresentam mais apropriadas para prover fundamento imediato ao caso a se decidir, portanto, normas dispostas a atuar como razão definitiva de questões jurídicas, fazendo-se viável a subsunção mediante uma norma de decisão.

Por fim, necessário se faz destacar que as concepções de Constituição, de direitos fundamentais, de prestação política da Constituição, de divisão de poderes e de normas constitucionais, para a análise feita neste estudo, inserem-se na modernidade periférica, na experiência específica do Brasil. Em razão disso, passa-se a expor, em linhas gerais, a diferença entre a modernidade central e a modernidade periférica.

1.3 A diferença entre a modernidade central e a modernidade periférica

A fim de discutir o fenômeno das mutações constitucionais decorrentes do processo de interpretação/concretização da Constituição na modernidade periférica, a abordagem teórica deve ter como ponto de partida a análise da bifurcação do desenvolvimento dos sistemas jurídico e constitucional no centro e na periferia da sociedade moderna.

Diante desse pressuposto teórico-sistêmico, a sociedade moderna concebeu uma sociedade mundial, em que há um contexto comunicacional unitário que está diferenciado primariamente em diversos subsistemas. Nessa concepção, a diferenciação dos Estados como organizações territoriais delimitadas não é excluída, pelo contrário, ela se configura como válida tanto para o sistema político quanto para o sistema jurídico. Portanto, Luhmann, ao destacar a sociedade única, não o faz alheio aos problemas os quais decorrem do desenvolvimento assimétrico dessa sociedade identificado em diversas regiões do globo.

Nesse sentido, Luhmann admite que a distinção identificada entre centro e periferia parte não só de fundamentos econômicos, mas também tem como pressuposta uma segmentação territorial dos sistemas político e jurídico em Estados. Essa bifurcação não é, segundo Luhmann, negação de que a sociedade mundial exista, dada a dificuldade de se

⁶⁷ *Ibidem*, p. 140.

contestar o entrelaçamento em escala mundial de todos os sistemas funcionais⁶⁸.

No entanto, Neves questiona se esse paradigma teórico-sistêmico, em razão de estar excessivamente impregnado pela vivência de Estados na modernidade central, contexto de seu surgimento, teria condições de explicar as diferenças de construção e de desenvolvimento dos Estados entre centro(s) e periferia(s) na sociedade mundial⁶⁹, extraindo os efeitos corretos dessas diferenças. É inegável que os diversos desenvolvimentos da sociedade moderna, tanto no(s) centro(s) quanto na(s) periferia(s), ensejam diferentes problemas para as organizações político-jurídicas a eles atinentes.

Portanto, segue-se à constatação de que o surgimento da sociedade moderna se deu também em um contexto de forte desigualdade no desenvolvimento inter-regional⁷⁰, com fortes consequências para o direito e para a política na qualidade de sistemas estatalmente organizados, o fato de que essa sociedade mundial demasiadamente fragmentada enseja a aplicação do esquema centro/periferia em diversos níveis⁷¹. Ademais, em tempos mais recentes, registram-se fortes tendências que apontam, por um lado, uma ascendente ‘mobilidade nas distribuições’ de centros e periferias e, por outro, em direção a uma periferização paradoxal dos centros⁷².

Diante disso, sem excluir da análise essas constatações, para Neves, a distinção entre modernidade central e periférica se apresenta analiticamente proveitosa quando, considerando a modernidade pela complexidade social e pela dissolução de conteúdos morais válidos imediatamente a todas as esferas da sociedade, apura, em países periféricos, a ausência da “autonomia sistêmica de acordo com o primado da diferenciação funcional, tampouco a preferência predominante pela inclusão generalizada da população nos distintos sistemas funcionais da sociedade (mundial).”⁷³ Assim, o potencial analítico da distinção binária “modernidade central/periférica” não se incompatibiliza com os diferentes graus de diferenciação funcional e de inclusão da população.

⁶⁸ NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na Periferia: alguns problemas com a concepção de Estados da Sociedade mundial em Niklas Luhmann. **Revista de Informação Legislativa**, v. 206, 2015, p. 112.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 112-113.

⁷⁰ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 190.

⁷¹ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 113.

⁷² Neves aponta que os desenvolvimentos assimétricos da sociedade mundial moderna entre centro e periferia tendem a ser relativizados sob as condições contemporâneas, já que esses desenvolvimentos impõem a constatação de fortes tendências de que os problemas de exclusão característicos dos Estados da modernidade periférica estão se estendendo aos Estados na modernidade central, uma “periferização paradoxal do centro.” *Ibidem*, p. 128.

⁷³ *Ibidem*, p. 114.

Na modernidade central, os limites e as possibilidades de desenvolvimento estatal são dados sob a forma de Estado democrático de direito, apresentando, cumulativamente, autonomia operativa do direito e autopoiese da política, pressupondo-se uma diferenciação entre sistema jurídico e sistema político.

Primeiramente, no cenário de Estados na modernidade central, a autonomia operativa do direito se caracteriza pela reprodução do sistema jurídico em conformidade com o código binário “lícito/ilícito” e pela operação desse sistema segundo os seus próprios programas, como Constituição, leis, decretos, negócios jurídicos, atos administrativos e sentenças⁷⁴.

Adicionalmente, na modernidade central, constata-se a autopoiese da política, entendida como “a esfera das decisões coletivamente vinculantes”⁷⁵, na qual as comunicações correspondentes não são definidas diretamente por fatores externos ao sistema político ou particularistas. Assim sendo, há uma reprodução do sistema político em consonância com o código binário “governo/oposição” e, segundo os seus programas, definidos no âmbito dos procedimentos eleitorais, parlamentares e administrativos.

Na descrição feita da modernidade central por esse modelo teórico, o sistema político e o sistema jurídico mantêm relação de interdependência, configurada, em melhores termos, em uma simultânea dependência e independência recíproca. Logo, do mesmo modo que as decisões políticas se subordinam ao controle jurídico, o direito positivo – incluindo-se aqui as normas constitucionais – não podem dispensar de controle e deliberação política⁷⁶.

Em virtude disso, fica justificada a necessidade de delimitar a concepção de Constituição no presente trabalho, pois, como abordado anteriormente, ao assumir a forma de acoplamento estrutural, são possibilitadas influências recíprocas permanentes entre o direito e a política. Com especial relevância para os processos de mutação constitucional, decorrem da Constituição os mecanismos mais amplos de controle da autorreprodução jurídica e de filtragem das influências do ambiente no direito como sistema autopoietico.

Além disso, no cerne dos Estados Democráticos de Direito na modernidade central, identifica-se a preferência pela cidadania como mecanismo de inclusão de toda a população nas prestações oriundas de cada um dos sistemas funcionais da sociedade, o que é, com a

⁷⁴ *Ibidem*, p. 115.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 115.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 117.

emergência do Estado de bem-estar, inclusão política e jurídica realizada.

Evidentemente, esse cenário da modernidade central não exclui eventuais bloqueios à autonomia operacional dos sistemas jurídico e político. Contudo, essas ocorrências se dão de maneira localizada, de modo que não se pode afirmar que há uma tendência de generalização. Por consequência, identifica-se que, nos Estados democráticos de direito na modernidade central, há uma esfera pública consolidada e uma forte legalidade que favorecem ao regular funcionamento dos procedimentos político-jurídicos em concordância com a Constituição.

Em contrapartida, na modernidade periférica, há claros limites à formação e à realização do Estado Democrático de Direito na perspectiva da diferenciação funcional. Assim, em concomitância, emergem demandas as mais diversas da supercomplexidade da sociedade mundial e perduram, de modo generalizado, os bloqueios destrutivos à reprodução autônoma dos sistemas jurídico e político. No plano constitucional, a Constituição como acoplamento estrutural é minada e também debilitada enquanto intermediação da esfera pública pluralista.

Em países periféricos, entre os quais está inserido o Brasil, não há uma suficiente efetivação da autonomia sistêmica, segundo o princípio da diferenciação funcional, muito menos a promoção generalizada da cidadania como instrumento de inclusão social. Então, tomando como referência o modelo teórico-sistêmico, Neves define a modernidade periférica como modernidade negativa e propõe a seguinte releitura:

[...] na modernidade periférica, à hipercomplexidade social e à superação do “moralismo” fundamentador da diferenciação hierárquica, não se seguiu a construção de sistemas sociais que, embora interpenetráveis e mesmo interferentes, construam-se autonomamente no seu *topos* específico. Daí resultam problemas sociais bem mais complicados do que aqueles que caracterizam os países da modernidade central. As relações entre as esferas funcionais de comunicação assumem formas autodestrutivas e heterodestrutivas, com consequências desastrosas para a integração e a inclusão social.⁷⁷

Desse modo, os obstáculos à realização do Estado Democrático de Direito se dão em um contexto de bloqueio generalizado da autoprodução consistente dos sistemas jurídico⁷⁸ e político por frequentes injunções de outros códigos e critérios sistêmicos.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 121.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 122.

Especificamente no sistema do direito, Neves destaca a alopoiese⁷⁹ do direito diante da contundente prevalência de outros códigos binários sobre o código binário lícito/ilícito. Em razão disso, a hipertrofia do código econômico ter/não ter ou do código político poder/não poder diante do código jurídico pode fazer que a Constituição seja deformada – em vez de ser fortificada – no seu processo de concretização.

Essa “corrupção” sistêmica⁸⁰ tem uma tendência de generalização quando o Estado como um todo, na relação com a sociedade civil, se envolve de uma maneira que os códigos do poder e do direito sejam corrompidos no plano eleitoral e nos tribunais, por exemplo. Esse problema vai destruindo a autonomia operacional do direito e a consistência jurídica, implicando a incapacidade de reagir a essas situações.

Evidentemente, a “corrupção” sistêmica não está ligada a singularidades culturais⁸¹, mas sim a fatores da relação de uma sociedade moderna, complexa e mundial e a fatores de externalização dos centros dominantes para as periferias. Portanto, esta não é um inconveniente peculiar do brasileiro, mas sim atinente a formas de desigualdades profundas em um plano mais amplo, incluindo-se as relações internacionais.

Com efeito, a “corrupção”⁸² existe em países de modernidade central, mas, em geral, ela se mantém em plano puramente operativo/eventual ou mesmo no plano estrutural/setorial. No entanto, o problema mais grave desse inconveniente incide quando o seu crescimento gera uma tendência a uma generalização.

No âmbito constitucional da modernidade periférica, a emissão de textos constitucionais na direção da construção de um Estado democrático de direito não tem como consequência a concretização normativo-constitucional generalizada e relevante segundo os

⁷⁹ “Derivada etimologicamente do grego *állos* (“um outro”, “diferente”) + *poíesis* (“produção, “criação”), a palavra designa a (re)produção do sistema por critérios, programas e códigos do seu ambiente.” Cf. NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 142.

⁸⁰ “Em relação ao direito, a “corrupção sistêmica”, dá-se especialmente pela sobreposição destrutiva dos códigos ‘ter/ não ter’ (economia), ‘poder/não poder’ ou ‘governo/oposição’ (política), ‘informação/desinformação’ (mídia) e ‘amigo/inimigo’ (boas relações) sobre o código ‘lícito/ilícito’ (direito). O código do direito, então, revela-se um código fraco.” Cf. NEVES, Marcelo. *Corrupção, exclusão e exceção? Vai acabar dando em revolução: O Brasil suborna mais porque é desigual ou é desigual porque suborna mais? Revista Brasileira de Inteligência*, v. 77, p. 72-85, 2017, p. 75.

⁸¹ *Ibidem*, p. 75.

⁸² Para Neves, há níveis de “corrupção”, a qual é entendida segundo a teoria dos sistemas como sobreposição destrutiva, bloqueante, paralisante de um sistema sobre outro ou sobre vários outros por intermédio de sabotagem de código. A “corrupção” pode permanecer no nível “operacional”, é eventual e não é estabilizada socialmente. Em um segundo nível, a corrupção pode ser “estrutural” dos sistemas sociais, pode permanecer em setorial e é socialmente estabilizada. Em um terceiro nível, a “corrupção” pode ser “sistêmica”, a qual ocorre com, de modo generalizado, em conexão com um Estado como organização política territorial. Cf. NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 75.

parâmetros textuais. Conforme será desenvolvido adiante, esse traço da experiência constitucional de países periféricos, em virtude de injunções particularistas e bloqueios de outros critérios sistêmicos, não traz, como decorrência do processo de concretização, a força normativa da Constituição, mas sim uma degradação semântica do texto constitucional.

Portanto, em um contexto de ausência de universalidade da cidadania (inclusão político-jurídica generalizada), a concretização constitucional é deturpada de modo sistemático por intrusões particulares de poder. O constitucionalismo não prospera, em sua plenitude, em situações de ampla exclusão social. Ele se mantém incipiente e frágil em situações em que a inclusão social não seja ao menos um norte da concretização constitucional. Além disso, em países periféricos, isso redundará na ausência de uma esfera pública estruturada para reagir à “corrupção” sistêmica como tendência predatória de um sistema sobre o outro.

Como expressão desse cenário, Neves destaca a generalização das relações de subinclusão e sobreinclusão como traço da modernidade periférica, que, no sistema jurídico, apresenta-se como ausência de direitos e deveres partilhados de modo recíproco⁸³: entre os subcidadãos, não há acesso aos direitos do ordenamento jurídico, porém pesam as prescrições impositivas; entre os sobrecidadãos, há amplo acesso a direitos, entretanto não há regular subordinação no que se refere aos deveres e às responsabilidades. Nesses termos, a subinclusão é indissociável da sobreinclusão.

A despeito de serem integrantes inseparáveis de uma mesma relação⁸⁴, Neves pondera que, no contexto da sociedade mundial complexa hodierna, ninguém é absolutamente subincluído ou sobreincluído, já que as posições correspondentes dependem das condições fáticas de reprodução das comunicações. Nesse sentido, eventualmente, o subcidadão pode agir como sobreincluído e vice-versa. No entanto, há indivíduos que se apresentam regularmente em um dos polos dessa relação.

Diante da Constituição na modernidade periférica, os subcidadãos, que integram, normalmente, as camadas sociais “marginalizadas”, não têm condições reais de gozar de direitos fundamentais declarados, porém os deveres são impostos e cobrados pelo aparelho coercitivo do Estado, sujeitando-os energicamente às suas estruturas punitivas. Assim, os dispositivos constitucionais conferem, sistematicamente, limites aos seus direitos

⁸³ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 124.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 125-126.

fundamentais: “Os direitos fundamentais não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no concernente à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais.”⁸⁵

Em contrapartida, diante da mesma Constituição, os sobrecidadãos, indivíduos integrantes, comumente, de grupos privilegiados, titularizam direitos fundamentais sem se subordinarem aos deveres e às responsabilidades perante a atividade punitiva Estatal⁸⁶ de maneira que a Constituição pode ser manejada como instrumento de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais.

Quando observada do plano constitucional, as relações de subcidadania e sobrecidadania generalizadas na modernidade periférica fazem “implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica e também como acoplamento estrutural entre política e direito. Isso tem efeitos alopoiéticos, especialmente com relação à esfera jurídica.”⁸⁷

Dessa forma, avulta-se o bloqueio social destrutivo da concretização da Constituição, de modo que, em grande medida, expectativas normativas de comportamento congruente generalizadas não correspondem ao texto constitucional, sendo-lhe ausente a força normativa. Nesse sentido, desenvolve-se, a seguir, o caso da constitucionalização simbólica como problema da modernidade periférica.

1.4 Constitucionalização simbólica como problema da modernidade periférica

A constitucionalização simbólica como alopoiese do sistema jurídico é um problema inerente à modernidade periférica⁸⁸. Esse problema típico de países em que há uma forte contradição entre direito e realidades constitucionais consubstancia, de modo mais específico, uma hipertrofia da função político-simbólica do texto constitucional em detrimento de sua eficácia normativo-jurídica.

Não obstante essa discussão, originariamente, tenha sido posta no âmbito da legislação simbólica⁸⁹, Neves a inseriu no plano constitucional, indicando que a

⁸⁵ *Ibidem*, p. 124.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 125.

⁸⁷ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 90.

⁸⁸ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 170.

⁸⁹ Neves parte do modelo tricotômico de legislação simbólica proposto por Kindermann, cuja sistematicidade foi bastante proveitosa para a abordagem da constitucionalização simbólica. O modelo de Kindermann indicava que o conteúdo de legislação simbólica poderia ser confirmar valores sociais, demonstrar capacidade de ação do

constitucionalização simbólica tem maior amplitude nas dimensões social, temporal e material do que a legislação simbólica, o que impacta o sistema jurídico em seu núcleo, podendo afetar toda sua estrutura operacional. Isso porque todo o processo de reprodução operativo-normativa do direito é, de modo generalizado, bloqueado⁹⁰, afetando os alicerces do sistema jurídico constitucional.

Em geral, as Constituições nominalistas⁹¹ dos Estados periféricos, entre os quais se inclui o Brasil, expressam o contraste entre a ausência de concretização normativo-jurídica do texto constitucional e a larga relevância simbólica desse texto no discurso constitucionalista de poder.

Da abordagem sobre a relação entre texto e realidade constitucionais, pode-se extrair dois elementos caracterizadores da constitucionalização simbólica: um sentido negativo, em que se constata que o texto constitucional não é, de modo suficiente, concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada; e um sentido positivo⁹², no qual se identifica que a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um enfático papel político-ideológico.

No sentido negativo da constitucionalização simbólica, o problema se dá na dimensão da vigência social das normas constitucionais escritas. Os dispositivos da Constituição não são capazes de apresentar uma generalizada orientação das expectativas normativas⁹³, de modo que ao texto não se segue a normatividade. Diante disso, os procedimentos e os argumentos do sistema jurídico não teriam expressão funcional em relação aos demais fatores do ambiente⁹⁴, o que, na esfera constitucional, resulta na sobreposição do código “lícito/ilícito” por outros códigos-diferença que orientam a ação e a vivência sociais.

Nessa direção, o texto constitucional includente contrasta-se, de modo veemente, à realidade constitucional excludente, não originando, por conseguinte, a respectiva normatividade constitucional. Desse modo, a argumentação e o debate jurídico-constitucional

Estado e adiar a solução de determinados conflitos sociais por meio de compromissos dilatatórios. Cf. *Ibidem*, p. 33.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 100.

⁹¹ “El carácter normativo de una constitución no debe ser tomado como un hecho dado y sobrentendido, sino que cada caso deberá ser confirmado pela práctica. Una constitución podrá ser jurídicamente válida, pero sí la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial. En este caso, cabe calificar a dicha constitución de nominal.” Cf. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979, p. 218.

⁹² NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 95.

⁹³ *Ibidem*, p. 92.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 93.

não desempenham papel dominante⁹⁵ na relação com os órgãos estatais vinculados especificamente à interpretação-aplicação constitucional.

No sentido positivo, Neves, conquanto admita que a ausência de concretização normativa do texto constitucional seja um traço marcante da constitucionalização simbólica⁹⁶, aponta uma função política-ideológica da atividade constituinte. Assim a função ideológica da constitucionalização simbólica é verificada diante transmissão de modelos cuja realização só teria viabilidade sob condições sociais completamente diversas⁹⁷.

Assim, as “vestes” constitucionais desenvolvem uma fórmula retórica de boa intenção do constituinte e dos governantes em geral sem acarretar prejuízo aos grupos privilegiados. Imuniza-se o sistema político contra a insurgência de outras alternativas, obstruindo-se o caminho para mudanças sociais em direção ao que está posto na Constituição. Contudo, os dispositivos constitucionais conservam sua relevância como referências simbólicas do discurso do poder.

Em um só tempo, invoca-se, sistematicamente, a Constituição como estrutura normativa que garante direitos fundamentais, divisão de poderes e eleição democrática, sem que se dê a possibilidade real de regular condutas e orientar expectativas segundo os ditames constitucionais. Esses direitos são, portanto, na práxis do processo concretizador, deturpados, ao passo que se submetem a “uma filtragem por critérios particularistas de natureza política, econômica etc.”⁹⁸

Em razão disso, pode-se reconhecer uma verdadeira “deturpação pragmática da linguagem constitucional”⁹⁹, a qual atua diminuindo a tensão social e obstaculizando os meios direcionados à efetiva transformação social, mas que também pode, em casos extremos, ensejar a desconfiança do público¹⁰⁰ no sistema político e nos agentes do Estado.

Seguindo a classificação da legislação simbólica, Neves apresenta a tipologia da constitucionalização simbólica em três formas de manifestação¹⁰¹: a constitucionalização simbólica voltada à afirmação de valores sociais, a Constituição como fórmula de

⁹⁵ *Ibidem*, 2011, p. 94.

⁹⁶ Apesar de diferenciar os dois sentidos de constitucionalização simbólica, Neves defende que o sentido positivo e o sentido negativo estão vinculados, pois esse fenômeno constitucional engloba dois momentos: não há uma função de regular as condutas e orientar as expectativas consoante as disposições constitucionais, mas há uma resposta a exigências e objetivos de cunho político concreto. *Cf. Ibidem*, p. 96.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 99.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 101.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 99.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 99.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 102.

compromisso dilatatório e a constitucionalização-álibi.

Neste estudo, importa, especialmente, a constitucionalização simbólica na sua forma de expressão como constitucionalização-álibi. Nesse caso, o próprio exercício da atividade constituinte (e reformadora), o texto constitucional e o discurso que a ele faz referência atuam, em primeiro lugar, como álibi para os legisladores constitucionais e governantes, assim como para aqueles que detêm o poder mesmo não estando integrados formalmente na organização estatal.¹⁰²

Entendendo-se desse modo, há uma dissimulação no uso do documento constitucional de modo que o sentido manifesto e aparente (normativo-jurídico) da atividade constituinte e linguagem constitucional esconde o seu sentido oculto (político-jurídico). Desse modo, Neves caracteriza o manejo simbólico das disposições constitucionais:

[...] há muitos elementos favoráveis à afirmativa de que os “donos do poder” e grupos privilegiados não têm interesse numa mudança fundamental das relações sociais, pressuposto para a concretização constitucional. Contudo o discurso do poder invoca, simbolicamente, o documento constitucional “democrático”, o reconhecimento dos direitos fundamentais, a eleição livre e democrática etc., como conquistas do governo ou do Estado.¹⁰³

Outrossim, nessa face da constitucionalização simbólica, identifica-se a sobreposição do sistema político ao direito de modo que haja uma “politização desdiferenciante do sistema jurídico”¹⁰⁴, significando que, mesmo com a existência de um texto constitucional o qual estabeleça um modelo político-jurídico que garanta a autonomia operacional do direito, a atividade constituinte e a concretização do texto constitucional se inclinam ao bloqueio político da reprodução operacionalmente autônoma do sistema jurídico.

Diante desse panorama que aloca a constitucionalização simbólica como problema típico da modernidade periférica, para a análise do objeto deste trabalho, com o escopo de identificar se as mudanças do sentido da Constituição no processo de concretização decorrente da interpretação/aplicação pela atividade de tribunais constitucionais resultam em efetividade ou em simbolismo, parte-se desse debate desenvolvido por Neves em torno do simbolismo das normas constitucionais.

Assim, esse percurso teórico é o ponto de partida para a discussão que, na perspectiva

¹⁰² *Ibidem*, p. 104.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 108.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 149.

da teoria dos sistemas alopoiéticos de Neves¹⁰⁵, insere o problema em uma ambiência mais complexa, na qual se almejam identificar ocasiões em que, na modernidade periférica, as mudanças constitucionais se tornam *topos* de simbolismo, com efeitos danosos e bloqueantes para a própria força normativa da Constituição¹⁰⁶, além da tendência a uma verdadeira degradação constitucional verificada em casos recentes de países periféricos como o Brasil.

Contudo, essa análise decorre de uma alteração de paradigma¹⁰⁷, tendo em vista que, no plano bibliográfico já exposto, os conceitos de simbolismo e de efetividade derivados da obra de Neves foram analisados sob o âmbito do simbolismo da Constituição Federal, enquanto a análise das mutações constitucionais resultantes da interpretação judicial em países periféricos desloca a pesquisa para a prática jurídico-constitucional dos tribunais constitucionais, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Logo, a atuação simbólica do STF caracterizar-se-á quando prevalecer, em detrimento de uma “racionalidade jurídica”, o significado “político-ideológico”¹⁰⁸, a qual procederá a mutações em desfavor da concretização normativo-social da Constituição.

Portanto, o interesse da análise está em identificar a força simbólica – especialmente em sua função política-ideológica – das mutações constitucionais operadas na interpretação/aplicação da Constituição pelas cortes constitucionais de países periféricos em detrimento do fomento da força normativa da Constituição. Para isso, cumpre, inicialmente, estabelecer um paralelo entre as mudanças constitucionais e a força normativa da Constituição.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 170.

¹⁰⁶ Nesse ponto, considera-se força normativa da Constituição a capacidade de orientar expectativas e de direcionar condutas na esfera pública em conformidade com o modelo normativo constitucional, segundo posto em HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

¹⁰⁷ Embora ainda não sejam frequentes, outros estudos já procederam a essa mudança no vetor de análise da constitucionalização simbólica da falta de normatividade jurídica do texto constitucional como fórmula democrática (NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 3) para a análise da atuação simbólica do Supremo Tribunal Federal, especialmente em sua função político-ideológica. Nesse sentido, conferir: LIMA, Fernando Rister de Sousa. Excesso de autorreferência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. **Revista Direito GV**, v. 12, p. 691-717, 2016, p. 709.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 709.

2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A compreensão do fenômeno da mutação constitucional em coerência com a teoria constitucional contemporânea tem sido objeto de muitas investigações. Avolumam-se as publicações que abordam a definição, as formas de ocorrência, a natureza, as categorias e os limites das mudanças constitucionais que acontecem à margem dos mecanismos formais.

A despeito de muito se ter avançado, o atual contexto da teoria constitucional e das vias de controle jurisdicional de constitucionalidade demanda uma perspectiva que, ciente da complexidade do fenômeno e das consequências que dele podem advir, não reduza a investigação à constatação de que as circunstâncias fáticas podem provocar alterações informais das normas sem alteração do texto constitucional. Essa compreensão restringe a Constituição a um “simples reflexo das condições fáticas de sua vigência”¹⁰⁹, o que conduz ao equívoco de sobrepor a força condicionante da realidade à força normativa da Constituição.

Evidentemente, não se pode defender uma precedência da Constituição diante das circunstâncias fáticas. Com isso, não se almeja negar a vinculação mútua da Constituição com a realidade histórica. A Constituição e a realidade são fatores distintos coexistentes que – não se pode desconsiderar – interagem, porém mais devem se conformar mutuamente do que estabelecer uma fundamentalidade *a priori* entre si.

Diante dessa consideração, essa tensão permanente entre realidade e norma constitucional não pode ser abrandecida por intermédio da sujeição de uma das dimensões à outra. Assim, a supressão do direito por forças sociais, especialmente interesses momentâneos que impulsionam as mudanças constitucionais por juízos de conveniência, deve, em igual medida, ser evitada assim como uma ordem jurídica em total desacordo com as condições históricas presentes.

Há, portanto, a imperiosa necessidade de, a partir do reconhecimento dos efeitos dessas mudanças informais na Constituição, viabilizar uma investigação dos problemas que uma falta de contenção e um ineficaz controle dessas alterações causam à continuidade e ao incremento da força normativa da Constituição e, em concomitância, reconhecer a hipertrofia da força simbólica que muitas dessas mudanças podem acarretar.

Diante disso, o debate acerca da permanência e da mudança da Constituição deve considerar a diferença entre efeitos decorrentes das mudanças na normatividade decorrentes

¹⁰⁹ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.

diretamente de alterações do texto constitucional e os efeitos decorrentes das mudanças de sentido normativo da Constituição no processo de concretização. A partir disso, pode-se analisar a origem e o desenvolvimento do termo mutação constitucional bem como a capacidade de esse fenômeno incrementar a força normativa da Constituição.

2.1 Permanência e mudança da Constituição na teoria constitucional

A vocação de permanência¹¹⁰ das Constituições, como ideia decorrente do constitucionalismo moderno, é, muitas vezes, creditada ao fato de elas abrigarem matérias que, em virtude da relevância e superioridade, têm de ser resguardadas da política ordinária. Em tese, certas decisões fundamentais são retiradas, pela constitucionalização, da esfera de disposição das maiorias eventuais, traduzindo-se, até certo ponto, em um grau de certeza e solidez jurídico-constitucional das instituições de um Estado.

Contudo, a pretensão de imutabilidade da Constituição, como um “sonho de alguns iluministas do século XVIII”¹¹¹, não se aplica à realidade das sociedades complexas hodiernas. Com efeito, admite-se que as Constituições não têm configurações eternas e que a mutabilidade é fator decisivo para que elas vigorem por muito tempo, mantendo-se estáveis por meio de mecanismos que as adaptem às circunstâncias, às necessidades e às exigências novas em razão da realidade social cambiante.

Por certo, o estudo dessas mudanças da Constituição se bifurca quando se admite que elas podem se dar por via formal e informal. A via formal, ligada ao traço da rigidez constitucional, a qual se dá pela reforma constitucional, procedimento que, como se verá adiante, é previsto na própria Constituição. A via dita informal se dá mediante mecanismos que resultam em transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se realize qualquer alteração do texto constitucional.

O modelo das Constituições normativas, as quais regulam as relações reais de poder, é o ponto de partida para muitos debates atuais a respeito da permanência e da mudança das Constituições. Nesse sentido, identificam-se um núcleo permanente das Constituições, do qual elas extraem a sua própria identidade, e uma tendência a mudanças constitucionais, as quais podem ocorrer por alterações diretas do texto constitucional ou por mudanças no

¹¹⁰ HORTA, Raul Machado. Permanência e Mudança na Constituição. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 115, p. 5-25, jul./set. 1992, p. 5.

¹¹¹ Conforme Bonavides, “Cegos de confiança no poder da razão, queriam eles a lei como um produto lógico e absoluto, válido para todas as idades, atualizado para todas as gerações” BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 204.

sentido normativo da Constituição em face do processo de concretização ou realização constitucional.

Em verdade, os debates doutrinários acerca do tema já incluem como pressuposto essa mutabilidade das Constituições. Nenhuma Constituição se exaure no momento de sua promulgação, uma vez que influem, para a alterabilidade constitucional, fatores das mais diversas ordens, como os sociológicos, os políticos, os econômicos e os culturais. Diante disso, a mutabilidade que se expressa na Constituição é, muitas vezes, defendida como forma de corrigir o desajustamento, por vezes inexorável, entre a ordem constitucional e a conjuntura sociopolítica.

Com metáfora elucidativa, Loewenstein dá dimensão da indelével dinâmica de alteração constitucional: “Una constitución no es jamás idéntica consigo misma, y esta sometida constantemente al panta rhei heraclitiano de todo lo viviente.”¹¹² As demandas do Estado e da sociedade que emergem das transformações sociais, da conjuntura econômica, do cenário político e das discussões jurídicas são destacadas como fatores que influem na execução de modificações na Constituição.

No entanto, a desarmonia entre as mudanças desenfreadas que fomentam insegurança jurídica¹¹³ e a estabilidade necessária para que a lei fundamental estabeleça e formate a organização jurídica e política de um Estado produz consequências nefastas para a ordem constitucional, precarizando-a de modo a comprometer as instituições, os direitos e as garantias individuais e coletivas.

De modo inverso, uma ordem constitucional inerte, a qual se suponha imodificável e que rejeite a mutabilidade própria do Direito, confundindo estabilidade com imutabilidade, por ser completamente alheia às transformações sociais, também tende a degradar a Constituição de modo a torná-la registro anacrônico em descompasso com a necessidade de se estabelecer a estrutura baseada na generalização congruente de expectativas normativas¹¹⁴ própria do Direito.

Essa discussão acerca da permanência e da mudança da Constituição na teoria constitucional corrente, de modo reiterado, aborda, criticamente, como exposto adiante, duas

¹¹² LOEWENSTEIN, Karl. *op. cit.*, p. 164.

¹¹³ Para uma análise consistente dos efeitos da insegurança jurídica, conferir ÁVILA, **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, *passim*.

¹¹⁴ NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 25.

espécies básicas: as mudanças da normatividade decorrentes de alterações do texto constitucional e as mudanças do sentido normativo da Constituição em face do processo de concretização ou realização constitucional.

2.1.1 Mudanças da normatividade decorrentes diretamente de alterações do texto constitucional

A mudança da Constituição que se origina diretamente da modificação do texto constitucional pode se dar conforme os procedimentos estabelecidos na própria Constituição, por meio de reformas constitucionais, ou mesmo, consoante classifica Neves¹¹⁵, decorrer de ruptura com o ordenamento jurídico-constitucional.

Em determinadas circunstâncias, as mutações fáticas ou meramente políticas da Constituição acabam por produzir, na verdade, um novo texto constitucional sem ligação consistente com a normatividade que decorria do anterior, principalmente, por fugir de quaisquer dos procedimentos jurídicos preestabelecidos de mudança constitucional.

A esse respeito, ao dissertar acerca dos limites do poder constituinte, Vanossi evidencia as diferenças entre o poder constituinte fundacional, como criação do Estado, o poder constituinte revolucionário, como mudança das formas do Estado, e o poder constituinte reformador, em relação aos limites postos na ordem constitucional:

Es menester distinguir las diversas modalidades de lo que clásicamente ha sido considerado como ejercicio del poder constituyente, para observar que: A) En el poder constituyente fundacional no cabe hablar de posibles manifestaciones de la responsabilidad del Estado, por cuanto dicho acto no reconoce la existencia de una legalidade preexistente y, por el contrario, es el acto de nacimiento de la legalidade estatal. B) En el poder constituyente revolucionario tampoco cabe hablar de la responsabilidad del Estado, ya que se trata de un acto transformador que no reconoce la continuidad del régimen legal-institucional. C) En el poder constituyente reformador es menester distinguir: c') Si se respetan los límites con que actúa ese poder, es decir, si su ejercicio es constitucional, o c'') Si no se acatan los límites, o sea, cuando su manifestación es inconstitucional.¹¹⁶

Segundo Neves, essa classificação desconsidera o fato de que, mesmo o poder constituinte fundacional, por exemplo, ao promover o nascimento da legalidade estatal, pode

¹¹⁵ A classificação das mudanças constitucionais é terreno fértil na doutrina constitucional. As variadas classificações e designações utilizadas em relação a esse assunto fez imperativa a necessidade de escolher uma delas para a estrutura do presente capítulo. A abordagem a ser desenvolvida no trabalho fez a opção pela classificação exposta no seguinte texto: NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996.

¹¹⁶ VANOSSEI, Jorge Reinaldo A. *Estudios de teoría constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2002, p. 306.

assumir características revolucionárias no momento em que promove “uma ruptura com a ordem jurídico-política colonial imposta pela metrópole”¹¹⁷.

Desse modo, habitualmente, a doutrina constitucional reduz esse cenário ao poder constituinte revolucionário. Todavia, além da mudança constitucional de fato que se origina da ruptura drástica com o conteúdo da ordem constitucional precedente, existe também a possibilidade de o poder constituinte se originar de um processo de transição política¹¹⁸ alheio aos moldes postos no procedimento de modificação constitucional previsto no sistema antecedente.

Nesses termos, comparativamente, tanto a forma revolucionária quanto a forma de transição política se dão em desconformidade com o procedimento de mudança constitucional preestabelecido, que, por isso, geram, semelhantemente, uma descontinuidade jurídico-constitucional.

Entretanto, a principal dessemelhança se dá no fato de que, no modo revolucionário, ocorre uma ruptura radical e brusca com o conteúdo da ordem constitucional anterior, o que denota a prevalência de uma descontinuidade política e jurídica, já, na hipótese do poder constituinte (originário) de transição política, o processo é singularizado pela existência de acordos políticos¹¹⁹ que envolvem agentes da antiga e da nova ordem em torno da matéria da Constituição vindoura, expressando uma relativa continuidade política, mas que exterioriza uma descontinuidade jurídica.

Ademais, ao concluir o trabalho de elaboração da Constituição, o poder constituinte originário, essencialmente político¹²⁰ e titularizado pelo povo, permanece em estado de latência¹²¹, e a soberania popular passa a embasar a supremacia constitucional. Essa energia

¹¹⁷ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 322.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 322.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 322.

¹²⁰ Bonavides diferencia a expressão do poder constituinte originário do poder constituinte derivado quanto à natureza nos seguintes termos: “o primeiro, entendido como um *poder político* fora da Constituição e acima desta, de exercício excepcional, reservado a horas cruciais no destino de cada povo ou na vida das instituições; o segundo, como poder jurídico, um poder menor, de exercício normal, achando-se contido juridicamente na Constituição e sendo de natureza limitado.” BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 209-210.

¹²¹ Em coerência com a contribuição teórica habermasiana, Campos, partindo da definição de poder constituinte como poder comunicativo, afirma: “A permanência (ou latência) do poder constituinte é o resultado lógico do reconhecimento de que a estabilidade do direito legislado não é eterna. A norma positivada, ainda que passe por atualizações decorrentes do processo interpretativo, se esgota em seu sentido, exigindo uma transformação em dimensão mais fundamental: uma mudança na própria percepção dos valores a serem tutelados pela ordem jurídica que se reflete em uma mudança concreta no próprio texto positivado.” Cf. CAMPOS, Juliana Cristine

inicial de feitura de uma nova ordem constitucional subordina juridicamente o poder de reformar a Constituição¹²².

Assim, as reformas constitucionais, como mudança jurídico-positiva da Constituição, por meio das emendas, com pretensão específica de alteração do texto constitucional, e das revisões constitucionais, com intento de atingir, de modo mais abrangente, o texto constitucional, são previstas pelo próprio poder constituinte originário a fim de obstar os efeitos danosos de um engessamento do texto constitucional.

Em uma dimensão quantitativa e qualitativa, a diferença entre as espécies de reforma, no direito constitucional brasileiro, dá-se nos seguintes termos: as emendas visam a realizar mudanças pontuais, supressões ou acréscimos feitos ao texto constitucional, por intermédio de um procedimento específico disciplinado na Constituição, e as revisões, reformas extensas e profundas no texto constitucional.

Com isso, essas técnicas jurídicas viabilizam a alteração do texto da Constituição sem sacrificá-la e sem trazer os riscos habitualmente associados ao exercício do poder constituinte originário, tendo em vista que os efeitos de rupturas da ordem constitucional, por vezes, podem ser evitados com mudanças resultantes do poder jurídico de reforma da Constituição.

No âmbito das Constituições rígidas¹²³, como método formal de alteração do texto constitucional, a reforma constitucional é subalterna a um rito solene de aprovação e a outras restrições e condicionantes de ordens variadas em razão da necessidade de sua ação ter de preservar a força normativa, a identidade e a continuidade da ordem constitucional à qual se vincula juridicamente.

Essas limitações e condicionantes postas pelo poder constituinte originário ao poder de reformar a Constituição são comumente inseridas em quatro categorias: temporais, circunstanciais, formais ou procedimentais e substantivas ou materiais.

Com o escopo de consolidar o texto constitucional, veda-se o exercício do poder de

Diniz. **O povo é inconstitucional**: poder constituinte e democracia deliberativa. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 209.

¹²² O poder de reformar a Constituição recebe, da doutrina constitucional corrente, variadas designações: poder constituinte constituído, poder constituinte derivado, poder constituinte instituído ou poder constituinte de segundo grau.

¹²³ O poder constituinte de reforma somente ganha proeminência diante da rigidez constitucional, a qual condiciona a alterabilidade da Constituição a procedimentos especiais, mais complexos e difíceis do que os próprios à atuação legiferante.

reforma durante um lapso temporal¹²⁴, resguardando a nova ordem constitucional contra alterações que se mostrem prematuras e que prejudiquem a estabilização das relações jurídico-constitucionais.

Além disso, em circunstâncias incomuns e críticas definidas pelo constituinte originário, a modificação do texto constitucional pode ser impedida. Essas limitações se dão em situações de extrema excepcionalidade e gravidade, as quais ameaçam a legitimidade¹²⁵ e a livre manifestação do poder reformador, podendo ocasionar, dada a grande instabilidade institucional, alterações precipitadas e desnecessárias na Constituição. Como exemplo, na experiência vigente no Brasil, três circunstâncias são impeditivas de procedimentos de reforma, as quais estão expressas no art. 60, § 1º, da Constituição Federal: intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio.

Ademais, as limitações formais ou procedimentais tornam a reforma constitucional mais complexa em razão de obstáculos e dilações temporais que inexistem no procedimento legislativo infraconstitucional. Tais limitações se referem aos órgãos competentes e aos procedimentos a serem obedecidos na alteração do texto constitucional.

Portanto, estão no âmbito dessas limitações tanto os limites formais subjetivos atinentes à iniciativa para a deflagração do processo de modificação, quanto limites formais objetivos, os quais cuidam da tramitação do processo de modificação do texto constitucional em si, o que inclui a definição de turnos de votação, quórum para aprovação, forma de promulgação e de possibilidade de reapresentação de propostas de emenda rejeitadas.

Diante disso, sob a Constituição brasileira de 1988, a reforma do texto constitucional, por meio de proposta de emenda, depende de iniciativa, conforme posto no art. 60, incisos I, II e III, de um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República ou de mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados, com a manifestação de cada uma delas pela maioria relativa dos seus membros. Diante da dicção

¹²⁴ Na experiência constitucional brasileira, a Carta Política do Império do Brasil de 1824 é a única que conteve limitação temporal dessa espécie expressa no tocante à reforma: “Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles.” Portanto, nem mesmo na Constituição brasileira em vigor se encontra restrição temporal dessa natureza.

¹²⁵ Há, portanto, “um estado de crise que torna ilegítimo nessas ocasiões empreender qualquer reforma constitucional.” BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 208.

do referido artigo, constata-se que a proposta de emenda por iniciativa popular¹²⁶ não é prevista na atual Constituição brasileira.

Para aprovação de emenda à Constituição, exige-se quórum especialmente qualificado: três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, em cada uma delas. Para que a emenda prospere, ambas as Casas devem aquiescer ao texto.

Em casos de modificação do texto da proposta de emenda por uma das Casas, a regra que se impõe é que a proposta deve retornar à outra Casa. Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu entendimento no sentido de que o retorno à Casa da qual se origina a proposta modificada apenas é obrigatório caso a alteração seja substancial¹²⁷, excluindo-se esse imperativo para mudanças redacionais sem transformação no conteúdo.

Também como disposição formal, caso a proposta de emenda seja rejeitada ou vier a ser prejudicada, a matéria nela inserida não poderá ser objeto de nova proposta, na mesma sessão legislativa, ou seja, no mesmo ano daquela legislatura.

Se aprovada, a emenda tem sua promulgação dada pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. As emendas constitucionais não se submetem à sanção do Presidente da República, o qual terá participação somente no caso de ser dele a iniciativa do projeto.

Somadas às limitações de ordem formal, há limitações substantivas ou materiais que compreendem proibições no tocante ao objeto da reforma. O poder constituinte originário pode estabelecer que certas matérias, mediante cláusulas de intangibilidade ou cláusulas pétreas, fiquem fora do alcance do poder reformador.

¹²⁶ A despeito do exposto e exaustivo rol, registra-se corrente minoritária que, mediante o emprego de interpretação sistemática da Constituição, defende a existência de iniciativa popular: “[...] caso em que as percentagens previstas no §2º do art. 61 serão invocáveis, ou seja, a proposta de emenda terá que ser subscrita por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos em cinco Estados, com não menos de zero vírgula três por cento dos eleitores de cada um deles.” Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 64.

¹²⁷ STF, *DJU*, 9 maio 2003, ADC 3/DF, Rel. Min. Nelson Jobim; *DJU*, 6 dez. 2002, ADIn 2.666/DF, Rel. Min. Ellen Gracie; e *DJU*, 17 out. 2003, ADIn 2.031/DF, Rel. Min. Ellen Gracie: “Proposta de emenda que, votada e aprovada no Senado Federal, sofreu alteração na Câmara dos Deputados, tendo sido promulgada sem que tivesse retornado à Casa iniciadora para nova votação quanto à parte objeto de modificação. Inexistência de ofensa ao art. 60, § 2º, no tocante à alteração implementada no § 1º do art. 75 do ADCT, que não importou em mudança substancial do sentido daquilo que foi aprovado no Senado Federal. Ofensa existente quanto ao § 3º do novo art. 75 do ADCT, tendo em vista que a expressão suprimida pela Câmara dos Deputados deveria ter dado azo ao retorno da proposta ao Senado Federal, para nova apreciação, visando ao cumprimento do disposto no § 2º do art. 60 da Carta Política”.

Destarte, retira-se, do poder de disposição de maiorias parlamentares, matérias tidas como pressupostos ou como condições imprescindíveis ao funcionamento do Estado constitucional democrático. Desse modo, a cláusula pétrea não serve meramente como meio de preservação da redação do texto constitucional¹²⁸, mas sim como modo de inibir tentativas de esvaziamento das estruturas essenciais da Constituição por parte do poder reformador.

De modo expreso, os limites materiais foram deixados assentes pelo poder constituinte originário, no art. 60, §4, da Constituição de 1988, segundo o qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes, e os direitos e garantias individuais.

Além das limitações expressas, destacadamente, Sampaio¹²⁹ e Bonavides admitem que o poder de reformar a Constituição também se submete a limitações tácitas ou implícitas. Segundo Bonavides, essas limitações são “aquelas que se referem à extensão da reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário.”¹³⁰

Evidentemente, nenhum dos limites impostos ao poder de reformar a Constituição tem força para impedir que modificações do texto constitucional sejam feitas por meios revolucionários, porém, caso sejam impostas mudanças com desrespeito a esses limites, incluindo-se às cláusulas pétreas, “a máscara de legalidade”¹³¹ é retirada do procedimento.

¹²⁸ Na interpretação do sentido e do alcance das cláusulas pétreas, o Supremo Tribunal Federal já afirmou que as limitações materiais ao poder de reformar a Constituição não se configuram como intangibilidade literal do texto inserido pela Constituição originária: STF, DJU, 14 nov. 2003, p. 14, MS 23.047/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: “Reitero de logo que a meu ver as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. Convém olvidar que, no ponto, uma interpretação radical e expansiva das normas de intangibilidade da Constituição, antes de assegurar a estabilidade institucional, é a que arrisca legítimas rupturas revolucionárias ou dar pretexto fácil à tentativa de golpes de Estado”.

¹²⁹ Sampaio, em um texto clássico da doutrina brasileira, explana, de modo sistemático e aprofundado, a matéria referente às limitações materiais implícitas. Cf. SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995, p. 89 e seguintes.

¹³⁰ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 210.

¹³¹ A metáfora expressiva da retirada da máscara da legalidade da revolução é posta por Sarlet nos seguintes termos: “Os limites à reforma constitucional de modo especial, os de cunho material, traçam, neste sentido, a distinção entre o desenvolvimento constitucional e a ruptura da ordem constitucional por métodos ilegais (neste caso, inconstitucionais), não tendo, porém, o condão de impedir (mas evitar) a frustração da vontade da Constituição, nem o de proibir o recurso à revolução, podendo, em todo caso, retirar a esta a máscara da legalidade.” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 382.

2.1.2 *Mudanças do sentido normativo da Constituição no processo de concretização*

O reconhecimento de que as Constituições sofrem mudanças além daquelas que são formalmente previstas em seu texto é confirmado por estudos os quais, em geral, partem do caráter dinâmico¹³² e prospectivo da ordem jurídica para explicar o redimensionamento da realidade normativa da Constituição que – sem alteração formal do texto constitucional por meio de revisões ou de emendas – assume novos significados.

As mutações constitucionais alocadas no constitucionalismo democrático convertem-se ainda em espaço fértil para a tensão entre dois imperativos: a demanda por estabilidade, ligada à rigidez constitucional, e a demanda por dinamicidade, associada à plasticidade constitucional¹³³ – por muitos referida – que potencializa transformações interpretativas.

Nesse cenário, as mudanças operadas na Constituição advêm da transformação do sentido normativo do texto constitucional em seu processo de concretização, das quais se podem diferenciar duas formas de expressão: mudanças decorrentes da interpretação/aplicação constitucional e mudanças decorrentes da práxis política independentemente da atividade hermenêutica ante o texto constitucional.

Com efeito, a mudança da Constituição no processo de sua concretização ou realização pode decorrer da práxis constitucional não vinculada à atividade de interpretação/aplicação normativa. Essa forma de transformação constitucional é peculiar de Constituições costumeiras¹³⁴, não intermediadas por texto constitucional. O modo como se deslindam concretamente as relações básicas de poder, como agem os órgãos estatais supremos, como se dão as relações entre os cidadãos e o Estado e entre si podem implicar transformações constitucionais relevantes.

Desse modo, é factível tanto que isso origine mutações de sentido normativo do texto da Constituição ou preenchimento de “lacunas constitucionais”, quanto o surgimento de uma normatividade constitucional à margem em face do texto constitucional ou mesmo o desuso em relação a certos dispositivos da Constituição.¹³⁵

¹³² CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. 2015. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre permanência e mudança. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermen tica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 7(2):136-146. <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2015.72.04>, p. 137.

¹³³ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *op. cit.*, p. 139-140.

¹³⁴ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 322.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 322.

Contudo, o foco desse estudo se dará a partir deste ponto nas mudanças operadas na Constituição advindas da transformação do sentido normativo do texto constitucional em seu processo de concretização resultadas de mutações constitucionais, mudanças decorrentes do processo hermenêutico diante da constitucional.

Para o estudo das mudanças constitucionais originadas por essa via, nos quadros do Estado Democrático de Direito, são variados os paradigmas de interpretação jurídica, seguindo desde a predominância de dimensões sintática e semântica até a forte tendência em se enfatizar a dimensão pragmática. Para isso, é relevante remontar alguns paradigmas e o papel que cabe ao intérprete na interpretação jurídica no que se refere à transformação do sentido normativo do texto constitucional em seu processo de concretização.

Já não cabe mais reservar ao intérprete do direito apenas o papel de desvendar o único sentido juridicamente possível dos signos legais. Assim, as perspectivas sintático-semânticas da interpretação jurídica dominantes no século XIX – seja cultuando o texto da lei como a Escola da Exegese¹³⁶, seja buscando a compreensão do direito como um sistema definido por um nexos lógico entre os conceitos de acordo com a Jurisprudência dos Conceitos¹³⁷ – são, manifestadamente, insuficientes para explicar as mutações constitucionais resultantes da transformação do sentido normativo do texto constitucional em seu processo de concretização.

Na primeira metade do século XX, já se reconhece que a variação interpretativa gera, inatacavelmente, profundas mudanças no sentido normativo do texto constitucional, o que afasta, segundo Kelsen, “a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, apenas uma interpretação”¹³⁸. Portanto, a tradição semântico-sintática de interpretação do direito da Teoria Pura do Direito já identifica o problema da ambiguidade e da vagueza existente em expressões e em termos jurídicos, dando ao intérprete o papel de estabelecer o quadro semântico das aplicações juridicamente acertadas.

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito.¹³⁹

¹³⁶ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 197.

¹³⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997, p. 21-44.

¹³⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 396.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 395-396.

Na segunda metade do século XX, nas mais diversas perspectivas, reforça-se a ideia de que a variação interpretativa procede sobremaneira a transformações no sentido normativo da Constituição, especialmente se aceita a consideração de que o intérprete, ao construir o sentido normativo de textos jurídicos, fica condicionado ao contexto histórico-social¹⁴⁰ ao qual esses textos são aplicados.

Por isso, um modelo semântico-pragmático reserva ao intérprete do direito o dever de desvelar o sentido latente de textos normativo-jurídicos, amoldando-os ao período histórico específico¹⁴¹ de sua aplicação ao caso concreto, o que, no entanto, para Neves¹⁴², desconsidera ou, no mínimo, subestima a função construtiva intrínseca do intérprete diante dos textos normativos.

Nesses termos, a variação semântica passa a estar indissociável dos condicionamentos pragmáticos, razão pela qual se considera que as mudanças de sentido estão imbricadas com os interesses, as expectativas e os valores envolvidos no momento da interpretação/aplicação das normas¹⁴³.

Na proposta específica de Friedrich Müller, em sua Teoria Estruturante do Direito¹⁴⁴, a atividade constituinte é vista como emissão de texto constitucional, e o procedimento de produção de norma jurídica, especialmente a norma constitucional, é dado no decorrer do processo de concretização.

Diante das mais diversas concepções contemporâneas, Neves aponta que, conquanto haja parâmetros semânticos, a problemática quanto à determinação das interpretações e concretizações juridicamente corretas é, eminentemente, pragmática, considerando-se, em especial, “a relação discursivo-dialógica entre intérpretes, sejam estes agentes ou destinatários da decisão consequente, e a multiplicidade de expectativas que se contradizem e conflitam com relação ao texto da norma.”¹⁴⁵

Outrossim, a nova semântica dentro do texto não é explorada apenas por órgãos oficiais, definidos como intérpretes *stricto sensu*, mas também pelo público, que dirige suas

¹⁴⁰ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 322.

¹⁴¹ Destacam-se, nessa perspectiva, as contribuições de Gadamer (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.) e de Betti (BETTI, Emilio. **Teoría de la interpretación jurídica**. Santiago: Ediciones UC, 2015.).

¹⁴² NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 200.

¹⁴³ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 127-166.

¹⁴⁴ MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁴⁵ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 203.

expectativas ao texto constitucional¹⁴⁶, já que a ampliação do círculo de intérpretes é um dos resultados da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação.

Essa ampliação é decorrente da premência de se adotar uma hermenêutica adequada à sociedade pluralista e aberta, em detrimento de uma sociedade fechada restrita à interpretação dos juízes e à aplicação de procedimentos formais¹⁴⁷. Nesse sentido, edifica-se a tese segundo a qual a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição contribui para se alargar o caminho para uma interpretação compatível com o pluralismo. Uma vez que não são apenas os intérpretes jurídicos que vivem a norma, não se deve resguardar a eles o monopólio da interpretação constitucional¹⁴⁸.

Por isso, identifica-se, por exemplo, a inconsistência de se perquirir o sentido originalista da norma constitucional¹⁴⁹, pois o retorno ao sentido atribuído pelo constituinte ao texto desconsidera a inevitável construção e reconstrução constitucional desempenhada pelos intérpretes, não só os de órgãos oficiais, mas também todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos os quais estão potencialmente vinculados no processo de interpretação constitucional, já que não é possível se estabelecer “um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.”¹⁵⁰

No entanto, deve-se considerar que essa esfera pública não constitui, por óbvio, uma unidade, mas sim uma pluralidade de valores e interesses conflitantes, que fazem surgir expectativas inconciliáveis diante do texto constitucional, as quais serão selecionadas e excluídas por participantes “em sentido estrito”¹⁵¹ – órgãos oficiais competentes para a interpretação-aplicação jurídica – no processo de interpretação.

Com a complexidade da sociedade moderna, as divergências interpretativas em torno dos textos jurídicos – em especial do texto constitucional – concernentes à identificação e à abordagem da plurivocidade se tornam problemáticas em virtude da variedade de expectativas sobre os textos jurídicos gerada pela multiplicidade de valores e interesses. No plano constitucional, o potencial de conflito interpretativo se acentua, uma vez que, no Estado de Direito, há clara predominância do princípio de interpretação conforme a Constituição.

¹⁴⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 12.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 13.

¹⁴⁹ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 322.

¹⁵⁰ HÄBERLE, Peter. *op. cit.*, p. 13.

¹⁵¹ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 204.

O problema está exatamente em delimitar as fronteiras entre as interpretações justificáveis e as que são “atribuíveis” aos textos constitucionais e legais no Estado Democrático de Direito. [...] não se trata de limites estáticos, uma vez que metamorfoses normativas sem alteração textual podem conduzir à mudança das fronteiras entre os campos das interpretações legítimas e ilegítimas.¹⁵²

Se considerada a linguagem constitucional vaga e ambígua, potencializam-se interpretações inovadoras. No entanto, isso não pode se converter em quebra da necessária congruência de expectativas em relação aos sentidos possíveis do texto, nem em difusão de “interpretação absurda, inteiramente implausível, isto é, totalmente insuscetível de ser atribuída ao respectivo texto na esfera pública”¹⁵³.

Em contrapartida, não se está defendendo que haja a construção de um consenso quanto ao conteúdo relacionado ao texto. Em verdade, em sociedades complexas, o dissenso quanto ao conteúdo é próprio da esfera pública, gerando, por vezes, a própria mutação das regras procedimentais do jogo jurisdicional¹⁵⁴ por intermédio de reconstrução judicial do sentido normativo ou, como já visto, mediante reforma constitucional do texto.

Diante disso, é plausível a reflexão síntese de Neves sobre o problema da interpretação jurídico-constitucional no contexto de pluralismo do Estado Democrático de Direito como fator de mutações constitucionais:

[...] tensões entre os sentidos partilhados prevalentemente pelos intérpretes na acepção ampla (a própria esfera pública pluralista) e os sentidos predominantes no meio dos intérpretes na acepção estrita (órgãos oficiais competentes para a interpretação-aplicação jurídica) emergem habitualmente. Essas constituem um dos principais fatores de mutação e reconstrução de sentidos do texto constitucional e, havendo resistências dos intérpretes na acepção estrita às metamorfoses interpretativas, podem conduzir à própria reforma (do texto) da Constituição ou, no caso-limite, à ruptura constitucional.¹⁵⁵

Diante dessas constatações, reconhece-se a importância de estudos que tenham como problema central investigar os contornos conceituais do fenômeno jurídico das mutações constitucionais, trazendo como resultado a definição do fenômeno, as suas formas de ocorrência, a natureza, as categorias, os limites das mutações constitucionais e, principalmente, o papel do intérprete no surgimento desses processos informais de mudança da Constituição.

No entanto, a questão ganha peculiar importância quando analisada no contexto de países de modernidade periférica, nos quais os sentidos predominantes no meio dos

¹⁵² *Ibidem*, p. 207.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 211.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 212-213.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 213.

intérpretes na acepção estrita sofrem injunções e pressões que, sistematicamente, deturpam a concretização constitucional mediante pressões particularistas e bloqueios de critérios sistêmicos alheios ao direito.

Ademais, a abordagem, sob a perspectiva da constitucionalização simbólica¹⁵⁶, das mudanças no sentido normativo da Constituição em razão do processo de concretização ou realização constitucional que ocorrem à revelia das alterações do texto – as mutações constitucionais – também revela, muitas vezes, efeitos danosos para a concretização normativo-jurídica da Constituição.

Assim, para construir o caminho para essa análise, cabe refletir acerca da origem e do desenvolvimento da teoria da mutação constitucional a até os limites da mutação constitucional como modo de garantir a força normativa da Constituição.

2.2 A origem e o desenvolvimento do conceito de mutação constitucional

Não há uniformidade terminológica¹⁵⁷, mas o fenômeno da mutação constitucional vem sendo tratado por diversos autores, desde o final do século XIX, com destaque para o pioneirismo da doutrina alemã, responsável pelas primeiras sistematizações do tema e pelo desenvolvimento do contorno conceitual desse fenômeno.

Além do fato de os doutrinadores alemães serem os primeiros a dedicarem atenção aos estudos da mutação constitucional, a escolha por essa linha de abordagem da origem e do desenvolvimento desse conceito se deve, também, à pouca expressividade quantitativa dos estudos¹⁵⁸ acerca desse tema em outros países do continente europeu.

Ademais, a despeito de a experiência constitucional norte-americana ser marcada por mudanças informais da Constituição, cenário que – diante do caráter sintético da Constituição

¹⁵⁶ Em Neves, encontra-se a discussão em parte de um estudo que mais se concentra na abordagem das mudanças decorrentes de reformas e revisões constitucionais do que em mutações constitucionais oriundas do processo de interpretação/aplicação da Constituição. Cf. NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996.

¹⁵⁷ Bulos registra a grande variedade de termos utilizados para denominar mutação constitucional na doutrina: vicissitude constitucional tácita, transições constitucionais, processos de fato, mudança material, processos indiretos, processos não formais, processos informais, processos oblíquos, mudança constitucional silenciosa e, por fim, mutação constitucional. Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57-58.

¹⁵⁸ Segundo Ferraz, o fenômeno das mutações constitucionais foi ignorado por longo tempo pela doutrina francesa e italiana e apenas abordado pela doutrina espanhola, que só mais recentemente lhe dá maior destaque. Cf. FERRAZ, Anna Cândida Cunha. *Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs). **Doutrinas essenciais de direito constitucional: teoria geral da constituição**. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 765-793.

e das peculiaridades da atuação jurisprudencial em sistemas de *common law* – é rico em exemplos de produção de teses jurisprudenciais no âmbito constitucional sem embasamento direto em previsões expressas no texto da Constituição, essa abordagem se mostra limitada¹⁵⁹ para a compreensão dos problemas inerentes às mutações constitucionais em países mais inclinados a sistemas jurídico-constitucionais de tradição romano-germânica.

Portanto, para um breve registro da origem e do desenvolvimento da teoria da mutação constitucional a partir dos estudos do direito alemão, três momentos são cruciais: na passagem do século XIX para o século XX, sob a égide da Constituição do Império Alemão de 1871, os estudos de autores da Escola Alemã de Direito Público, destacadamente, Laband e Jellinek; na vigência da Constituição de Weimar, os estudos de Heller, Smend e Dau-lin; no pós-Segunda Guerra Mundial, o marco da Lei Fundamental de Bonn seguido do pensamento de Hesse acerca dos limites da mutação constitucional.

Na passagem do século XIX para o século XX, os estudos precursores sobre a mutação constitucional foram realizados por autores vinculados à Escola Alemã de Direito Público, principalmente Paul Laband e Georg Jellinek. Essa escola de pensamento jurídico tinha como pressuposto metodológico a separação entre Direito e Política. Assim, a análise do Direito Público se dava a partir do seu isolamento em relação aos acontecimentos de ordem política.

Pioneiramente, Laband identifica o problema da mutação constitucional em um contexto histórico e social muito específico, no qual a Constituição do Reich (Constituição do Império Alemão de 1871) pode ser, radical e significativamente, modificada pela ação do Estado, mesmo mantida inalterada a sua expressão escrita.

Diante da ausência de regulação constitucional de instituições centrais do Estado, Laband reconheceu, inclusive, que a maioria das leis poderiam, na prática, proceder a uma mudança na conjuntura constitucional do Reich¹⁶⁰. Tratava-se de uma contradição entre a situação constitucional e a lei constitucional¹⁶¹, assim, as mudanças da situação constitucional

¹⁵⁹ Embora a experiência norte-americana seja de significativa importância para o estudo de como a tensão entre estabilidade e dinâmica constitucionais se apresenta e é resolvida, essa ótica tem contribuição diminuta para a definição do que é e de quais os limites das mutações constitucionais no contexto a ser analisado neste trabalho. Cf. PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares. **Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 45.

¹⁶⁰ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madri, ano 20, n. 58, p. 150-135, jan./abr. 2000, p. 108.

¹⁶¹ HESSE, Konrad. *op. cit.*, p. 151-152.

do Império não alcançavam expressão na Constituição.

Consoante Urrutia, a contribuição de Laband inclui a abordagem dos mais importantes casos de mutação constitucional da Constituição do Império Alemão e a referência a três vias principais mediante as quais teriam ocorrido esses casos:

[...] regulación por parte de las leyes del Reich de elementos centrales del Estado no previstos o previstos de manera colateral por la Constitución del Reich, modificación de elementos centrales del Estado por medio de leyes del Reich que contradicen el contenido de la Constitución y alteración del los elementos centrales del Estado por medio de usos y costumbres de los poderes públicos.¹⁶²

Perceptivelmente, a abordagem de Laband fez avançar a noção atinente à mutação constitucional. No entanto, essa contribuição é marcada pelo predomínio de descrições fáticas de hipóteses de mudanças informais da Constituição do Império Alemão de 1871¹⁶³, configurações fáticas completamente diversas das experimentadas nos Estados contemporâneos.

Ainda sob o ponto de partida metodológico da Escola Alemã de Direito Público, ao diferenciar reforma de mutação constitucional, Jellinek inclui o critério da intencionalidade da mudança. Jellinek, ao definir a mutação constitucional, aponta, essencialmente, a intenção ou a consciência como elementos centrais para diferenciar da reforma constitucional:

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente y que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación.¹⁶⁴

Assim, com o emprego de uma técnica dicotômica, típica do pensamento dialético, Jellinek obtém o conceito de mutação constitucional ao confrontá-lo com a reforma constitucional, baseando-se em dados psicológicos, o que, dando subsídio a diversas críticas, torna claro “el impacto psicologizante (intencionalidad, voluntad consciente)”¹⁶⁵ nessas definições. Diante disso, a intenção ou a consciência em relação à modificação causada é o fator de diferenciação entre as mutações e as reformas constitucionais.

Contudo, a utilização do critério da intencionalidade ou da consciência não pode ser

¹⁶² URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *op. cit.*, p. 108.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 112.

¹⁶⁴ JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Tradução para o espanhol de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, p. 9.

¹⁶⁵ Expressão usada por Verdú em estudo preliminar inserido na obra de Jellinek. Cf. JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Tradução para o espanhol de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018p. CXIII.

constitutiva da explicação jurídica do fenômeno da mutação constitucional, tendo em vista que esse critério se mostra incongruente com casos de mutação constitucional decorrentes de modificação da interpretação, a qual, consoante Hesse, “não passará despercebida a um intérprete atento”¹⁶⁶ e, muitas vezes, será realizada direcionadamente.

Não obstante a importância dos estudos de Laband e de Jellinek para o início da abordagem dessas alterações constitucionais, sob a égide da Constituição do Império Alemão de 1871, muitos fatores impossibilitavam que a concepção de reforma e de mutação constitucional fossem demarcadas com maior clareza e precisão por esses autores.

As contradições entre o texto constitucional e as circunstâncias fáticas eram a tônica dos trabalhos em detrimento da explicação jurídica da mutação constitucional e de seus limites. Hesse¹⁶⁷ atribui esse problema a alguns fatores, em especial à cisão rígida entre as dimensões jurídica e fática, a qual alarga a impossibilidade de compreender, juridicamente, a interferência da realidade sobre o conteúdo das normas constitucionais e os limites ao fenômeno da mutação constitucional.

Diante disso, segundo Streck, Lima e Oliveira, Jellinek almeja suplementar o positivismo legalista utilizando um exame empírico ou descritivo dos processos político-sociais, compreendendo as mutações constitucionais como fenômenos jurídicos não resolvidos normativamente.

[...] o dualismo metodológico positivismo legalista-positivismo sociológico que perpassa toda a obra de Jellinek *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (Berlim, Häring, 1906) e que serve de base para a tese da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*), impediu o jurista alemão de lidar normativamente com o reconhecimento daquelas que seriam “as influências das realidades sociais no Direito”. A mutação constitucional é assim tida como fenômeno empírico e não é resolvido normativamente: “Jellinek não apresenta um substituto para o positivismo legalista, mas apenas tenta suplementá-lo com uma análise empírica ou descritiva dos processos político-sociais”.¹⁶⁸

Ademais, a Constituição do Império Alemão de 1871 foi fruto de um processo de muitas tentativas de unificação que abrangia ordenamentos de configurações diversas¹⁶⁹. Em muitos casos, não houve adaptação formal completa desses ordenamentos particulares ao inaugurado pela Constituição, o que resultou em profundas incertezas quanto à

¹⁶⁶ HESSE, Konrad. *op. cit.*, p. 153.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 157.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Marcelo Cattoni; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; STRECK, Lenio Luiz. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**, v. 15, p. 71-102, 2007, p. 92.

¹⁶⁹ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *op. cit.*, p. 106.

sistematicidade do ordenamento jurídico do Reich¹⁷⁰.

De modo evidente, as próprias características da Constituição do Império Alemão de 1871, de caráter extremamente sucinto, também contribuíram para que os estudos acerca das mutações constitucionais se limitassem, em maior medida, a descrições fáticas de hipóteses de ocorrência de mudança informal da Constituição, dentre as quais, destacadamente, está a ausência de previsão de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis.

Na vigência da Constituição da República de Weimar (Constituição Alemã de 1919), o desenvolvimento do conceito de mutação constitucional se deu em um quadro de renovação teórica do direito público alemão a despeito da grande instabilidade política e econômica do período posterior à derrota alemã na Primeira Guerra Mundial.

Os debates teóricos acerca do Estado que se buscava instaurar foram fomentados por diversos fatores, dentre os quais se inclui o pioneirismo da Constituição de Weimar em reconhecer direitos sociais além dos direitos individuais clássicos, embora ainda não tivesse previsto o controle jurisdicional de constitucionalidade em sua modalidade concentrada.

Outrossim, durante a República de Weimar, houve um seguido aumento dos poderes extraordinários do Presidente do Reich, os quais eram interpretados extensivamente, sobretudo para o enfrentamento das situações de crise, a exemplo da permissão para legislar em matérias econômicas diante de situações de crise financeira¹⁷¹.

Nesse período, a aludida renovação teórica do direito público incluiu esforços para a melhor compreensão das mudanças pelas quais a Constituição poderia passar e a relação com a instabilidade da realidade política então vigente. No desenvolvimento desse panorama teórico, destacam-se Herman Heller e Rudolf Smend pelo desenvolvimento da noção de mutação constitucional como elemento da Teoria da Constituição. Ademais, sob a orientação de Smend, Hsü Dau-Lin, de um modo sistemático, reformulou o conceito de mutação constitucional.

Em Heller, a mutação constitucional está associada à natureza da Constituição entendida como organização material do Estado. Heller apresenta um conceito de Constituição dito científico-real, o qual “se obtém ao assinalar, de um ponto de vista histórico-político, uma estrutura básica do Estado como fundamental, na totalidade estatal, e ao

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 106-107.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 115.

destacá-la como estrutura relativamente permanente.”¹⁷²

Para Heller, a compreensão do funcionamento constitucional é alcançada com a necessária distinção entre a Constituição não normada (normalidade) e a normada (normatividade), a qual, por sua vez, é normada extrajudicialmente ou juridicamente¹⁷³. A Constituição juridicamente normatizada jamais é composta apenas de normas provenientes do Estado, já que, para a sua vigência, carece da complementação de elementos constitucionais não normatizados, bem como dos normatizados extrajudicialmente.

Diante disso, o dinâmico e o estático não podem ser separados completamente, nem podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser na concepção de Constituição. Dentro dessa lógica conceitual, Heller identifica os elementos não normados juridicamente com os “princípios”, os quais teriam, pela ausência de conteúdo exato, possibilitadas a evolução e o desenvolvimento de uma função transformadora dentro da Constituição.

Que a permanência da norma possa ser harmonizada com a mudança ininterrupta da realidade social, deve-se, em grande parte, a que a normalidade social que se expressa nos princípios jurídicos vai-se transformando na corrente imperceptível da vida diária. Mediante a evolução gradual dos princípios jurídicos pode acontecer que, não obstante permanecer imutável o texto do preceito jurídico, o seu sentido experimente uma completa revolução, embora fique salvaguardada a continuidade do Direito perante os membros da comunidade jurídica.¹⁷⁴

Desse modo, os princípios jurídicos funcionam como “a via de penetração diária da realidade social positivamente valorada na normatividade estatal”¹⁷⁵. A posição de Heller considera a Constituição como uma totalidade, na qual, em uma relação dialética, estão reunidos o estático e o dinâmico, a normalidade e a normatividade. A unidade do conceito de Constituição é resguardada, porém não se deixa de reconhecer a autonomia das partes integrantes¹⁷⁶. Diante disso, Heller incorpora a mudança informal dentro de sua concepção dinâmica de Constituição, sujeitando-a à influência das relações reais de poder¹⁷⁷, o que o alinha à perspectiva de Lassale.

Para Smend, a Constituição é a incorporação normativa de certos aspectos da dinâmica

¹⁷² HELLER, Herman. **Teoria do estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 323.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 296.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 304-305.

¹⁷⁵ HESSE, Konrad. *op. cit.*, p. 163.

¹⁷⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza, 1993, p. 87.

¹⁷⁷ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *op. cit.*, p. 116.

vital em que se desenvolve a vida do Estado¹⁷⁸, a qual exige constante alteração e renovação. A Constituição, como responsável pela organização legal do Estado, cuida desse processo de integração, regulando e controlando a ação das forças sociais em movimento, sem, no entanto, ter a pretensão de abarcar todas as situações da vida estatal, principalmente, porque, nessa dinâmica, sempre se manifestam novas situações não postas nas normas constitucionais.

Essa concepção tem reflexos na hermenêutica constitucional, tendo em vista que, pela própria natureza, a Constituição não tende, portanto, a regular casos específicos, mas a englobar a totalidade do Estado e a totalidade do processo integrador. Isso, segundo Smend, não somente permite, mas, até mesmo, exige do intérprete constitucional uma interpretação extensiva e flexível¹⁷⁹ que difere muito de qualquer outra forma de interpretação legal.

Potencializando essa visão, Smend pontua que as fórmulas constitucionais têm como traços característicos a elasticidade e a enorme capacidade autotransformadora¹⁸⁰ e suplementar de suas próprias lacunas. Segundo a concepção de Smend, as mutações constitucionais seriam efeitos naturais do papel da Constituição, pois o processo de integração regulado por ela seria o responsável pelas mudanças e evoluções contínuas do Direito Constitucional.

Isso significa que Smend identifica a mutação constitucional como um dos elementos centrais de sua concepção de Constituição. Ele concebe a Constituição como movimento visto como processo de integração, do qual é inerente a mutação. Portanto, a mutação constitucional não é vista como fator adverso, mas sim como uma consequência do próprio movimento constitucional¹⁸¹.

Sob orientação de Smend, para quem dedica, respeitosamente, a sua monografia, Dau-Lin realizou uma investigação bastante aprofundada acerca das mutações constitucionais. Em sua exposição, resumiu e sistematizou todos os estudos conhecidos acerca do tema até aquela época, de modo que a doutrina constitucional da República de Weimar experimenta a importante contribuição de um autor oriental¹⁸².

¹⁷⁸ SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Tradução de José M.^a Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 132.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 133.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 134.

¹⁸¹ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *op. cit.*, p. 134.

¹⁸² A exemplo de muitos autores, a importância da obra de Dau-Lin é reconhecida por Verdú nos seguintes termos: “Lugar aparte merece el chino Hsü Dau-Lin, discípulo del maestro de la integración política. Escribió, a mi juicio, el estudio mejor, sobre las mutaciones constitucionales, que conozco.” Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. Una

Além disso, complementou as abordagens até então conhecidas, tomando como ponto de partida a mutação constitucional como uma contraposição produzida, em muitas Constituições, com a situação jurídica real¹⁸³: uma incongruência existente entre as normas constitucionais por um lado e a realidade constitucional por outro.

Dessa maneira, opera-se, conforme Dau-Lin¹⁸⁴, a distinção entre as seguintes situações: a congruência entre a Constituição e a realidade, em uma relação de compatibilidade que pode partir da realidade adequando-se à norma constitucional ou da Constituição, mediante alteração formal, conformando-se à realidade; e o descompasso entre essas duas dimensões – Constituição e realidade –, o que, como visto, define, nesse viés, as mutações constitucionais.

Diante da constatação de que não é possível basear-se em uma classificação já existente, visto que cada autor constrói seu esquema de acordo com sua própria formulação conceitual de Constituição e com seus próprios pressupostos, Dau-Lin apresenta a sua sistematização das classes de mutações constitucionais:

Si el problema de la mutación de la Constitución estriba en la relación entre la Constitución estriba y la situación constitucional real, es decir, entre normas y realidad en el campo del derecho constitucional – la mutación constitucional es la relación incorrecta entre ambas – entonces se pueden diferenciar cuatro clases de la mutación de la Constitución: 1. Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución. 2. Mutación de la Constitución mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos estatuidos constitucionalmente. 3. Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución. 4. Mutación de la Constitución mediante su interpretación.¹⁸⁵

Ainda que essa sistematização tenha incluído o reconhecimento de mutações constitucionais indesejadas, um estudo que almeje, contemporaneamente, perquirir os efeitos das mutações constitucionais não encontra, na abordagem de Dau-Lin, parâmetros seguros ou soluções minimamente satisfatórias para a questão dos limites da mutação constitucional¹⁸⁶.

Nessa classificação do fenômeno da mutação constitucional, Dau-Lin não leva em consideração, consoante Streck, Lima e Oliveira, algo que tem centralidade, fundamentalmente, para a estruturação do Estado Democrático de Direito na atualidade:

[...] o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade que este direito

aportación ejemplar a la teoría de las mutaciones constitucionales: la obra de Hsü Dau-Lin. In: DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Onãti: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 7.

¹⁸³ DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Onãti: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 29

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 31.

¹⁸⁵ *Idem, ibidem*.

¹⁸⁶ HESSE, Konrad. *op. cit.* p. 160.

democrático expõe, muito embora, registre-se, Lin tenha sido discípulo de Rudolf Smend, um dos principais a falar em princípios e espécie de fundador da doutrina constitucional alemã pós-segunda guerra.¹⁸⁷

Nos estudos de Smend e de Dau-Lin, a ausência da abordagem dos limites se deve, na percepção de Hesse¹⁸⁸, a uma ligação sobremaneira indistinta entre o Direito Constitucional e a realidade sob a forma de “necessidade política” e a uma crítica simplificação da questão relativa à Teoria do Estado e da Constituição, centrando-se em uma noção abstrata do Estado consoante suas necessidades vitais.

Diante disso, ao se conferir eficácia preponderante às práticas políticas, em detrimento do posto no texto constitucional, perde-se o papel primordial ao Estado Constitucional, que deve encontrar, na sua Constituição, a função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder¹⁸⁹, em benefício de “necessidades vitais” de validade controversa.

Esse cenário favorece a disposição da Constituição como instrumento de dominação próprio dos detentores da força para compelir a se adotar a noção do que é politicamente necessário e do que lhes convém, conseqüentemente, inviabilizando que a Constituição funcione como ordem destinada a todos os membros da comunidade¹⁹⁰ e que impeça o bloqueio do sistema jurídico pelas mais diversas expectativas de comportamento¹⁹¹ que se dão em seu ambiente.

No período após a derrota alemã na Segunda Guerra Mundial, em 1949, a promulgação da Lei Fundamental de Bonn consagra mudanças profundas em matéria jurídico-constitucional, com destaque para os seguintes traços: o resgate de valores democráticos; o destaque à proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais; a supremacia da Constituição, consagrando as limitações materiais à reforma constitucional e as cláusulas pétreas, especialmente, relativas à proteção do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, e a previsão expressa de mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade, vinculados, na esfera federal, à atividade do Tribunal Constitucional Federal¹⁹².

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.*, p. 92.

¹⁸⁸ HESSE, Konrad. *op. cit.*, p. 160.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 161.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 162.

¹⁹¹ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 70.

¹⁹² PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares. *op. cit.*, p. 57-58.

No entanto, sob o marco jurídico da Lei Fundamental de Bonn, o tema das mutações constitucionais, a despeito do amplo reconhecimento, recebeu pouca atenção dos doutrinadores. Hesse advoga que essa falta de prestígio do tema entre os doutrinadores alemães a ele contemporâneos se dava em razão de características da Lei Fundamental e da própria evolução constitucional da República Federal por ela estabelecida¹⁹³.

Nesse contexto jurídico e doutrinário, Hesse traçou a sua contribuição para o aprofundamento crítico do debate acerca da teoria da mutação constitucional e para a identificação dos limites dessas mudanças a fim de se preservar a força normativa da Constituição, apresentando, conforme se observará a seguir, uma reflexão sobre a relação da Constituição com a realidade.

2.3 A força normativa da Constituição e os limites da mutação constitucional: a contribuição de Konrad Hesse

A contribuição de Hesse para o debate acerca da mutação constitucional se dá a partir do repasse crítico da obra dos autores alemães precursores no tema. A constatação de Hesse é de que as propostas anteriores não apresentavam, minimamente, parâmetros para aferir os limites para as mudanças constitucionais operadas por essa via.

Na proposição de Hesse, o fator temporal relacionado ao período que se faz necessário para que proceda a uma mutação constitucional é excluído de seu conceito. A razão básica para isso é o fato de não existir relação entre o tempo de entrada em vigor da Constituição com a ocorrência de mutações¹⁹⁴. O processo que pode levar à mutação não tem duração definida, o que torna prescindível e sem utilidade direta a utilização desse fator no conceito de mutação. O pouco tempo em vigor de uma Constituição não impede que haja mutações incidentes em curtos períodos.

Ainda acerca do contorno conceitual, outro fator excluído por Hesse é a relação da intenção e da consciência com o processo do qual resulta a mutação. É improvável que se deem mutações constitucionais de modo inteiramente inconsciente ou imperceptível. A atividade interpretativa demanda, notoriamente, um grau de consciência e de intenção que, por si, já torna a aferição da ausência de consciência ou de intenção inócua na identificação das mutações. A interpretação modificada não passa despercebida a um intérprete,

¹⁹³ HESSE, Konrad. *op. cit.*, p. 147-149.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 152.

minimamente, atento¹⁹⁵, conforme já explanado.

Diante disso, esses parâmetros dados pela teoria tradicional – tanto o aspecto temporal quanto a alegada ausência de intenção ou de consciência –, apesar de poderem ser encontrados em alguns casos concretos, não ofertam critérios capazes de definir e de delimitar a mutação constitucional.

Por isso, Hesse defende que essas teorias são passíveis de crítica e se mostram insuficientes, pois a ausência de limites claros¹⁹⁶ pode ensejar a invocação do fenômeno como meio de desvio das previsões constitucionais, o que vai de encontro à necessária força normativa da Constituição. Além disso, a inexistência de parâmetros para aferição desses limites impossibilita a distinção de atos constitucionais e inconstitucionais.

Diante disso, a reflexão crítica sobre a obra de Laband, Jellinek, Dau-Lin e Heller, especialmente acerca da relação entre “realidade” e “norma”, é sintetizada nos seguintes termos por Hesse:

A estrita separação entre ambas, nas teorias de Laband e G. Jellinek, conduz, paradoxalmente, não a um fortalecimento do normativo, e sim a uma capitulação diante da força dos fatos. Na tentativa de solução de Hsü-Dau-Lin, a realidade política se torna parte integrante da Constituição sob a forma das “necessidades vitais do Estado” através do “sentido” da Constituição e com base numa simplificadora interconexão, uma compreensão tão genérica e indiferenciada não chega a nenhum outro resultado. Onde, finalmente, o dualismo entre ser social e dever ser social é suavizado mediante a sua correlativa coordenação, como na posição de Heller, evita-se a capitulação, mas não se consegue uma nítida fundamentação e determinação de limites.¹⁹⁷

Para Hesse, “toda Constituição é Constituição no tempo”¹⁹⁸ e a norma constitucional não existe de forma autônoma em face da realidade, diante do que o conteúdo das normas deve ser capaz de acompanhar as modificações pelas quais passa a realidade social a que se dirigem. Essa força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser distinguidas. Contudo, elas não podem ser definitivamente separadas, nem confundidas.

Assim, a contradição entre lei e situação constitucional não deve, portanto, pressupor a confusão entre essas duas dimensões, pois a mutação atinge o conteúdo da norma constitucional, a qual mantém relação com o texto constitucional, e não o contexto fático em que a Constituição se insere e visa a regular. Em razão disso, Hesse parte de um conceito

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 153.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 164-165.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 165-166.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 13.

restrito de mutação constitucional, limitando-o a “modificações do conteúdo de normas constitucionais cujo texto não é modificado.”¹⁹⁹

Com isso, Hesse nega uma preponderância da realidade sobre o elemento normativo, tendo em vista que a mutação constitucional é compreendida como uma alteração do conteúdo inerente à própria norma constitucional e não um imperativo ou um desdobramento das circunstâncias fáticas que lhe são exteriores.

Como suporte teórico, Hesse, a fim de analisar a mutação constitucional e seus limites, recorre à teoria sobre a estrutura das normas constitucionais de Müller²⁰⁰, especificamente, aos conceitos de elementos integrantes da norma: “programa normativo”, a formação linguística ou textual da norma, e “âmbito normativo”, o elemento pressuposto factual, a fração da realidade integrante da norma, entendida por Hesse como o espaço que possibilita a alteração do conteúdo.

Dessa forma, o elemento da realidade é integrante do conceito normativo, propiciando-se teorizar a alteração no conteúdo da norma sem que se proceda à alteração correspondente no elemento textual. As mudanças experimentadas na realidade podem incidir no conteúdo da norma constitucional, se essas mudanças acontecerem no interior do âmbito normativo, que, por sua vez, é delimitado pelo programa normativo fixado no texto.

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo, se o “programa normativo” resulta determinante a esse respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto. A fixação desse marco é uma questão de interpretação, valendo também para ela o que se aplica a toda interpretação constitucional: onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma; assim, encerram-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso, também as possibilidades de uma mutação constitucional.²⁰¹

Com isso, se o texto constitucional é, de modo igual, vinculante para todos, conta-se com uma base comum de argumentação para todos, incluindo-se os governantes. Ao eleger o texto como limite das mutações constitucionais, Hesse reafirma a função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder que assume a Constituição, uma vez que, em uma sociedade plural, a Constituição escrita constitui-se em uma ordem para todos, para os que detêm o exercício do poder, mas também para aqueles que se opõem aos grupos dominantes.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 153-154.

²⁰⁰ MÜLLER, Friedrich. *op. cit.*, p. 192-221.

²⁰¹ HESSE, Konrad. *op. cit.*, p. 168.

Embora Hesse tenha admitido que essa concepção ainda precisa de maior desenvolvimento e que não anula os dissensos interpretativos²⁰², ela possibilita uma redução da discricionariedade na invocação de mutações constitucionais, pois evidenciar a alteração do âmbito normativo de uma norma constitucional exige maior consistência argumentativa do que “a invocação genérica ‘da força normativa do fático’ ou das ‘necessidades vitais do Estado’.”²⁰³

Ainda que essa garantia não seja absoluta, a vinculação da mutação constitucional aos limites do texto da norma dá meios para que se preserve e se fomente a força normativa da Constituição, dificultando, ou mesmo impedindo, que as mutações se configurem, pela ausência total de limites, em superação da norma por simples fatos consumados, em detrimento da estrutura das normas constitucionais e das possibilidades de interpretação de seus textos.

²⁰² Essa ressalva é feita por Hesse nos seguintes termos: “Verdade é que, em alguns aspectos, necessita ainda ser desenvolvida em busca de parâmetros concretos, comprováveis e manejáveis na prática. Tampouco cabe afastar a possibilidade de diferenças de apreciação, especialmente na análise do âmbito normativo.” *Ibidem*, p. 168.

²⁰³ *Ibidem*, p. 153-154.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA MODERNIDADE PERIFÉRICA: ENTRE A EFETIVIDADE E O SIMBOLISMO

A análise de mutações constitucionais em países periféricos levanta debates críticos acerca de questões doutrinárias e jurisprudenciais. A recepção acrítica de conceitos ligados a contextos históricos, econômicos, jurídicos e sociais absolutamente díspares da realidade hodierna pode ser encontrada na obra de muitos autores brasileiros. Ainda se recorre a ideias desenvolvidas na passagem do final do século XIX para o século XX, período em que o controle de constitucionalidade não existia nas configurações em que se conhece hoje e, quando muito, soava como uma excentricidade.

Contudo, nota-se também uma linha doutrinária que se põe resistente à maneira como a teoria da mutação constitucional foi incorporada ao debate jurídico brasileiro pela doutrina e, por extensão, crítica à atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em ocasiões as quais, claramente, podem fazer com que casos de mutação constitucional levem o Poder Judiciário a ultrapassar as funções que lhe foram dadas dentro do quadro do Estado Democrático de Direito pela Constituição.

Considerados os problemas de ordem doutrinária e jurisprudencial, as assimetrias de um país incrustado na modernidade periférica fazem que a atuação de seus tribunais, especialmente da Suprema Corte, seja constantemente investigada a fim de se atestar congruências e incongruências diante da Constituição.

Nesse âmbito, o presente capítulo visa a aferir se as mutações constitucionais realizadas por via de interpretação pelo Supremo Tribunal Federal resultam em efetividade ou em simbolismo e, conseqüentemente, se essa prática jurídico-constitucional emprega “racionalidade jurídica” ou assume sentido “político-ideológico”.

3.1 A recepção acrítica da teoria da mutação constitucional na doutrina brasileira

A percepção predominante acerca das mutações constitucionais ainda reverbera noções oriundas de contextos históricos em que o conceito foi criado e desenvolvido, as quais conduzem à concordância de que as condições fáticas e as forças sociais prevalecem sobre as disposições constitucionais.

Constata-se, muitas vezes, a influência direta e indireta de autores alemães. Todavia, os contextos histórico e jurídico-institucional das construções teóricas contemporâneas às Constituições alemãs de 1871 e de 1919 guardam profundas disparidades ao encontrado no

Brasil com o advento da Constituição de 1988, a exemplo das características relacionadas à existência do controle de constitucionalidade.

No Brasil, com o processo de redemocratização e a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os estudos específicos e sistematizados acerca das mutações constitucionais tornaram-se mais frequentes. No entanto, o tema ainda se mostra envolto em acentuadas controvérsias, sinalizando para múltiplos caminhos pelos quais as abordagens podem ser desenvolvidas.

Assim, a compreensão do problema que envolve as mutações constitucionais em países periféricos como o Brasil passa pela necessária reflexão acerca da produção científica acerca do tema. Diante disso, o esforço feito neste tópico visa a traçar um panorama – por óbvio, não exaustivo – que possa demonstrar como a abordagem do tema, por parte da doutrina, ainda é deficitária na identificação dos contornos da mutação constitucional, dos seus limites e, principalmente, dos seus efeitos diante da Constituição.

Em razão da existência de inúmeras publicações brasileiras sobre o tema, a fim de comentar a recepção da teoria da mutação constitucional no Brasil, optou-se, neste estudo, por destacar a obra dos seguintes autores: Anna Candida da Cunha Ferraz, por ser pioneira no tratamento do tema, ainda em período anterior à Constituição de 1988; Uadi Lammêgo Bulos, por publicar, já sob a égide da atual Constituição, obra que proporciona uma visão panorâmica do problema, e Luís Roberto Barroso, por abordar o tema em momento posterior ao de Ferraz e Bulos e por ter atuado – seja como advogado, seja, mais recentemente, como Ministro do Supremo Tribunal Federal – em vários casos em que se reputa ocorrer mutação constitucional. Logo, serão expostas as principais ideias desses autores a fim de, posteriormente, pontuá-las de modo crítico.

Em linhas gerais, a contribuição de Anna Cândida da Cunha Ferraz²⁰⁴ parte da declaração da insuficiência dos mecanismos formais para a adaptação da Constituição às transformações sociais. Assim, além das reformas constitucionais, as Constituições rígidas se modificam, assumindo novos significados novos, sentidos e renovado alcance, por meio de processos informais de mudança constitucional.

²⁰⁴ O livro de Ferraz é fruto de sua tese de doutorado defendida em 1986, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, portanto, sob a vigência anterior à Constituição de 1988, mas a obra continua sendo citada como fundamento teórico em decisões do Supremo Tribunal Federal. Em 2015, a obra foi colocada novamente à disposição do público em reimpressão que manteve, integralmente, o texto original de 1986. Cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2. ed. Osasco: Edifício, 2015.

Ademais, a autora estabelece que as mudanças operadas por meio desses processos não formais podem ser de duas espécies: as mutações constitucionais, as quais, sendo juridicamente admissíveis e compatíveis, concebem “alterações no significado, sentido e alcance da norma constitucional, sem ferir a letra ou o espírito da Constituição”²⁰⁵, fundando-se no exercício do poder constituinte difuso, e as mutações inconstitucionais, as quais, a despeito de serem inadmissíveis pela Constituição, são identificadas na prática constitucional em razão de vários fatores, dentre os quais, destaca a autora, ausência ou ineficácia do controle de constitucionalidade²⁰⁶.

Ainda segundo a autora, as mutações constitucionais figuram, na abordagem da doutrina, constantemente, em duas espécies: a interpretação constitucional, em diversas modalidades, e os usos e costumes constitucionais. Consoante Ferraz, a interpretação que enseja mudanças constitucionais pode se dar por via legislativa, judicial e administrativa, em circunstâncias em que, para aplicar a norma constitucional, almeja-se compatibilizá-la com a realidade concreta e presente em uma sociedade em contínua evolução. Já os costumes constitucionais, como modalidade de mutação constitucional, têm sua importância reconhecida pela autora, uma vez que preenchem lacunas constitucionais e dão aplicação a normas de conteúdo restrito ou indefinido.²⁰⁷

Ao apresentar essas categorias, a autora admite e prestigia a ocorrência de mutações constitucionais – tanto as provocadas pela interpretação constitucional, quanto as deflagradas pelos costumes – quando se dá dentro dos limites impostos por uma Constituição rígida, pois, assim, “permitem que se supere o distanciamento entre a Lei Maior e a realidade nacional, possibilitando, sem deturpações e violências, lenta adaptação do texto constitucional às novas exigências de uma sociedade em constante evolução.”²⁰⁸

Consoante Ferraz, as mutações inconstitucionais também são classificadas de modo bifurcado²⁰⁹: as mutações inconstitucionais claramente perceptíveis, por contrariarem, de modo manifesto e inequívoco, a Constituição, e as mutações que contrariam a Constituição de modo pouco perceptível, as quais podem advir de processos de mutação inconstitucional rotulados de anômalos, como a inércia e o desuso no plano constitucional, e de mudança tácita da Constituição.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 253.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 254.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 254.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 255.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 254.

Diante das mutações manifestadamente inconstitucionais, Ferraz defende a busca por meios eficazes de controle: políticos, revigorando e fortalecendo a opinião pública, os órgãos de representação popular, os partidos políticos, e jurisdicional, expandindo o controle de constitucionalidade, a aplicação das garantias constitucionais e fortalecendo o Poder Judiciário²¹⁰.

Além dessas considerações, Ferraz fez algumas proposições específicas voltadas à realidade constitucional brasileira da época, as quais, com a redemocratização, têm aplicação limitada às particularidades apresentadas pela nova Constituição promulgada em 1988²¹¹, o que não tem impedido de a obra servir, como já exposto, como fundamento teórico para interpretações constitucionais no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Depois da promulgação da Constituição de 1988, intensificaram-se as publicações sobre o fenômeno da mutação constitucional. Em 1997, Bulos²¹², com a finalidade precípua de expor, panoramicamente, os pontos fundamentais acerca do problema, parte da consideração de que não se pode conceber uma Constituição imodificável, diante da realidade social cambiante em perene evolução, com demandas, necessidades e situações novas.

Diante disso, Bulos busca compreender as Constituições, metaforicamente, como “organismos vivos, em íntimo vínculo dialético com o meio circundante, com as forças presentes na sociedade, como as crenças, as convicções, as aspirações e os anseios populares, a economia, a burocracia etc.”²¹³ Para o autor, isso exige que, no ato de criação da Constituição, seja também papel do constituinte antever modificações, exigindo-se que se confira elasticidade às normas, o que abre a Constituição para a recepção de fatos novos, advindos depois do seu ato criador.

Nesses termos, a ordem jurídica, em razão de sua índole dinâmica e prospectiva, favorece o redimensionamento da realidade normativa, o que, nas Constituições, teria como uma de suas expressões a mutação constitucional, dando novos significados, expressando uma

²¹⁰ *Ibidem*, p. 255.

²¹¹ Na introdução da reedição, a autora expõe várias peculiaridades da nova Constituição: “os limites ao Poder Constituinte Reformador pelas cláusulas chamadas pétreas, contidas no artigo 60, §4º, a ampliação da jurisdição constitucional, com a introdução plena do chamado modelo de jurisdição concentrada que absorveu inúmeras inovações portadas ao modelo kelseniano nas constituições europeias, especialmente na Constituição da Alemanha.” *Cf. Ibidem*, p. 2.

²¹² Sob o contexto jurídico da Constituição atual, Bulos dispõe, em seis capítulos, o tema das mutações, abordando os elementos de pré-compreensão da matéria, a elaboração e a reforma das Constituições, a existência e a constatação das mutações constitucionais, a mutação por interpretação constitucional, a mutação por construção constitucional e a mutação pelas práticas constitucionais. *Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva: 1997.

²¹³ *Ibidem*, p. 3.

temporalidade a ela peculiar, em um constante movimento de renovar-se, refazer-se de soluções.

Apesar da impossibilidade de enumerar o rol de hipóteses de mutação constitucional, o autor defende que é possível elaborar generalizações derivadas da experiência constitucional. Procurando tornar didática a compreensão das categorias de mutação constitucional, o autor, mediante dados concretos advindos da “experiência vivida pelas constituições”²¹⁴ as agrupa em quatro modalidades: a) as mutações constitucionais operadas em virtude da interpretação constitucional, nas suas diversas modalidades e métodos; b) as mutações decorrentes das práticas constitucionais; c) as mutações constitucionais por intermédio de construção judicial; e d) as mutações constitucionais que contrariam a Constituição, ou seja, as mutações inconstitucionais.

Acerca dos limites da mutação constitucional, Bulos advoga pela impossibilidade²¹⁵ de estabelecê-los. A justificativa dada pelo autor está no fato de a mutação constitucional, essencialmente, ser resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente suscetível de explicação, a qual se diversificam conforme os acontecimentos advindos do fato social cambiante.

Em consonância com essa afirmação, Bulos julga ser a mutação constitucional um modo de aprimorar a Constituição, sem deturpar a sua juridicidade, atuando em “casos-limites”²¹⁶, nos quais se almeja “adequar dispositivos supremos à realidade social cambiante, sem extrapolar, contudo, os parâmetros do controle de constitucionalidade das leis”²¹⁷.

Ademais, as mutações constitucionais podem ser provocadas por todos os métodos de interpretação, conferindo aos dispositivos da Constituição sentidos novos, conteúdos antes não ressaltados, o que possibilita o acontecimento de modificações não operadas na letra da Constituição.

Acerca da interpretação como via de mutação constitucional, Bulos defende que os órgãos do Estado também desenvolvem a interpretação da Constituição quando realizam a tarefa de aplicar preceitos ou normas constitucionais, com a finalidade de imprimir-lhes uma atuação efetiva. Diante disso, ao aplicar preceitos ou normas constitucionais, esses órgãos realizam o desdobramento quanto ao sentido, à amplitude e ao conteúdo. Nesse contexto, o

²¹⁴ *Ibidem*, p. 197.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 197.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 198.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 198.

autor advoga ser melhor o texto que possibilite modificações na estrutura social, viabilizando “acoplá-lo à realidade circundante, sem modificações da mecânica política do Estado.”²¹⁸ Desse modo, qualquer forma de expressão do ato interpretativo consiste em um recurso importante e eficiente para ajustar “os dispositivos supremos do Estado às necessidades emergentes do cotidiano.”²¹⁹

Contudo, caso esse expediente interpretativo desvirtue “a letra das normas que embasam a Constituição”²²⁰, rompendo a juridicidade dos princípios informadores da ordem constituída, têm-se mutações inconstitucionais, que, por assolarem preceitos constitucionais, obra de um poder incondicionado, terá reflexos em todo ordenamento jurídico, com efeitos que variam em grau e profundidade.

Em muitas circunstâncias, Bulos defende que as mutações constitucionais são melhores vias para promover mudanças necessárias do que os processos formais de alteração mediante reformas constitucionais – seja por emendas, seja por revisão –, as quais julga, frequentemente, serem despropositadas e sem previsibilidade técnica, sem visão de futuro²²¹.

Além de destacar reiteradas vezes a necessidade de adaptar a Constituição à realidade da vida, o autor defende a importância dos tribunais, ao operarem mutações constitucionais, promoverem mudanças substanciais no sentido, alcance e no conteúdo dos seus preceptivos, por meio das quais, no âmbito do Poder Judiciário, busca-se “suprir as deficiências ou imperfeições detectadas na Constituição.”²²²

Em publicação mais recente do que a de Ferraz e de Bulos, Barroso²²³ aborda o tema das mutações constitucionais, destacando aspectos como o conceito, o fundamento, os limites, os mecanismos de atuação, a interpretação como instrumento de mutação constitucional, a mutação constitucional pela atuação do legislador e por via de costume e a reflexão acerca do paralelo entre mudança na percepção do direito e mudança na realidade de fato.

Ao conceituar a mutação constitucional, Barroso destaca que a alteração por via informal, como mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance das normas

²¹⁸ *Ibidem*, p. 198.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 198.

²²⁰ *Ibidem*, p. 198.

²²¹ *Ibidem*, p. 198.

²²² *Ibidem*, p. 199.

²²³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

da Constituição, sem qualquer modificação no texto, está ligada à plasticidade²²⁴ peculiar de inúmeras normas constitucionais.

Além disso, segundo Barroso, as mutações constitucionais, conferindo novo sentido ou alcance do mandamento constitucional, podem resultar de uma mudança na realidade fática ou de uma nova compreensão do Direito, “uma releitura do que deve ser ético ou justo.”²²⁵ Conforme essa concepção, a legitimidade da mutação está condicionada à existência de um “lastro democrático”²²⁶. Assim, a mutação constitucional deve atender a uma demanda social efetiva da coletividade, respaldando-se a mutação pela soberania popular. Contudo, nos limites do texto consultado, o autor não consegue explicar como se pode atribuir “lastro democrático” aos procedimentos de mutações constitucionais realizadas pelo Poder Judiciário.

Depois de digressão feita acerca do condicionamento recíproco entre norma e realidade, o autor afirma que, com as mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das modificações da realidade fática. É no ponto de equilíbrio entre a rigidez da Constituição e a plasticidade de suas normas que o autor aloca a legitimidade da mutação constitucional. Desse modo, seja por meio da interpretação realizada por órgãos oficiais, seja por intermédio de costumes ou práticas socialmente aceitas, as mutações constitucionais devem buscar manter a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica e, ao mesmo tempo, adaptar a Constituição a novos tempos e novas demandas²²⁷.

A despeito de admitir a mutação constitucional como terceira via do poder constituinte, a qual figura, de modo permanente, como mecanismo informal não previsto, mas admitido pela Constituição, Barroso aponta dois limites da mutação constitucional: as possibilidades semânticas do relato da norma, isto é, os sentidos possíveis do texto interpretado ou afetado, e a conservação dos princípios fundamentais que dão identidade à Constituição.²²⁸

Diante disso, essa terceira via do poder constituinte – nos termos de Barroso –, caso não logre êxito, deve-se recorrer ou ao poder constituinte reformador, se o sentido novo que se deseja atribuir não couber no texto, ou ao poder constituinte originário, na hipótese de a

²²⁴ *Ibidem*, p. 146.

²²⁵ *Ibidem*, p. 148-149.

²²⁶ *Ibidem*, p. 149.

²²⁷ *Ibidem*, p. 150.

²²⁸ *Ibidem*, p. 150.

mutação não couber nos princípios fundamentais.²²⁹ Dessa ideia, extrai-se o fato de o autor dar precedência à mutação constitucional em detrimento da própria expressão do poder reformador estabelecido nos termos constitucionais.

Ademais, por via de consequência, o autor admite a ocorrência de mutações inconstitucionais, as quais, em um contexto de normalidade institucional, devem ser rejeitadas pelos Poderes e pela sociedade.²³⁰

Acerca dos mecanismos de atuação, o autor afirma que as mutações constitucionais podem decorrer de ações estatais, mediante a interpretação constitucional, levada a efeito, normalmente, por órgãos e agentes públicos, ou de comportamentos sociais, por meio do costume constitucional, práticas reiteradas, socialmente aceitas e observadas por cidadãos e agentes públicos, que edificam padrões de conduta que se passa a ter validade ou, até mesmo, obrigatoriedade.²³¹

Conquanto a interpretação constitucional realizada pelo Poder Judiciário tenha maior primazia, prevalecendo em situações de controvérsia, o Poder Legislativo e o Poder Executivo precisam interpretar a Constituição na rotina do exercício de suas funções, em razão disso, Barroso dispõe os mecanismos de mutação constitucional de modo a sistematizá-los em interpretação judicial e administrativa, decorrentes da necessidade de aplicação do direito, em atuação do legislador, o qual se incumbe da criação do direito positivo, e dos costumes²³².

Seguindo a classificação de Barroso, os costumes, muitas vezes, exercem um papel atualizador do texto constitucional, diante de situações não expressas, trazendo, em si, “a interpretação informal da Constituição”²³³, não obstante admita que a existência de costumes constitucionais em países de Constituição escrita e rígida não seja pacífica.

Sobre a interpretação constitucional, Barroso assegura que a determinação do sentido e alcance de uma norma constante da Constituição, com vistas à sua aplicação, ao dar vazão à atividade criativa do intérprete pode se expressar em, pelo menos, três categorias: a interpretação construtiva, a interpretação evolutiva e a mutação constitucional.

Na interpretação construtiva²³⁴, a norma atinge situação que poderia ter sido prevista

²²⁹ *Ibidem*, p. 151.

²³⁰ *Ibidem*, p. 151.

²³¹ *Ibidem*, p. 151.

²³² *Ibidem*, p. 151.

²³³ *Ibidem*, p. 157.

²³⁴ *Ibidem*, p. 152.

originariamente na Constituição, mas não foi, fazendo-se criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência, ampliando o sentido ou a extensão constitucional.

Na interpretação evolutiva, a situação examinada não poderia ter sido prevista originariamente, “mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento”²³⁵, em virtude de se enquadrarem notoriamente “no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional.”²³⁶

Essas duas categorias de interpretação, consoante assevera Barroso, diferem da mutação constitucional por via de interpretação judicial²³⁷, a qual consiste na alteração de sentido normativo, em contraste com entendimento preexistente. O autor, portanto, indica que a mutação é fenômeno mais profundo do que a simples mudança jurisprudencial. O exemplo dado é o de que o Supremo Tribunal Federal, ao atribuir sentido diverso ao fixado anteriormente à específica norma constitucional, realiza mutação motivado pela alteração da realidade social ou pela nova percepção do Direito.

No plano da atuação do legislador, a mutação constitucional, por seu turno, ocorrerá quando, mediante ato normativo primário, objetiva-se alterar a interpretação que tenha sido estabelecida a alguma norma constitucional. Dando ensejo a norma a mais de uma leitura possível, o legislador faz a opção por uma delas, realizando, a par de seu papel, escolhas políticas²³⁸.

Em síntese, na perspectiva de Barroso, a visão do intérprete e a realidade subjacente são decisivas no processo interpretativo que culmina em mutações constitucionais. Então, uma nova percepção do Direito pode resultar em uma mutação constitucional quando os valores de determinada sociedade se modificam: “A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo”²³⁹. O impacto das modificações da realidade sobre o sentido, o alcance e a validade de uma norma também dão ensejo à mutação constitucional: “O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa.”²⁴⁰

Submetida a uma avaliação crítica, verifica-se que essa parcela da doutrina nacional funda seu entendimento em elementos acolhidos de diferentes fases dos estudos de mutação constitucional da doutrina alemã: as muitas alusões à natureza fática dos processos difusos de

²³⁵ *Ibidem*, p. 153.

²³⁶ *Ibidem*, p. 153.

²³⁷ *Ibidem*, p. 153.

²³⁸ *Ibidem*, p. 155.

²³⁹ *Ibidem*, p. 159.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 160.

modificação constitucional; a natureza espontânea, imperceptível e imponderável dos processos de mutação constitucional, consoante doutrina de Jellinek; a compreensão do fenômeno a partir de possíveis descompassos entre a realidade e as normas constitucionais, causados por mudanças sociais.

Além disso, a consideração de que o fenômeno da mutação constitucional não encontra limites e a aquiescência de que as mutações inconstitucionais podem perdurar, apesar da afronta à Constituição também reverberam teorias criadas sob a égide das Constituições alemãs de 1871 e de 1919, em completa desatenção às disparidades profundas entre as circunstâncias históricas em que vigeram essas Constituições em relação ao atual período por qual passa o Brasil com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988.

Não se trata, pois, apenas de importação de conceitos e de teorias que se dão sincronicamente. O problema não se dá apenas no intercâmbio de construções teóricas entre países contemporâneos da modernidade central e da modernidade periférica. O estudo do fenômeno da mutação constitucional hoje deve considerar, em grande medida, o anacronismo com o qual parte da doutrina nacional o trata.

Nesse sentido, desconsidera-se, em grande medida, inclusive, o nível de desenvolvimento alcançado pelo Direito Constitucional no pós-Segunda Guerra Mundial. Basta afirmar que a seara jurídico-institucional evolui sobremaneira em relação aos mecanismos de controle de constitucionalidade, o que, no Brasil, inclui o sistema misto regido pela Constituição de 1988.

Diante disso, outra parte das produções científicas se centra em demonstrar o perigo de uma jurisdição constitucional de um país de modernidade tardia como o Brasil em que se multiplicam os casos nos quais a Suprema Corte atua como protagonista em temas reservados ao âmbito da democracia representativa, fazendo irromper questionamentos acerca da legitimidade e da limitação dos poderes judiciais no processo de interpretação da Constituição.

3.2 A postura crítica à noção de mutação constitucional na jurisdição constitucional brasileira

Como ponto de partida da postura crítica à noção de mutação constitucional, constata-se a incapacidade de o paradigma do positivismo legalista da Escola Alemã de Direito Público

em efetuar uma análise normativa da mutação constitucional e da influência da realidade sobre o Direito. A observação crítica da origem da tese da mutação constitucional se embasa na identificação dessa crise de paradigma²⁴¹. Entre outras razões, inclui-se o fato de que uma análise meramente empírico-descritiva não se faz suficiente para a abordagem da mutação constitucional sob o contexto da jurisdição constitucional hodierna.

Assim, na doutrina brasileira, em um contraponto crítico, registra-se a oposição à forma com que a tese da mutação constitucional foi inserida no debate jurídico do Brasil, apontando, inclusive, incongruências na observação de casos da jurisdição constitucional. Nesse sentido, destacam-se Streck, Lima e Oliveira²⁴², ao analisarem a mutação como um grave problema hermenêutico e os limites da legitimidade da jurisdição constitucional.

Com efeito, as críticas se sustentam na observação de que o conceito de mutação constitucional está, constantemente, sendo associado à compreensão do fenômeno como forma de saneamento do suposto hiato²⁴³ existente entre o texto da Constituição e as condições fáticas as quais circundam o ambiente de sua aplicação, o que, por seu turno, ensinaria uma “jurisprudência corretiva”, capaz de promover a atualização da Constituição e de proporcionar o seu rejuvenescimento e a correção de suas imperfeições. No entanto, essa tese, levada ao seu extremo, pode servir como fundamento a “uma concepção decisionista da jurisdição” e levar à “compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes”²⁴⁴.

Como exemplo dessa realidade, os autores se reportam à invocação da tese da mutação constitucional na análise da Reclamação 4335-5/AC no Supremo Tribunal Federal²⁴⁵. No contexto desse caso, converteu-se em foco do debate entre os ministros a possibilidade de se conferir eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade realizada em sede de controle difuso de constitucionalidade, sem que, como estabelece o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988²⁴⁶, existisse a concorrência do Senado Federal.

Analisados os argumentos do relator, Ministro Gilmar Mendes, extrai-se do voto que

²⁴¹ OLIVEIRA, Marcelo Cattoni; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.*, p. 92.

²⁴² Os referidos autores, partindo da análise da Reclamação 4335-5/AC no Supremo Tribunal Federal, abordam o problema do controle de constitucionalidade no Brasil e a correlação com o poder constituinte, o equilíbrio entre os Poderes da República e o sistema federativo. *Cf. Ibidem*, p. 91.

²⁴³ *Ibidem*, p. 91.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 93.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 71.

²⁴⁶ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

conheceu da reclamação e que a julgou como procedente o argumento central de que a Constituição da República de 1988 e a consequente evolução legislativa e jurisprudencial operaram uma aproximação expressiva dos institutos de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, de sorte que não se registraria mais motivo para diferenciar os efeitos das decisões decorrentes do exercício de cada uma dessas formas de controle de constitucionalidade.

Nesse ponto, o Ministro Relator defende que, em razão da mutação constitucional relacionada ao art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, não se precisaria da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal para a eficácia da declaração de inconstitucionalidade dada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental de constitucionalidade.

Desse modo, o Ministro cogita, citando as obras de Jellinek e Ferraz acerca da mutação constitucional, haver “uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*”²⁴⁷. Com isso, diante da evocação da tese da mutação constitucional feita pelo Ministro Gilmar Mendes, a resolução do Senado Federal nesse âmbito teria o efeito de conferir mera publicidade ao que for decidido pela Suprema Corte.

Nesse ponto, a abordagem crítica de Streck, Lima e Oliveira demonstra que o argumento exarado no voto do Ministro Gilmar Mendes, ao conferir ao Senado Federal apenas a tarefa de tornar público entendimento do Supremo Tribunal Federal, retira do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes eleitos pelo povo, o que, de fato, não foi sequer aventado pela Constituição da República de 1988²⁴⁸. Com efeito, no controle difuso, o modelo de participação democrática, de forma indireta, é dado por atribuição constitucional ao Senado Federal.

Acompanhando o Ministro Relator, o Ministro Eros Grau, em seu voto-vista, afirma que o Ministro Gilmar Mendes não se limitou a interpretar o texto constitucional e, partindo dele, produzir uma norma correspondente. Segundo o voto-vista, a própria substituição do

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Reclamação n. 4.335-5/AC. Odilon Antônio da Silva Lopes e outros vs. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes. 20/03/2014, p. 53.

²⁴⁸ OLIVEIRA, Marcelo Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.*, p. 78-79.

texto normativo foi o que se procedeu no caso: o texto do art. 52, inciso X, da Constituição considerado obsoleto foi cambiado por um novo texto²⁴⁹. Assim, para o Ministro Eros Grau, o novo texto decorrente do processo de mutação constitucional no caso é plenamente compatível ao espaço semântico constitucional²⁵⁰, de maneira que não apresenta oposição quando confrontado com a integralidade dos textos da Constituição.

Com a síntese dos argumentos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, pode-se demonstrar o perigo de a tese da mutação constitucional redundar na franca extrapolação, pelo Poder Judiciário, das funções que lhe competem no interior do Estado Democrático de Direito. Consoante as críticas de Streck, Lima e Oliveira, “a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da Constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente”²⁵¹ que se pode encontrar nas funções da jurisdição não deve ser confundida com aquela de criar normas genéricas e abstratas, com pretensão de universalidade própria dos órgãos legislativos, muito menos de corrigir a Constituição.

Ao avançar sobre os limites do que está textualmente posto no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal exerce uma competência que foi reservada pelo constituinte originário ao poder constituinte derivado. Com isso, alerta-se para o perigo da confusão da função jurisdicional com o exercício do poder constituinte derivado, que, em vez de reforçar a normatividade da Constituição, de modo paradoxal, concorre para subvertê-la.

Diante desse crítico panorama, a predominância do entendimento da mutação constitucional nesses termos pode redundar na debilidade do Estado Democrático de Direito como paradigma constitucional. Em uma democracia, mudar a Constituição não é o papel legítimo do Poder Judiciário. Nessa direção, a defesa de que não cabe ao processo histórico destinar ao Poder Judiciário a incumbência de modificar, por mutação ou ultrapassagem, a Constituição Federal é posta por Streck, Lima e Oliveira nos seguintes termos:

O direito – compreendido no interior dessa ruptura paradigmática – não pode ser entendido como espaço de livre atribuição de sentido; essa questão assume especial relevância quando se trata do texto constitucional. Ou seja, em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário. E, com isso, soçobra a democracia.²⁵²

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 94.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 96.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 93.

²⁵² *Ibidem*, p. 90-91.

Com esse caso, demonstra-se que não cabe ao Supremo Tribunal Federal a função de “corrigir” a Constituição, o que, para os autores, conferiria a ele as atribuições de um poder constituinte permanente e ilegítimo. Ademais, as tarefas constituídas não podem ser confundidas com aquelas constituintes, tendo em vista que, se as decisões do Supremo Tribunal Federal incorrem em desacerto sobre a diferença dessas atividades, a própria “teoria da democracia moderna a que se filia a Constituição da República”²⁵³ sofreria grave inversão de pressupostos.

Outrossim, mesmo quando das mutações constitucionais resultam em reconhecimento de assuntos que são caros a grupos minoritários, como as uniões homoafetivas, há o registro crítico que demonstra a conexão entre os ativismos judiciais e os perigos da instauração do que Streck, Barretto e Oliveira denominam de “terceiro turno da constituinte”²⁵⁴.

Consoante os autores, embora fundada em boas intenções, a medida proveniente da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 178 que visa a regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo, via jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, representa “grave risco democrático, pois transformaria a jurisdição constitucional em verdadeiro poder constituinte permanente”²⁵⁵.

Desse modo, os autores partem da crítica ao ativismo judicial como forma de resolver problemas políticos e sociais atinentes a uma sociedade em constante evolução para os quais “os meios políticos de decisão (mormente o legislativo) não conseguem acompanhar”²⁵⁶, pois, ao deslocar para o Judiciário essas questões, fragiliza-se a produção democrática do direito.

Desse modo, é central, nesse exame crítico, que, em uma democracia representativa, é papel do Legislativo emendar a Constituição, pois a filtragem hermenêutico-constitucional e o controle *stricto sensu* de constitucionalidade efetuados pelo Poder Judiciário não resultam em se admitir decisões “legiferantes”. Diante disso, os autores passam a defender a força normativa da Constituição e a preservação dos mecanismos democráticos de alteração do texto constitucional contra as preferências individuais:

[...] não cabe ao Poder Judiciário “colmatar lacunas” (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando

²⁵³ *Ibidem*, p. 99.

²⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; BARRETTO, Vicente de Paulo. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), v. 1, p. 75-83, 2009.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 75.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 77.

a que o Judiciário “crie” uma Constituição “paralela” (uma verdadeira “Constituição do B”), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que “indevidamente” – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte.²⁵⁷

Não se trata de ser contrário ou favorável à proteção dos direitos pessoas e patrimoniais dos homossexuais²⁵⁸ – em tempo, a concessão desse direito fomenta a inclusão social, ideal do qual se partilha neste trabalho como um dos pressupostos necessários para o fortalecimento da Constituição –, mas sim do risco de intervenções dessa monta pelo Judiciário o fazerem substituir o Legislativo. Isso porque questões revestidas de tanta importância como essa necessitam de uma ampla discussão, a qual deve envolver todos os segmentos da sociedade, cujo âmbito adequado se insere em espaço demarcado pelos meios democráticos de decisão.

Sob a alegação de que o texto constitucional é o limite que não pode ser superado, as objeções apontam para o fato de que o rompimento com o texto da Constituição, por excesso do Poder Judiciário, o direciona para além dos limites hermenêuticos²⁵⁹ que o transformar em legislador/constituinte. O mínimo de objetividade que o direito possui está relacionado ao texto: “Sem texto não há normas; não há normas sem textos.”²⁶⁰

Com isso, não se está propugnando um tipo de interpretacionismo em que haja uma “exegese de estrita literalidade”²⁶¹. Todavia, os limites semânticos do texto constitucional devem ser, minimamente, respeitados, uma vez que o sentido não pode estar em absoluta disposição do intérprete para alterar a Constituição por intermédio de ativismos judiciais. Esses meios, por via de consequência, podem transfigurar a jurisdição constitucional em poder constituinte permanente, exposto a erupções episódicas de paixões e desejos momentâneos²⁶² à revelia do que foi posto no momento de sobriedade política da feitura da Constituição.

Esse estado de coisas, em muito, favorece uma atuação simbólica do Supremo Tribunal Federal, conferindo sentido político-ideológico às mutações constitucionais. Como Suprema Corte de um país na modernidade periférica, os problemas relacionados ao

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 81.

²⁵⁸ A fim de retirar qualquer interpretação que, sob equívoco, os declarem contra esses direitos, os autores afirmam: “Aliás, se for para enveredar por esse tipo de discussão, advertimos desde já que somos absolutamente a favor da regulamentação de tais direitos, desde que efetuados pela via correta, que é a do processo legislativo previsto pela Constituição Federal”. *Ibidem*, p. 79.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 81.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 82.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 83.

²⁶² *Ibidem*, p. 76.

simbolismo próprio da experiência constitucional, quando enfocados na prática jurídica, demonstram peculiaridades sintomáticas de um constitucionalismo ainda frágil e vulnerável a injunções externas.

3.3 O sentido político-ideológica da mutação constitucional na modernidade periférica

Na modernidade, em uma perspectiva luhmanniana, a função do direito está na eficiência seletiva, em uma relação ininterrupta com a sociedade²⁶³. Assim, essa evolução do direito decorrerá, sobremaneira, de como o próprio direito reagirá às alterações da sociedade com o decurso do tempo.

Nesse viés, a jurisdição constitucional é absolutamente necessária para concretizar os direitos previstos na Constituição em coerência com essa eficiência seletiva. Em razão disso, cada vez mais, o papel de construção e reconstrução constitucional efetivado por tribunais constitucionais em países periféricos pode gerar efeitos simbólicos diante das mudanças operadas no sentido normativo da Constituição.

Admitido o processo de mutação em razão de modificações do significado constitucional atribuído no momento da concretização da norma constitucional, o Judiciário, ao aplicar a Constituição Federal, para dirimir um conflito concreto, interpreta o dispositivo constitucional, o que – caso configurada a alteração da norma constitucional –, em termos sistêmicos, denota que a evolução é concebida segundo nova comunicação, cujo conteúdo não significaria, necessariamente, algo positivo²⁶⁴. Soma-se a isso o fato de esse processo de alteração ser motivado por interesses, expectativas e valores envolvidos no instante da interpretação-aplicação da norma.

Ao se aferir se as mutações constitucionais realizadas por via de interpretação pelos tribunais constitucionais em países periféricos resultam em efetividade ou em simbolismo, constata-se, muitas vezes, a atuação simbólica desses tribunais em que a busca principal não é a efetividade dos “valores normativos” da Constituição.

No plano teórico, as acepções do vocábulo simbólico são múltiplas. Em coerência com o conceito desenvolvido por Neves, caracteriza-se como atuação simbólica de tribunais constitucionais aquela que se materializa pela atuação jurisdicional em que prevalece o significado político-ideológico em desabono da concretização normativo-jurídica.

²⁶³ LUHMANN, Niklas. *op. cit.* p. 165- 218.

²⁶⁴ LIMA, Fernando Rister de Sousa. Excesso de autorreferência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. **Revista Direito GV**, v. 12, p. 691-717, 2016, p. 701.

Essa constatação decorre de uma mudança de paradigma, tendo em vista que, no plano bibliográfico já exposto, os conceitos de simbolismo e de efetividade derivados da obra de Neves foram analisados sob o âmbito do simbolismo da Constituição Federal²⁶⁵, enquanto a análise das mutações constitucionais resultantes da interpretação judicial em países periféricos desloca a pesquisa para a prática jurídico-constitucional dos tribunais constitucionais.

Logo, no plano de análise de Neves, a Constituição Federal de 1988 internalizou uma série de expectativas normativas represadas no ambiente social, expressão de um pacto simbólico, que, embora não fosse a solução imediata desses conflitos, amenizava, em certa medida, conflitos sociais, traço do que Neves denominou de constitucionalização simbólica.

No entanto, a revelação da ineficácia deu ensejo a uma afirmação política do Judiciário, o qual, apoiado na busca pela “concretização constitucional”, promove uma onda de ativismo, de intervenção e de controle judicial de âmbitos destinados à política. Com o motivo anunciado de dar eficácia imediata a direitos fundamentais, o Judiciário se põe, em muitas ocasiões, a despeito de todos os questionamentos atinentes ao problema da legitimidade político-democrática de tal postura ativista, a intervir e a avançar em um espaço que apenas a democracia direta ou representativa poderia operar.

Com isso, não se alcançou, de forma plena, a configuração protetiva de direitos e garantias fundamentais, tendo em vista que a atuação jurídico-constitucional desse modo não faz existir uma inclusão generalizada a partir das intervenções, mas sim um manejo simbólico da atividade judicial que, em verdade, quebra a isonomia em vez de fomentá-la.

Destacadamente, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) atua simbolicamente em determinados casos de mutações constitucionais em que prevalece, em prejuízo de uma “racionalidade jurídica”, o significado político-ideológico, que não o inclina para uma atividade jurisdicional comprometida com a concretização normativo-social, mas sim para uma construção de decisão simbólica com o objetivo de criar um “álibi” social, expediente de efeito político-ideológico de justificação às pressões sociais²⁶⁶.

Dessa maneira, diante dos problemas operacionais do direito em um contexto de

²⁶⁵ Mais recentemente, em posfácio à edição brasileira de 2018 de obra publicada originalmente em 1992, Neves aponta a perspectiva de análise da atuação simbólica do Supremo Tribunal Federal que se passa a utilizar neste estudo. NEVES, Marcelo. *op. cit.* p. 408.

²⁶⁶ Recorre-se ao sentido apontado por Neves: “[...] Porém, o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico. A referência de deontico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou ‘político-ideológica’”. Cf. NEVES, Marcelo. *op. cit.*, 30-31.

modernidade periférica, a atuação das cortes constitucionais, a exemplo do STF, busca conquistar a opinião pública, diante da cobrança da população/público por atitudes efetivas e imediatas para sanar problemas sociais – como se, por esse modo, “com um passe de mágica”²⁶⁷, pudesse solucionar o problema –, em detrimento da real intenção de resolver de forma efetiva o problema quando lhe cabe.

Nesse sentido, a corte constitucional, em razão de cobrança social perante o sistema jurídico, tem a reação comunicativa de, em contextos de países periféricos como os já descritos, proceder a mudanças simbólicas na Constituição sem que haja a necessária preocupação com a força normativa constitucional, muito menos com os efeitos concretos na sociedade. Evidentemente, as mudanças realizadas nesses moldes podem ser efetivas individualmente, entretanto essa efetividade do caso concreto terá, no plano geral, pouco ou nenhuma efeito sob o ponto de vista da consistente interpretação e aplicação da Constituição.

Como se verá em caso específico detalhado no capítulo seguinte, por exemplo, em razão dos reclamos do público e de grande parte da imprensa para que haja um modo efetivo e imediato para se combater a corrupção e a impunidade, a Suprema Corte, mediante interpretação descolada do texto constitucional, procede a uma mutação (in)constitucional a fim de relativizar a presunção de não culpabilidade posta como direito fundamental na Constituição.

Mesmo diante da consciência da ineficácia social da mutação para os fins demandados pelo público, produz-se um “álibi” a fim de reforçar, pelo menos transitoriamente, a confiança popular na judicialização daquela questão. No entanto, sendo reiterada, essa prática, evidentemente, não sustenta a confiança popular, em especial porque – além de ser questionável a flagrante imissão na esfera de decisão política do parlamento, já que configura uma mudança de norma constitucional fora do âmbito normativo e desalinhada com o programa normativo posto na Constituição – mutações (in)constitucionais como essa decorrem de redução desmedida da complexidade social pelo Tribunal a ponto de inviabilizar o diálogo efetivo com fatores sociais de extrema força²⁶⁸.

Desse modo, a alternativa normativa traçada por via de mutação (in)constitucional nos termos do exemplo, ante um ambiente demasiadamente complexo, pode se concretizar mediante uma microefetividade derivada de racionalidade jurídica que, pontualmente, observa

²⁶⁷ LIMA, Fernando Rister de Sousa. *op. cit.*, p. 710.

²⁶⁸ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, 40-41.

um nicho que se atém à microjustiça (justiça entre partes)²⁶⁹, mas que, quando percebida no plano constitucional amplo, configura atuação simbólica, pois não produz reação generalizante contra a corrupção e a impunidade, nem mantém as expectativas para isso ao longo do tempo.

Nesses moldes, o direito passa a irritar o sistema político. A “judicialização da política” faz, sistematicamente, o Judiciário migrar do centro do sistema jurídico para o centro do sistema político, tomando o espaço do parlamento. Levando em consideração a base conceitual do constitucionalismo em uma abordagem sistêmica, fundamentalmente, não há uma necessária diferenciação funcional entre política e direito.

A ‘judicialização da política’, isto é, o recurso ao direito e aos tribunais não para o exercício do controle de constitucionalidade das leis, mas simplesmente como segunda e inadequada instância do jogo político, também perverte a representação. A representação política é fruto da modernidade. Pressupõe dupla imunização do sistema político: no interior do Estado, a divisão dos Poderes; na relação com os demais sistemas parciais, a diferenciação funcional.²⁷⁰

Não se está a negar que esses dois sistemas se influenciam, mas sim que as funções são diferenciadas operativamente. Em virtude disso, ao se imiscuir em esferas próprias da política, o Judiciário não fortifica o direito, já que esse deslocamento gera inconsistência jurídica das decisões dada a fluidez própria da política aplicada ao exercício da função judicial.

Nesse cenário, como tentativa de suprir a falta de legitimidade política dessas intervenções²⁷¹, diversos modelos teóricos direcionados à interpretação constitucional e à resolução de colisões e direitos fundamentais são apresentados. Todavia, as incursões doutrinárias direcionadas por essa lógica mais fazem aumentar as possibilidades de mutações simbólicas da Constituição.

Nesse contexto, desponta o “neoconstitucionalismo”, que levou a um favorecimento do manejo político da Constituição pelo Judiciário, principalmente, em virtude da escolha da ponderação e dos princípios vagos que, muitas vezes, facilitam o afastamento de regras claras, mesmo quando o caso se resolveria com o emprego delas. Portanto, o manejo dos princípios não pode ser realizado a fim de, precipuamente, relativizar regras constitucionais.

²⁶⁹ LIMA, Fernando Rister de Sousa. *op. cit.*, p. 713.

²⁷⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72-73.

²⁷¹ CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista De Direito Mackenzie**, v. 12, p. 129-165, 2018, p. 131.

Nesse sentido, o contexto jusfilosófico²⁷² em que se insere a experiência brasileira tem sido marcado por forte dissenso no debate acerca da distinção entre princípios e regras constitucionais, cenário controverso de discussões doutrinárias que reverberam na fundamentação das decisões jurídico-constitucionais.

Longe de ser uma questão restritamente conceitual, a distinção entre princípios e regras constitucionais ganha importância à medida que aspectos, como a força normativa dos princípios, “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”²⁷³, a prolatada natureza principiológica dos direitos fundamentais e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais efervescem as produções bibliográficas de Direito Constitucional e passam a refletir questões essenciais da prática dos tribunais.

Se tomada como ponto de partida a constitucionalização do direito²⁷⁴, passam a ter maior amplitude prática as análises dicotômicas de regra e princípio, de conflito entre regras e colisão entre princípios e de subsunção e ponderação. Se o processo de constitucionalização do Direito faz que valores e comportamentos contemplados nos princípios e nas regras constitucionais passem a condicionar tanto a validade quanto o sentido das demais normas de direito infraconstitucionais, as repercussões advindas das funções dessas normas constitucionais – seja princípios, seja regras – são notórias.

Assim, o registro das obras de Ronald Dworkin²⁷⁵, Robert Alexy²⁷⁶, Humberto Ávila²⁷⁷ e Marcelo Neves²⁷⁸, além do diálogo crítico de Virgílio Afonso da Silva²⁷⁹ com Ávila

²⁷² Nesse contexto, diversos desdobramentos na maneira de interpretar e de aplicar a Constituição são atribuídos ao *neoconstitucionalismo*, vertente marcada por forte heterogeneidade que torna imprecisa até mesmo a definição do que vem a ser esse novo constitucionalismo por muitos defendido. Essa discussão envolve o contraponto entre os que defendem a existência de uma abordagem *neoconstitucionalista* e os que refutam, em parte ou no todo, as ideias destacadas nessa vertente. Em meio às inovações creditadas por uns ao *neoconstitucionalismo* que anuncia “nuevos tiempos para el constitucionalismo” (CARBONELL, Miguel (org.) **Neoconstitucionalismo** (s). Madrid: Trotta, 2003, p. 9) e às refutações veementes apontadas por outros que consideram o *neoconstitucionalismo* “uma espécie enrustida de ‘não constitucionalismo’” (ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. 2009, In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, p. 19), é inegável que se tornou necessária a discussão sobre as peculiares diferenças entre as duas espécies normativas aqui tratadas – princípios e regras constitucionais – as quais têm flagrantes repercussões na prática jurídico-constitucional.

²⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 273.

²⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 18.

²⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013

e Neves, demonstra a amplitude que a discussão acerca da definição e da aplicação das normas constitucionais pode adquirir em um cenário de concepções conflitantes²⁸⁰.

No contexto jurisprudencial brasileiro, especialmente no Supremo Tribunal Federal (STF), tornaram-se frequentes, em decorrência da aplicação obscura de princípios, as referências a termos como ponderação de interesses, racionalidade, razoabilidade, proporcionalidade e eficácia de direitos fundamentais, demonstrando a influência de concepções doutrinárias relativamente recentes e, por vezes, inconciliáveis na fundamentação das decisões.

Nota-se, também, diante disso, que autores contemporâneos têm produzido críticas, cada um à sua maneira, que formam um repertório vastíssimo de objeções, de refutações e de constatações de danos provenientes da prática jurídico-constitucional dada nos moldes do declarado novo constitucionalismo. Como se pode ver, sinteticamente adiante, tecem-se diversos diagnósticos, em diferentes pontos, acerca do que abala a consistência da fundamentação das decisões na prática jurídico-constitucional pátria, ancorados em Silva, Streck, Bonavides, Ávila, Neves e Grau.

Inicialmente, Silva identifica a prática recorrente do chamado sincretismo metodológico²⁸¹, uma miscelânea de princípios e métodos de interpretação de teorias que, muitas vezes, não se compatibilizam na fundamentação das decisões.

Por sua vez, Streck, contribuindo para os vastos diagnósticos, cunha o termo *pamprincipiologismo* para se referir à exacerbada proliferação de referências a princípios os quais, muitas vezes, podem funcionar, perigosamente, como salvo conduto para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional²⁸², o que traz direta

²⁷⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

²⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** n. 1, jan/jun 2003, p. 607/630; e SILVA, Virgílio Afonso da. O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. In: **Revista Direito.UnB**, v. 2, p. 96-118, 2016.

²⁸⁰ A dimensão das divergências entre as teorias torna, muitas vezes, fluídas as fronteiras do constitucionalismo contemporâneo, contribuindo para que a compreensão das práticas jurídico-constitucionais hodiernas seja tarefa ainda mais complexa.

²⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Intepretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.) **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 133.

²⁸² Segundo Streck, isso consiste em “uma espécie de patologia especialmente ligada às práticas jurídicas brasileiras e que leva a um uso desmedido de *standards* argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou regrado pela produção democrática do direito, no âmbito da legislação (constitucionalmente adequada)” STRECK, Lênio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012, p. 9.

repercussão nas alterações de sentido originadas nas mutações constitucionais.

Sob outros pressupostos, Bonavides, em crítica aos modernos métodos de interpretação constitucional, indica a fraqueza dessa plasticidade ao afirmar que “a manipulação dos fins e do sentido faz deveras fácil o tráfego a soluções de conveniência, a conclusões pré-concebidas, a subjetivismos”²⁸³.

Já Ávila aponta para “a euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principiológico*”²⁸⁴. Se, para muitos, a aplicação da ponderação é marca indelével da nova concepção do direito; para ele, “ela não representa nada mais que uma “caixa preta” legitimadora de um ‘decisionismo’ e formalizadora de um ‘intuicionismo moral’”²⁸⁵.

Consoante Neves²⁸⁶, o fascínio doutrinário pela principiologia jurídica relaciona-se com uma prática jurídico-constitucional confusa que abusa do emprego de princípios e da incongruente aplicação da proporcionalidade e que emite decisões precariamente fundamentadas. A falta de clareza e a inconsistência dessas fundamentações, conseqüentemente, geram uma frequente maleabilidade prejudicial à jurisdição constitucional e, em especial, à força normativa da Constituição.

Essa maleabilidade excessiva pode conduzir a uma profusão de mutações inconstitucionais²⁸⁷ e de insegurança jurídica. A esse respeito, Grau, ao mesmo passo que declara a racionalidade do direito moderno, na medida em que fomenta a instalação de “um horizonte de previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos”²⁸⁸, identifica, nos dias atuais, o Poder Judiciário como produtor de insegurança jurídica²⁸⁹.

A despeito de o presente estudo não ser destinado ao levantamento e à análise jurisprudencial, são sintomáticas as inúmeras críticas da doutrina pátria à, muitas vezes, vaga utilização da proporcionalidade ou sopesamento entre valores e dos princípios nos moldes

²⁸³ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 491.

²⁸⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 27.

²⁸⁵ ÁVILA, Humberto. *op. cit.*, p. 12.

²⁸⁶ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 197.

²⁸⁷ Anna Cândida da Cunha Ferraz relaciona a ocorrência de mutações inconstitucionais à “inexistência ou ineficácia de um controle de constitucionalidade.” FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2. ed. Osasco: Edifício, 2015, p. 13.

²⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 13.

²⁸⁹ Ideia confirmada na observação crítica do modo de ser dos juristas, juízes e tribunais de hoje, os quais agem, nas palavras de Grau, “endeusando princípios, a ponto de justificar, em nome da *Justiça*, uma quase discricionariedade judicial”. *Ibidem*, p. 140.

feitos pelo Supremo Tribunal Federal.

Muitas dessas críticas apontam as consequências demasiadamente perigosas dessa aplicação meramente retórica que, para Guerra²⁹⁰, sinaliza para a necessidade de um emergencial resgate de uma racionalidade possível, implementando uma mudança de paradigmas acerca da ponderação e da proporcionalidade e buscando fundamentar as decisões com maior preocupação em construir uma jurisprudência que denote coerência e clareza e em proceder a mutações constitucionais com a necessária sobrecarga argumentativa direcionada ao respeito à própria força normativa da Constituição.

Desse modo, urge considerar que algo que se apresenta adequado a um grupo pode parecer inadequado a outro, portanto não se pode, no afã de atender às expectativas, ao sabor das frequentes inovações metodológicas e doutrinárias, utilizar retoricamente as normas constitucionais e proceder a mudanças informais na Constituição que privilegiam interesses, muitas vezes, aquém do que é apregoado pelo próprio texto constitucional.

A forma como se manejam essas espécies normativas na prática jurídico-constitucional pode gerar excessiva maleabilidade, especialmente nos processos de mutação constitucional, convertendo-se em prejuízo à força normativa da Constituição, tendo em vista que a excessiva invocação retórica de princípios pode minar a própria autonomia operacional da Constituição que, por conseguinte, alargará o espaço para os particularismos e “casuísmos”²⁹¹.

Evidentemente, ao se evocarem esses pressupostos teóricos, não se está defendendo o engessamento da jurisprudência²⁹² e a impossibilidade de se realizarem alterações semânticas no âmbito constitucional. Nem mesmo se trata de um movimento pendular, de volta ao formalismo das regras e ao apego à subsunção, visto que se sabe que uma sociedade complexa tem demandas complexas, gerando controvérsias jurídicas igualmente complexas para serem tratadas nos limites rígidos do apego ao formalismo.

No entanto, no contexto da modernidade periférica, no qual o Brasil está inserido, esses problemas decorrentes da interpretação/aplicação jurídica na prática constitucional intensificam não só a incidência de simbolismo, mas também, como se verá adiante, uma verdadeira degradação constitucional por via de mutações (in)constitucionais.

²⁹⁰ GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Porto Alegre, v. 31, n. 65, p. 25-41, jan./jun. 2007, p. 37.

²⁹¹ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 201.

²⁹² *Ibidem*, p.199-200.

4 OS EFEITOS DAS MUDANÇAS SIMBÓLICAS DA CONSTITUIÇÃO: UMA REFERÊNCIA AO CASO BRASILEIRO

O reconhecimento de assimetrias no desenvolvimento da sociedade mundial moderna entre centro e periferia aponta para problemas inerentes, especificamente, a países periféricos, a despeito do “paradoxo das tendências a uma ‘periferização do centro’”²⁹³. Assim, as mutações constitucionais na modernidade periférica apresentam distintos efeitos da ocorrência desses fenômenos em Estados democráticos na modernidade central.

Na modernidade periférica, os obstáculos à realização do Estado de direito, além de se manifestarem de maneira mais clara no plano constitucional, sinalizam efeitos não só desastrosos para o problema da eficácia das normas constitucionais, mas também para circunstâncias em que a formatação de um novo sentido para a norma constitucional por essa via intumesce o papel hipertroficamente político-simbólico, denotando carência de força normativa, uma vez que a Constituição passa a não corresponder, em larga medida, às expectativas normativas de comportamento congruente generalizadas²⁹⁴.

Desse modo, em vez de as mutações constitucionais exercerem importante papel de construção de sentido normativo congruente com a concretização de valores constitucionais, passam a empreender uma degradação semântica do texto constitucional no processo de interpretação/aplicação, sendo, muitas vezes, fator de distorção casuística do sentido normativo do texto constitucional, de intensificação do descompasso entre mudanças simbólicas da Constituição, com a permanência de estruturas reais de poder, mantendo o *status quo* social e acirrando as relações de sobreintegração e subintegração.

Se a Constituição é o horizonte do agir e do vivenciar dos atores jurídicos e políticos que, em princípio, orientam-se por padrões constitucionais, transformar, reiteradamente, o sentido normativo da Constituição – seja por direta alteração textual, seja por processos informais – pode atuar como álibi para fracassos na concretização da Constituição.

Nessa incapacidade de enfrentar problemas estruturais, entraves à própria consecução de direitos e garantias fundamentais, criam-se, por intermédio dos tribunais constitucionais em processos informais de alteração constitucional, sentidos normativos que, muitas vezes, desconsiderando os limites semânticos do texto constitucional, convertem-se em força simbólica e não em incremento da força normativa da Constituição.

²⁹³ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 128.

²⁹⁴ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, *passim*.

Nesse sentido, a referência ao caso brasileiro se mostra pertinente em razão de a experiência da Constituição vigente conter elementos que a inserem no horizonte de análise de um país periférico que mostra a constitucionalização simbólica como problema típico, a qual, mais recentemente, assume uma nova dimensão: a “judicialização” simbólica.

4.1 A constitucionalização simbólica da Constituição Federal de 1988

O problema da constitucionalização simbólica como alopoiese do sistema jurídico como típico de Estados periféricos possibilita uma interpretação da experiência constitucional brasileira. Neves, em estudo dedicado ao tema, abordou um círculo vicioso²⁹⁵ entre instrumentalismo e nominalismo constitucional como marca do percurso do constitucionalismo brasileiro.

No texto da Constituição de 1988, após um período de constitucionalismo instrumental de cariz autoritário inaugurado em 1964, a constitucionalização simbólica é fortificada, assumindo uma orientação social-democrática. O agravamento da crise econômica e o fracasso do regime ditatorial nas esferas sociais fez crescer a resistência aos militares e o conflito entre os detentores do poder. Diante desse contexto de decadência, sob a égide da oposição em eleição indireta, o novo governo convoca a Assembleia Constituinte²⁹⁶, que, depois de um percurso movimentado, culmina na promulgação da Constituição de 1988.

Em detrimento da confiança na restauração e recuperação da legitimidade, um certo “idealismo constitucional”²⁹⁷ rondava o momento pré-constituinte, tendo em vista que o cenário social²⁹⁸ em que a Constituição estava sendo promulgada denotava graves barreiras à sua concretização generalizada. A retórica constitucionalista é, por parte de todos os matizes

²⁹⁵ Para Neves, o desenvolvimento constitucional brasileiro se deu entre Constituições nominalistas, a exemplo das Constituições brasileiras de 1824, 1934, 1946 e 1988, e Constituições instrumentalistas, como as de 1937 e 1967/1969. Cf. NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 177.

²⁹⁶ Sarney enviou ao Congresso Nacional, em 28 de junho de 1985, mensagem com proposta de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Dessa iniciativa, derivou a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de outubro de 1985. Em 1º de fevereiro de 1987, instala-se a Constituinte, da qual resulta, em 5 de outubro de 1988, a Constituição Federal de 1988. Cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 453-472.

²⁹⁷ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 183.

²⁹⁸ Esse contexto social pré-constituinte é, apesar das dificuldades reportadas na obtenção de informações de órgãos públicos responsáveis por programas sociais, detalhado por relatórios sobre a situação social do país resultantes de estudos do Núcleo de Estudos em Políticas Públicas da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), de um dos quais se extrai a seguinte constatação: “[...] a maioria da população passa fome, está irremediavelmente desnutrida, mora em condições indignas, tem pouco acesso à escola e aos programas de atenção à saúde – quadro de miséria que se mostra tanto mais escandaloso quanto se conhece o grau de riqueza que a sociedade brasileira já atingiu.” Cf. NEPP/Unicamp (Núcleo de Estudos em Políticas Públicas/Universidade Estadual de Campinas). **Brasil 1985: Relatório sobre a situação social do país**. Campinas: Editora da Unicamp, 1986, v. 1, p. 15-16.

políticos, intensificada mesmo diante de situações em que haja um crescente afastamento do modelo constitucional social-democrático então plasmado na nova Constituição.

Por um lado, a Constituição de 1988, cumprindo a exigência de diferenciação funcional e de inclusão na sociedade moderna, institucionaliza direitos fundamentais, com um texto constitucional abrangente no que diz respeito aos direitos individuais, sociais e coletivos, e estabelece, em seu texto, igualmente de modo amplo, procedimentos constitucionais para a solução de conflitos e mecanismos específicos de regulação jurídica da atividade política. Essas características do texto constitucional, portanto, contemplam a função jurídica e social e a prestação política a que a Constituição em sentido moderno se destina.

Por outro lado, é no plano da concretização constitucional que se dá o problema, tendo em vista que as condições sociais e o proceder político não propiciam uma concretização ampla e incluyente dos dispositivos constitucionais²⁹⁹, circunstâncias em que a vivência dos mais elementares institutos constitucionais está pautada por relações de subintegração e sobreintegração. Com isso, em face de um texto constitucional de cunho social-democrático, avultam-se relações concretas de subcidadania e sobrecidadania.

Nesse ponto, Neves destaca que a falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está correlacionada à função simbólica³⁰⁰ que o documento assume. Há, nessa lógica, por parte do Estado e do governo, uma identificação retórica com o modelo respaldado nos dispositivos da Constituição de 1988 em pleno desacordo com a realidade social. Por conseguinte, o texto da Constituição é invocado como *álibi*, redundando, em termos relativos, na retirada da responsabilidade do Estado ou do governo, o que, por vezes, transfere a possibilidade de efetiva realização da Constituição para um futuro distante e indeterminado.

Todavia, a função hipertroficamente simbólica do texto constitucional não está restrita ao discurso retórico dos governantes. A índole simbólica também é marca da retórica dos críticos do sistema de dominação, os quais apelam aos valores fixados no texto da Constituição. Neves insere, nesse âmbito, o exemplo que manifesta a proporcionalidade inversa entre o aumento da intensidade da retórica político-social dos “direitos humanos” e o

²⁹⁹ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 184.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 186.

menor grau de concretização normativa do texto constitucional³⁰¹.

Nesse âmbito, demonstra-se o manejo simbólico da retórica reformista, tendo em vista que as reiteradas propostas de emendas constitucionais, por vezes, visam, assumindo uma função simbólica, a alocar na Constituição a culpa por mazelas sociais e por graves problemas políticos, fomentando a ilusão de que essas questões seriam solucionadas mediante intervenções diretas que modificam os dispositivos constitucionais.

Com efeito, as mudanças formais da Constituição, constantemente, atuam ocultando o real problema da deficiente concretização normativa do texto constitucional. Ao se vincular a resolução dos graves problemas jurídicos e políticos ao texto constitucional, sonhando o fato de que a solução para esses problemas não decorre, de modo imediato, dos dispositivos da Constituição, essa sanha reformista visa, frequentemente, a enrustir a ausência de condições sociais para a concreta realização da Constituição em coerência com a democracia e com o Estado de Direito.³⁰²

Por isso, mesmo diante de limites temporais, circunstanciais, procedimentais e materiais à reforma da Constituição, é vasto o acervo bibliográfico que cuida de tecer críticas à retórica do reformismo constitucional, indicando que à Constituição é atribuída a responsabilidade por graves problemas sociais, políticos e jurídicos, fortalecendo um discurso hipertroficadamente simbólico de solução dos problemas por meio de emendas ou revisões constitucionais.

Para Neves, a perspectiva propalada pela retórica do reformismo constitucional transforma os programas de governo em verdadeiros programas de reforma da Constituição, os quais são, constantemente, executados por meio de emendas constitucionais aprovadas e promulgadas, entretanto as estruturas sociais e as relações de poder permanecem, em grande medida, intactas: “Não raramente, o discurso de poder invoca a ‘desconstitucionalização’ como panaceia ou vara de condão, isto é, como solução mágica para todos os problemas constitucionais.”³⁰³

Contudo, os direitos e as garantias fundamentais assim como os procedimentos democráticos previstos no texto constitucional também podem ser deformados no decorrer do

³⁰¹ *Ibidem*, p. 186.

³⁰² *Ibidem*, p. 187.

³⁰³ *Ibidem*, p. 187.

seu processo de “concretização” operado na interpretação/aplicação pelas cortes constitucionais, como ilustram alguns casos brasileiros decorrentes da “judicialização” simbólica dada em intervenções do Supremo Tribunal Federal.

4.2 A “judicialização” simbólica como nova dimensão da constitucionalização simbólica

A experiência constitucional brasileira mais recente trouxe transformações consideráveis nas condições sociais e no cenário político e jurídico. Diante dessas mudanças na situação social e na prática e teoria político-jurídica constitucional no Brasil, fazem-se necessárias reflexões que vão além das tecidas por ocasião do contexto anterior e imediatamente posterior à entrada em vigor da nova Constituição³⁰⁴. Em razão disso, a reflexão sobre a conjuntura atual do país revela novas questões acerca do simbolismo diante da Constituição.

Analisando-se as transformações nas condições sociais em face da Constituição, pode-se perceber que, a despeito de um período de relevante redução da exclusão social, o combate à desigualdade social não foi o bastante nem teve duração necessária para proceder a uma profunda modificação nessa seara a fim de viabilizar a efetividade plena do modelo textual democrático da Constituição de 1988. Essa constatação faz notar que as características de um constitucionalismo de índole periférica, sob o ponto de vista social, ainda permanecem no Brasil.

Além do contexto social, ainda que tenham ocorrido mutações na prática e teoria político-jurídica do constitucionalismo hodierno, elas também não foram suficientes para suplantar a condição periférica do Brasil. A mais importante mudança apontada por Neves está no perfil das relações entre os poderes políticos: se no contexto de entrada em vigor da Constituição, momento em que se erige a tese da constitucionalização simbólica, havia uma tendência de prevalência do Executivo sobre os demais poderes, recentemente, um novo quadro de judicialização, especialmente de judicialização da política, impõe-se.

Na prática jurídico-constitucional pós-1988, essa tendência à judicialização não foi acompanhada, ao contrário do que se defende com veemência acerca da constitucionalização do direito³⁰⁵, de uma fortificação e expansão consistente do direito. À vista disso, não houve a

³⁰⁴ Em publicação mais recente, Neves considera superadas algumas de suas considerações feitas no contexto de entrada em vigor da Constituição de 1988. Cf. NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 401.

³⁰⁵ Em sentido diferente, vários autores, a exemplo de Barroso, indicam uma predominância de efeitos positivos da constitucionalização do direito no Brasil. BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, *passim*.

superação da natureza preponderantemente simbólica da Constituição por intermédio da efetivação normativamente congruente nas diversas esferas de vivência social.

No mais recente cenário, nota-se que, mesmo que se reconheçam avanços no tratamento de temas jurídicos de indubitável importância, há uma intensificação, especialmente no plano constitucional de atuação do Supremo Tribunal Federal³⁰⁶, de uma ingerência jurídica inconsistente em questões de natureza política. Nesse contexto, insere-se a discussão acerca das mutações constitucionais como vias que operam essa forte ingerência do Supremo Tribunal Federal em uma das mais caras funções destinadas ao crivo da representatividade popular: o papel constituinte.

Admitindo-se que as mudanças da normatividade da Constituição não decorrem apenas de alterações diretas do texto constitucional, a discussão sobre o simbolismo na prática do Supremo Tribunal Federal repousa no fato de que muitas mudanças do sentido normativo da Constituição se operam no processo de concretização. Essas são mudanças de sentido resultantes da interpretação/aplicação no âmbito da Suprema Corte que, como já referido, podem assumir um sentido político-ideológico, traço de uma hipertrofia da função simbólica em prejuízo da consistente efetividade.

Em detrimento da necessária transformação profunda da realidade social como condição para a efetivação de direitos e garantias fundamentais em países periféricos, as mutações (in)constitucionais, em muitas circunstâncias, mais contribuem para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes³⁰⁷, o que abre espaço para a discussão acerca dos limites da legitimidade da jurisdição constitucional, do que para confluir em direção a uma concretização consistente da Constituição.

Assim, a interpretação feita nessas circunstâncias, em vez de orientar e definir o sentido das expectativas normativas, atuando contra as contradições, os choques e os conflitos de expectativas comportamentais individualizadas³⁰⁸, mais fomenta a persistência desse estado de coisas.

³⁰⁶ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 407.

³⁰⁷ A respeito disso, destaca-se a seguinte reflexão de Oliveira, Streck e Lima: “Afim, cabe ao Supremo Tribunal Federal “corrigir” a Constituição? A resposta é não. Isso faria dele um poder constituinte permanente e ilegítimo. Afim, quais seriam os critérios de correção, uma suposta “ordem concreta de valores”, um “Direito Natural” no estilo de Radbruch?” OLIVEIRA, Marcelo Cattoni; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.*, p. 99.

³⁰⁸ GONÇALVES, Guilherme L. Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade. **Revista Direito e Práxis**, v. 1, p. 16-31, 2010, p. 25.

Nessa perspectiva, ao demandarem novos sentidos normativos, os tribunais constitucionais, especialmente em países periféricos, muitas vezes, tentam demonstrar, por via judicial, a capacidade de solucionar problemas sociais mediante mudanças simbólicas da Constituição, mas não conseguem suplantar o *déficit* de concretização jurídico-normativa que se dá pela ausência, por exemplo, de condições reais de implementação de direitos fundamentais.

Dessa maneira, o discurso constitucionalista assumido em mecanismos de mutação pelo Supremo Tribunal Federal, por vezes, endossa uma postura simbólica diante da própria Constituição, acarretando a perda da relevância normativo-jurídica dos textos constitucionais como elementos de orientação de expectativas normativas e oportunizam, contraditoriamente, a abertura para particularismos no sistema jurídico, como injunções econômicas e políticas.

Outrossim, identifica-se a ocorrência do que Neves³⁰⁹ denomina de desconstitucionalização fática, problema típico de países periféricos, que diz respeito à degradação semântica do texto constitucional no processo de sua interpretação e aplicação, agora pelos tribunais constitucionais.

Como já referido em capítulo anterior, no âmbito do paradigma teórico de Müller³¹⁰, considerando que não só a “norma decisão” (norma individual), mas também a “norma jurídica” (norma geral) é construída no processo de concretização, em uma perspectiva semântica, aponta-se que o texto constitucional é o mais importante dado de entrada³¹¹ nesse processo de concretização.

Considerando esse viés, a inconsistência na relação entre texto e atividade interpretativa e concretizante – aqui referida por desconstitucionalização fática ou concretização desconstitucionalizante, nos termos de Neves³¹² –, em especial, relacionada às mutações constitucionais, deve ser dimensionada, a fim de se identificar a ocorrência e a amplitude dos efeitos das mudanças simbólicas por essa via.

[...] na hipótese de concretização desconstitucionalizante, não está presente, em primeiro lugar, uma esfera pública pluralista. As relações excludentes de subintegração e sobreintegração na sociedade, especialmente no sistema jurídico,

³⁰⁹ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 323.

³¹⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, *passim*.

³¹¹ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 323.

³¹² *Idem, Ibidem*.

impedem a construção de uma esfera pública pluralista formada de cidadãos como indivíduos integrados igualmente, do ponto de vista jurídico, na sociedade.³¹³

Assim, são problemas disso decorrentes, destacadamente, os seguintes: a degradação semântica do texto constitucional; a relação entre mudanças simbólicas na Constituição e manutenção das estruturas reais de poder e as relações de sobreintegração e subintegração recrudescidas diante da função simbólica proveniente da transformação do sentido normativo mediante a interpretação/aplicação constitucional executada pelos tribunais constitucionais de países periféricos.

Nessa direção, a existência da função hipertroficamente simbólica nas mutações constitucionais decorrentes da atividade jurisprudencial na modernidade periférica gera efeitos que confluem para a manutenção e, frequentemente, para a intensificação da exclusão.

Não se almeja, neste estudo, desconsiderar ocasiões em que os tribunais constitucionais tenham atuado em temas jurídicos de incontestável importância social, a exemplo da atuação do STF, apesar de, como já exposto, críticas quanto à legitimidade para a deliberação dessa matéria, na decisão que definiu a união homoafetiva estável como entidade familiar. Todavia, casos como esses redundam no reconhecimento de grupos específicos – que, repita-se, devem ser reconhecidos – e não na inclusão generalizada que impacta a desigualdade social de natureza, essencialmente, econômica³¹⁴.

Além disso, a noção de “judicialização simbólica”³¹⁵ apresenta-se como uma nova dimensão da constitucionalização simbólica. Mediante a articulação da linguagem constitucional, a atuação do Judiciário “não afeta de maneira fundamental as relações e práticas anticonstitucionais, mas sim forja crenças e movimentos políticos em torno do figurino constitucional”³¹⁶.

Nesse panorama crítico, a judicialização da política como politização do Judiciário encobre a desconstitucionalização do direito no plano da concretização jurídica. Muitas vezes, pautado por interesses particularistas e corporativos, a prática jurídico-constitucional do Supremo Tribunal Federal, mesmo em casos em que se respeita o procedimento, foge, materialmente, do parâmetro constitucional.

³¹³ *Ibidem*, p. 324.

³¹⁴ Nos termos de Neves, “mesmo que tenha havido inserção relevante em temas jurídicos de indiscutível relevância moral e social, esses permaneceram no campo do reconhecimento de grupos, sem relevante impacto na questão da exclusão de origem primariamente econômica.” Cf. NEVES, Marcelo. op. cit., p. 408-409.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 408.

³¹⁶ *Idem, ibidem*.

Como desenvolvido no capítulo anterior, como uma das vias para a ocorrência dessa situação, segundo o horizonte teórico do “neoconstitucionalismo”, o uso superestimado dos princípios como solução para a concretização constitucional sobrevalorizou a função judicial em prejuízo da legislativa e executiva. Diante disso, os efeitos não se converteram em fortificação do direito, mas sim em uma crescente “judicialização” simbólica como óbice a concretização jurídica da Constituição.

Em muitos casos, a inserção do Judiciário na política partidária³¹⁷ tornou fluídas as fronteiras constitucionais, o que, em recurso abusivo aos princípios, flexibilizou a esfera constitucional para o trânsito de interesses particulares no direito. Ademais, a função encarnada pelos tribunais, especialmente pelo STF, passa a avançar no espaço político, minando a própria Constituição com a hipertrofia do simbolismo na prática jurídico-constitucional.

Por seu turno, ao se apontar a não manifestação, de modo generalizado, de consistência na relação da atividade de interpretação/aplicação constitucional e da prática política dos órgãos estatais e cidadãos com o modelo normativo³¹⁸, o próprio texto constitucional passa a ser uma referência distante dos agentes estatais e dos cidadãos, desenvolvendo-se uma práxis, constantemente, à margem do modelo posto no texto da Constituição.

Ademais, como aprofundamento da gravidade dessa questão, no cenário atual, desvela-se uma tendência em se passar da constitucionalização simbólica para a própria degradação da Constituição. Segundo Neves, “a discrepância entre norma e realidade parece que tende a deixar de estar associada à fórmula ‘a ficção tornando-se realidade e a realidade ficção’, para transformar-se em manifesto desrespeito à Constituição e ao direito”³¹⁹.

Em decorrência de uma sucessão de fatos recentes³²⁰, considera-se que a “judicialização” simbólica do Supremo Tribunal Federal se direciona a uma tendência de atuação, como dito, à margem de preceitos legais e constitucionais, circunstância que aponta

³¹⁷ NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 410.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 323.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 414.

³²⁰ Segundo Neves, essa tendência é aprofundada a partir do *impeachment* da presidente Dilma Rousseff e a consequente assunção, em 2016, de Michel Temer ao cargo de presidente, circunstância a qual o referido autor classifica como ruptura constitucional com “uma aparência de legalidade e constitucionalidade, tendo um revestimento parlamentar simbólico e retórico, com respaldo do Judiciário.” Cf. NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 412.

para uma elevada possibilidade de ruptura constitucional.

A nova situação de degradação constitucional associa-se com a tendência de as Constituições simbólicas serem mantidas apenas na medida em que favorecem os sobreincluídos em detrimento dos subincluídos. Mais especificamente, isso significa: se elas tendem a ser concretizadas jurídico-normativamente em benefício dos subcidadãos, o resultado é uma alta probabilidade de ruptura constitucional de “exceção”.³²¹

Considerando esse contexto, além de as mutações constitucionais na modernidade periférica poderem ser rota de hipertrofia da função simbólica da Constituição, abrindo caminho para a prevalência de interesses particularistas e corporativos, a prática jurídico-constitucional em países periféricos pode confluir para uma degradação constitucional, a qual se converte em manifesto desrespeito à Constituição.

Na atual conjuntura do Brasil, esse quadro tem, como traço característico mais grave, o fato de o Judiciário passar, por vezes, a assumir, instrumentalmente, uma postura autocrática que, de modo constante, dificulta e, até mesmo, em determinadas circunstâncias, inviabiliza a concretização de direitos fundamentais.

4.3 Um caso paradigma no Brasil: o simbolismo da mutação inconstitucional da presunção de inocência

A fim de ilustrar a atuação simbólica do Supremo Tribunal Federal (STF) em casos de mutações constitucionais em que prevalece, em sua “razão de decidir”, o significado político-ideológico, que, aquém do comprometimento com a concretização normativo-social, mais constrói decisões simbólicas com o objetivo de criar um “álibi” social, expediente de efeito político-ideológico de justificação às pressões sociais, elegeu-se, como caso paradigma, a mutação do direito fundamental à presunção de inocência (ou não culpabilidade)³²².

Com esse objetivo principal, parte-se de uma contextualização inicial sobre esse direito, do qual derivam a regra probatória e a regra de tratamento, para, em seguida, proceder ao do debate acerca da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à possibilidade de

³²¹ *Ibidem*, p. 416.

³²² Ao se comparar a forma com que se refere a esse direito nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal de 1988, nota-se que aqueles, em maioria, referem-se à “presunção de inocência”, enquanto o texto da atual Constituição, em nenhum momento utiliza a palavra inocente, mas estabelece que “ninguém será considerado culpado”. Como na jurisprudência brasileira ora se faz referência à presunção de inocência, ora à presunção de não culpabilidade, em razão dessa diversidade terminológica, cabe esclarecer que, neste estudo, essas expressões serão adotadas como equivalentes. Para posicionamento que atesta a inutilidade de se buscar a diferença entre os termos, conferir BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 283.

execução provisória da pena.

Historicamente, podem ser destacadas referências à presunção de inocência desde o século XXIII. Em 1764, Beccaria³²³ já advertia acerca do direito de não ser declarado culpado enquanto ainda houver dúvida sobre se o cidadão é, de fato, culpado, ou inocente. Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 9º, acolheu esse direito.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em seu artigo 11.1, previu esse importante direito: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Ainda no plano internacional, em 1950, é encontrado dispositivo semelhante no artigo 6.2 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. Também é nesse sentido o que foi posto, em 1969, no art. 8º, § 2º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

No ordenamento pátrio, o marco jurídico para o reconhecimento desse direito na esfera constitucional se dá com a entrada em vigor da Constituição de 1988, especificamente no inciso LVII do art. 5º: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”. No período que antecedeu ao texto constitucional atual, a existência da presunção de inocência era reclamada implicitamente como decorrência do devido processo legal.

Em linhas gerais, esse dispositivo constitucional alberga o direito fundamental a não ser considerado culpado senão em virtude do término do devido processo legal, tendo em vista que é nesse íterim que o acusado exerce o seu direito de utilizar de todos os meios de prova apropriados para a defesa e para a retirada de credibilidade das provas inseridas pela acusação, de modo que estejam asseguradas, respectivamente, a ampla defesa e o contraditório.

³²³ Extrai-se da principal obra de Beccaria: “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada.” Cf. BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidini e Alessandro Betti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 69.

Nesse sentido, a primeira regra fundamental que decorre da presunção de inocência é a probatória. Na lógica dela oriunda, a parte acusadora tem o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado, sem que haja qualquer dúvida razoável. Não é o acusado que têm o ônus de provar sua inocência, mas sim a acusação que deve demonstrar que o acusado incorreu na prática do fato delituoso que a ele foi imputado na peça acusatória. Portanto, depreende-se dessa primeira regra fundamental que, para a imposição de uma sentença condenatória, é imprescindível provar, destituindo qualquer dúvida, impondo a necessidade de certeza³²⁴.

Ademais, uma segunda regra fundamental que se origina desse direito é a de tratamento³²⁵, diante da qual se estabelece que a regra é responder ao processo penal em liberdade. A exceção expressa pela privação cautelar da liberdade deve sempre ser justificada em hipóteses estritas. Assim, o caráter excepcional da medida cautelar deve ser demonstrado à luz do caso concreto a fim de garantir a efetividade do processo. Contudo, como regra geral, o acusado só deve perder a condição de inocente ao fim do processo criminal.

A partir desse contexto, passa-se a analisar o debate acerca da (in)constitucionalidade da execução provisória da pena na prática jurídico-constitucional do Supremo Tribunal Federal. Para isso, cabe, inicialmente, apontar a grande oscilação de entendimentos da Suprema Corte nos últimos anos acerca dessa matéria, um verdadeiro “zigzague”³²⁶ jurisprudencial.

Em regra, os recursos extraordinário e especial não têm efeito suspensivo, conforme a dicção do art. 637 do Código de Processo Penal, combinado com os artigos 995 e 1.029, §5º, do novo Código de Processo Civil. Em razão disso, por muito tempo, conservou-se o entendimento jurisprudencial de que caberia a execução provisória de sentença penal condenatória ainda que recorrível, de modo independente da demonstração de qualquer hipótese que autorizasse a prisão preventiva do acusado. Sob esse fundamento, mesmo que fosse interposto recurso extraordinário ou especial pelo acusado e que inexistissem os pressupostos para a prisão preventiva, ele estaria sujeito à prisão em virtude de acórdão condenatório proferido por órgão jurisdicional de segundo grau.

³²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 285.

³²⁵ *Ibidem*, p. 283.

³²⁶ Referindo-se às reviravoltas jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal acerca de várias matérias, incluindo-se a discussão acerca do início da execução provisória da pena a partir de acórdão penal condenatório proferido por tribunal de segunda instância de julgamento de apelação, em densa obra acerca da segurança jurídica, Ávila indica haver uma forte tendência de intensificação dessas mudanças jurisprudenciais. Cf. ÁVILA, **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 69-70.

Em 2009, o plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus nº 84.078, por sete votos a quatro, modificou a orientação até então dominante, concluindo que a execução da pena, conforme dispositivo constitucional, somente poderia se dar com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse entendimento se deu a despeito de os recursos extraordinários não serem dotados de efeito suspensivo. Desse modo, a pena privativa de liberdade só seria possível com trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com exceção dada para as hipóteses de prisão cautelar do réu, condicionada à ocorrência dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Entretanto, no dia 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, novamente por sete votos a quatro, o plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu decisão – de laboriosa digestão na ambiência do Processo Penal Constitucional e Democrático – pela possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido por Tribunal de segunda instância no julgamento de apelação, independentemente de estar passível de recurso extraordinário ou especial. Mesmo não havendo os requisitos para a prisão cautelar, a execução provisória da pena pode ocorrer, relativizando-se o que está disposto textualmente na Constituição acerca da presunção de não culpabilidade. Frise-se: não se trata de prisão cautelar, mas sim de verdadeira execução provisória da pena.

Como um dos argumentos favoráveis à decisão, o Ministro Luís Roberto Barroso, depois de breve digressão doutrinária sobre o tema, declara que no caso se tem configurada uma mutação constitucional:

Trata-se, assim, de típico caso de **mutação constitucional**, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado.³²⁷

Dentre os fundamentos, destacam-se, a seguir, sete argumentos em prol desse novo entendimento que – saliente-se – é claramente, em coerência com este estudo dissertativo, desvinculado do programa normativo dado pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, o que configura, na verdade, consoante será apresentado, uma mutação inconstitucional.

327 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº HC 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 2 setembro 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Inicialmente, aponta-se como um dos argumentos recorrentes no referido julgado a necessidade de se proceder ao fundamental equilíbrio entre presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal. Nesse sentido, a decisão atenderia não apenas aos preceitos caros aos acusados, mas também aos reclamos do que é prezado pela sociedade³²⁸.

Outro argumento aponta que, nas instâncias ordinárias, se exaure a possibilidade de se examinar os fatos e as provas. Nessas instâncias, portanto, sob esses aspectos, restaria exaurida a fixação da responsabilidade criminal do acusado. Dessa maneira, os recursos extraordinários não são decorrências do duplo grau de jurisdição, porque esses recursos não se configuram pela ampla devolutividade e não se destinam à discussão sobre matéria fática probatória³²⁹. Assim, no tribunal de apelação, as matérias que envolvessem os fatos da causa seriam acometidas por uma espécie de preclusão.

Em defesa do entendimento exarado no HC 126.292, destaca-se também o fato de que, havendo um juízo de incriminação do acusado em segunda instância, calcado em fatos insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, “parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.”³³⁰

A fim de embasar o voto pelo novo entendimento, recorre-se também a dispositivo da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010)³³¹, uma vez que ela, de modo expresso, consagra a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidos por órgão colegiado como causa de inelegibilidade.

Ademais, argumenta-se que, depois de observado o duplo grau de jurisdição, não há, no mundo, nenhum país em que a execução de uma condenação fique suspensa no aguardo de decisão da Corte Suprema. Para isso, os exemplos da Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina³³² são invocados para apontar que o cenário internacional também é favorável ao fato de que a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

Outrossim, foi apontado, assim como é constante em outros julgados, a referência à

³²⁸ *Ibidem*, p. 4.

³²⁹ *Ibidem*, p. 5.

³³⁰ *Ibidem*, p. 10.

³³¹ *Ibidem*, p. 8.

³³² *Ibidem*, p. 12-15.

grande incidência de interposição de recursos. É nessa direção que argumenta o Ministro Teori Zavascki:

E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.³³³

Por fim, o último fundamento que se destaca nessa nova orientação é o de que, mesmo que seja exequível, de maneira provisória, o acórdão condenatório recorrível, ainda haveria, para o acusado, o amparo da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos:

Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado.³³⁴

Contudo, no presente estudo, defende-se que essa mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal que confere a admissão da execução provisória da pena nos termos acima, de modo flagrante, contraria a Constituição Federal, visto que a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória é resguardada como direito fundamental e sua relativização configura mutação inconstitucional. O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988 exprime lídima proibição de se tratar, antes do trânsito em julgado, o acusado de modo igual ou análogo ao de culpado.

Diante da conjuntura e dos argumentos proferidos nos votos dos Ministros no referido Habeas Corpus, revela-se uma mudança simbólica dada pela atuação da Suprema Corte. O referido clamor público por efetividade da função jurisdicional penal não pode ser escolhido em detrimento da efetividade da Constituição Federal. Nesse caso, a mudança de sentido normativo da Constituição no processo de concretização realizada por interpretação/aplicação do Supremo Tribunal Federal antes funciona como prática jurídico-constitucional simbólica

³³³ *Ibidem*, p. 16-17.

³³⁴ *Ibidem*, p. 19.

que se configura como álibi social do que como meio de efetividade e de recrudescimento da força normativa da Constituição.

A fim de se dar uma resposta à sociedade e à mídia, mesmo diante da ausência das condições fáticas e jurídicas para a alteração do estado de ineficiência da função jurisdicional penal, o STF endossa, mediante postura hipertroficamente simbólica, a falsa crença na efetividade no combate à impunidade e à corrupção como resultado direto de sua decisão.

Como traço simbólico, essa decisão do STF tem o efeito sedante e gera a ilusão de que o impacto sobre a impunidade e sobre a demora jurisdicional que, por vezes, pode levar a prescrição, dá-se com a execução antecipada da pena. No entanto, a decisão mais atropela direitos e garantias fundamentais, do que se converte em meio hábil em resolver a tensão entre o tempo social e o tempo do direito³³⁵. Nesse sentido, o direito não deve e não tem a capacidade de corresponder às imediatas ambições sociais.

Assim, os instrumentos de diminuição de sensação de impunidade devem ser mediatizados pela Constituição Federal a fim de garantir a própria autonomia operacional do direito. É por meio da Constituição como subsistema do sistema jurídico que se dão os critérios internos para a aplicação jurídica concreta, dado que critérios externos ao direito bloqueariam a própria autonomia do sistema jurídico, o que, por exemplo, poderia conduzir à manipulação política e arbitrária do direito. Nessa concepção, os procedimentos decisórios devem ser capazes de filtrar as expectativas jurídico-normativas de comportamento sem que a Constituição seja degradada.

Com efeito, não se nega que a eficiência no sistema processual penal brasileiro seja importante ideal a ser perseguido pela jurisdição constitucional. No entanto, essa busca não pode ser sobreposta à Constituição Federal, a qual é clara em exigir a formação de coisa julgada para que se possa iniciar a execução de uma prisão de natureza penal. Somente se dá o trânsito em julgado no instante em que a decisão se torna imutável, significando-se, portanto, que a interposição de recursos extraordinários, mesmo que sem efeito suspensivo, obsta essa imutabilidade.

O texto constitucional que confere a presunção de inocência não dá margem exegética

³³⁵ A reflexão sobre o tensionamento entre o “tempo do direito” e o “tempo social” em uma sociedade marcada pela velocidade é, no contexto específico do processo penal, desenvolvida por Badaró e Lopes Jr. Cf. BADARÓ, Gustavo; LOPES JR., Aury. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

para que, na interpretação/aplicação constitucional, o STF conclua pela não culpabilidade apenas até a prolação de acórdão condenatório por órgão colegiado de segunda instância, muito menos que a experiência estrangeira tenha o condão de operar uma interpretação na direção de restringir ou limitar as normas constitucionais com garantias mais amplas no direito interno.

Nesse sentido, a invocação do “direito comparado” com a exposição de experiências estrangeiras como fundamento da decisão é acometida por graves generalizações. A decisão, nitidamente, negligenciou as inúmeras disparidades entre os sistemas jurídicos dos países citados. Em muitos desses países, o julgamento já em primeira instância é feito por um colegiado³³⁶, o qual se diferencia do julgamento monocrático em primeira instância no Brasil. Outras diferenças abissais podem ser identificadas, por exemplo, nos sistemas recursais, no sistema carcerário e na ampla variedade de políticas criminais e processuais entre esses países, o que faz padecer de ausência de parâmetro razoável de comparação com o caso brasileiro.

Além disso tudo, o principal fato que demonstra a inconsistência desse argumento está no próprio texto constitucional que estabelece um marco temporal diferente para a presunção: a Constituição de 1988, ao contrário das experiências invocadas, prevê a presunção de inocência até o trânsito em julgado. Essa distinção insuperável aponta uma especificidade que impede qualquer paralelismo, além do que nenhum documento constitucional de outro Estado tem poderes derogatórios sobre a Constituição brasileira.

Como cláusula pétrea, ainda que se fale em “núcleo essencial do direito fundamental à presunção de não culpabilidade”, esse direito posto a salvo pelo poder constituinte originário até do próprio poder constituinte derivado não poderia sofrer interpretação que, verdadeiramente, apresenta-se como tendente a o abolir. Nem por lei ordinária, muito menos por Constituições alheias pode se dar essa restrição sem que se configure a plena inconstitucionalidade perante o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

Outrossim, constata-se que o fato de os recursos especial e extraordinário serem de fundamentação vinculada e limitados ao reexame de questões de direito não se apresenta como argumento legítimo para dar sustentação à execução antecipada da pena. Isso porque

³³⁶ LOPES JR., Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. Consultor Jurídico (São Paulo. Online), v. 1, p. 1-7, 2016, p. 3.

essa índole extraordinária não tem o condão de alterar o conceito de trânsito em julgado³³⁷ expressamente posto na Constituição e na legislação infraconstitucional pelo art. 283 do Código de Processo Penal como marco derradeiro do processo para fins de execução da pena. É patente que o conceito de trânsito em julgado, coisa julgada formal e material, não se dá na pendência de qualquer recurso.

Adicionalmente, o argumento de que a antecipação da execução provisória da pena seria meio idôneo para se combater a incidência de recursos protelatórios desconsidera o fato de que não se estabelece liame de causa e efeito entre essas duas realidades, o que demonstra, mais uma vez, o viés simbólico da atuação do STF, convertendo a decisão em verdadeiro álibi social. Em outros termos, a verificação de eventuais excessos por parte da defesa no que concerne ao exercício abusivo do direito de recorrer deve encontrar outras vias de solução que não a interpretação completamente desconexa do texto constitucional.

Não se nega que o propósito meramente protelatório dos recursos, com o fito de impedir o exaurimento da prestação jurisdicional e o consecutivo início do cumprimento da pena, deve ser combatido, porém padece de inconsistência a decisão que encontra impeditivo para esse fato na plena concretização do direito fundamental à presunção de inocência nos termos do dispositivo constitucional.

Ao contrário do que o Ministro Teori Zavascki defendeu em seu voto, os equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias não podem ser corrigidos, plenamente, com amparo da tutela jurisdicional. O uso de mecanismos que resultem na suspensão da execução provisória da pena não é capaz de inibir consequências danosas para o acusado, uma vez que há efeitos irreversíveis e irremediáveis. Ainda que o Supremo Tribunal Federal anule *ab initio* o processo, reduza a pena, altere o regime de cumprimento, em suma, acolha o recurso, não se impacta a impossibilidade de se devolver o “tempo” que foi tomado do imputado.

Ademais, convém evidenciar que o entendimento dado no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 foi confirmado pelo Plenário do STF em outras ocasiões ainda em 2016. No entanto, essa tese firmada pelo STF, a despeito de dever ser aplicada aos processos em curso nas demais instâncias, é passível de alteração, tendo em vista que a pauta de

³³⁷ *Ibidem*, p. 2.

julgamentos do STF para o primeiro semestre de 2019³³⁸ inclui ações que tencionam alterar a orientação acerca da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em segunda instância.

Além disso, há claras incursões do Poder Executivo na tentativa de, mediante projeto de lei³³⁹ a ser enviado ao Congresso Nacional, promover mudanças na legislação infraconstitucional com o escopo de incluir a possibilidade do início de execução provisória da pena a partir da condenação em segunda instância.

Como visto, a decisão do STF no Habeas Corpus de nº 126.292 ainda suscita muitas questões na ambiência da base democrática da Constituição. Ao se curvar aos reclamos de parte do público e de grande parte da imprensa, a Suprema Corte, mediante degradação constitucional flagrante do texto constitucional, procede a uma mutação inconstitucional, relativizando a presunção de não culpabilidade posta como direito fundamental na Constituição. Assim, a mudança não foi operada dentro do âmbito normativo, muito menos em coerência com o programa normativo da Constituição. Operou-se uma verdadeira deturpação pragmática da linguagem constitucional, resultando mais em simbolismo do que em efetividade.

Por fim, nesse cenário ainda controverso e incerto, somada aos problemas operacionais do direito em um contexto de modernidade periférica, a atuação do STF pode, por um lado, conquistar grande parte da opinião pública, diante da cobrança da população/público por atitudes efetivas e imediatas para sanar problemas jurídicos e sociais. Por outro lado, essa atuação adquire um sentido político-ideológico, visto que se transmite um modelo de efetividade da função jurisdicional penal cuja viabilização depende de outras ações conjunturais que não decorrem dos efeitos da decisão, mas sim de condições jurídicas, sociais e políticas sobremaneira diversas.

³³⁸ O Supremo Tribunal Federal divulgou a pauta de votações a serem realizadas pela Corte no primeiro semestre de 2019. Entre os casos a serem decididos pelo Plenário estão as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que se discute a execução da pena a partir da condenação em segunda instância, pautada para sessão extraordinária prevista para 10 de abril de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/pauta/listarCalendario.asp?data=10/04/2019> Acesso em: 01/02/19.

³³⁹ O atual Ministro da Justiça e da Segurança Pública apresentou Projeto de Lei Anticrime que, segundo ele, “adequa a legislação à realidade atual e torna o cumprimento de penas mais eficiente” Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63/pl-mj-sp-medidas-contracorrupcao-crime-organizado.pdf> Acesso em: 06/02/19.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma recapitulação sintética das ideias desenvolvidas neste estudo, tem-se que as mutações constitucionais no contexto dos problemas inerentes aos países periféricos, muitas vezes, resultam de atuação simbólica dos tribunais constitucionais, especialmente, no Brasil, do Supremo Tribunal Federal. Em razão disso, em muitas ocasiões, identifica-se a conexão entre o fenômeno jurídico das mutações constitucionais na modernidade periférica com a função simbólica da atuação do Supremo Tribunal Federal, prevalecendo um sentido político-ideológico que opera como álibi social em prejuízo da concretização normativa da Constituição.

Para essa constatação, conclui-se que a abordagem teórico-sistêmica das mudanças simbólicas da Constituição é profícua por não negligenciar a complexidade da sociedade e as dificuldades que circundam um país periférico. Assim, na modernidade periférica, questão problemática é o fato de a Constituição não funcionar, de modo suficiente, como mecanismo para garantir a autonomia operacional do direito nem como subsistema do sistema jurídico, pondo-a em situação vulnerável a injunções de outros sistemas, mormente, do sistema econômico e do político.

Nesse cenário, a discussão acerca da permanência e da mudança da Constituição na teoria constitucional corrente se bifurca: as mudanças da normatividade decorrentes de alterações do texto constitucional e as mudanças do sentido normativo da Constituição em face do processo de concretização ou realização constitucional.

Quando focado o fenômeno da mutação constitucional como mudanças operadas na Constituição advindas da transformação do sentido normativo sem alteração do texto constitucional em seu processo de concretização, entende-se que a atividade de interpretação/aplicação constitucional desempenhada pelos tribunais constitucionais pode resultar em efetividade ou em simbolismo.

Da origem ao desenvolvimento, as observações desses processos de mutação constitucional fizeram notar que, a despeito de não haver garantia absoluta, a vinculação aos limites do texto constitucional dá meios para que se preserve e se fomente a força normativa da Constituição, dificultando, ou mesmo impedindo, que as mutações se configurem, pela ausência total de limites, em superação da norma por simples fatos consumados, em detrimento da estrutura das normas constitucionais e das possibilidades de interpretação de seus textos.

No Brasil, a recepção acrítica do conceito de mutação constitucional, ainda ligado ao pioneirismo alemão, tem como um dos principais problemas a negligência, por grande parte da doutrina, notadamente Ferraz, Bulos e Barroso, em relação às abissais disparidades do contexto histórico, econômico, jurídico e social com o cenário hodierno. Constata-se que essa parcela da doutrina nacional funda seu entendimento em elementos acolhidos de diferentes fases dos estudos de mutação constitucional da doutrina alemã com destaque para a compreensão do fenômeno ainda a partir de possíveis descompassos entre a realidade e as normas constitucionais, causados, pois, por mudanças sociais sem explicação jurídica consistente de seus limites.

Em reação, verifica-se também uma linha doutrinária que se põe resistente à maneira como a teoria da mutação constitucional foi incorporada ao debate jurídico e à prática jurídico-constitucional brasileira. Partindo de uma reflexão crítica, identificam-se ocasiões em que a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em casos de mutação constitucional se deu fora das funções que lhe foram atribuídas dentro do quadro do Estado Democrático de Direito pela Constituição, em flagrante ingerência na esfera de decisão política do parlamento.

Muitas vezes, esse estado de coisas provoca uma atuação simbólica do Supremo Tribunal Federal, conferindo sentido político-ideológico às mutações constitucionais. Como Suprema Corte de um país na modernidade periférica, os problemas relacionados ao simbolismo próprio da experiência constitucional demonstram peculiaridades sintomáticas de um constitucionalismo ainda frágil e vulnerável a injunções externas.

Quando focado o caso brasileiro, apura-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) atua simbolicamente em determinados casos de mutações constitucionais nos quais prevalece, em prejuízo de uma “racionalidade jurídica”, o significado político-ideológico. Essa lógica faz que a jurisdição constitucional se incline para a construção de decisões simbólicas com o objetivo de criar um alibi social, expediente com efeito sedante para pressões sociais, em prejuízo de uma atividade jurisdicional comprometida com a concretização normativo-social da Constituição.

Como uma das vias para a ocorrência dessa situação, o alinhamento ao horizonte teórico do “neoconstitucionalismo” favorece ao uso superestimado dos princípios e à escolha da ponderação como solução de questões da jurisdição constitucional e sobrevaloriza a função judicial em prejuízo da legislativa e executiva. Paradoxalmente, isso não tem como efeito a fortificação do direito, mas sim uma crescente “judicialização” simbólica – nova dimensão da

constitucionalização simbólica – como óbice à concretização jurídica da Constituição.

Assim, ainda que cômico da ineficácia social da mutação para os fins demandados pelo público, produz-se um alibi com a intenção de reforçar, pelo menos momentaneamente, a confiança popular na judicialização daquela questão. Nesses moldes, o direito passa a irritar o sistema político, fazendo que, sistematicamente, o Judiciário migre do centro do sistema jurídico para o centro do sistema político. Em termos da base conceitual do constitucionalismo em uma abordagem sistêmica, fundamentalmente, não há uma necessária diferenciação funcional entre política e direito.

Como ilustração da atuação simbólica do Supremo Tribunal Federal (STF) em casos de mutação, destaca-se o significado político-ideológico da mutação inconstitucional do direito fundamental à presunção de inocência (ou não culpabilidade). Em virtude dos reclamos do público e de grande parte da imprensa para que haja um modo efetivo e imediato para se combater a corrupção e a impunidade, a Suprema Corte, mediante interpretação antônima ao texto constitucional, procede a uma mutação inconstitucional a fim de relativizar a presunção de não culpabilidade.

Desse modo, em vez de as mutações constitucionais exercerem importante papel de construção de sentido normativo congruente com a concretização de valores constitucionais, podem passar a empreender uma degradação semântica do texto constitucional no processo de interpretação/aplicação, sendo, muitas vezes, fator de distorção casuística do sentido normativo do texto constitucional, de intensificação do descompasso entre mudanças simbólicas da Constituição, com a permanência de estruturas reais de poder, mantendo o *status quo* social e acirrando as relações de sobreintegração e subintegração.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan., 2009.
- _____. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- BACHUR, João Paulo. **Às portas do labirinto: para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo; LOPES JR., Aury. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidini e Alessandro Betti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- BETTI, Emilio. **Teoría de la interpretación jurídica**. Santiago: Ediciones UC, 2015.
- BÔAS FILHO, Orlando Villas; GONÇALVES, Guilherme Leite. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. **O povo é inconstitucional: poder constituinte e democracia deliberativa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

CARBONELL, Miguel (org.) **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista De Direito Mackenzie**, v. 12, p. 129-165, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. 2015. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre permanência e mudança. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 7(2):136-146. <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2015.72.04>.

COPI, Irving M. **Introdu o   Lógica**. Tradu o Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

DAU-LIN, Hs . **Mutación de la constitución**. On ti: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. **Ciência do direito e legitima o**: crítica da epistemologia jurídica de Kelsen a Luhmann. Tradu o de Pedro Jimenez Cortisano. Curitiba: Juruá, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constitui o**: muta es constitucionais e muta es inconstitucionais. 2. ed. Osasco: Edifio, 2015.

_____. Muta o, reforma e revisão das normas constitucionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**: teoria geral da constitui o. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 765-793.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. Tradu o de  nio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.).

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza, 1993.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Fun o interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade. **Revista Direito e Práxis**, v. 1, p. 16-31, 2010.

_____. **Teoria dos sistemas**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradu o de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpreta o/aplica o do direito e os princípios. 8  ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a "Fórmula do Peso" de Robert Alexy: significância e algumas implica es. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Porto Alegre, v. 31, n. 65, p. 25-41, jan./jun. 2007, p. 37.

H BERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constitui o**: Contribui o para a Interpreta o Pluralista e 'Procedimental' da Constitui o.

Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Tradução de Luís Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Facticidade y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Editora Trotta, 2005.

HELLER, Herman. **Teoria do estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

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

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

HORTA, Raul Machado. Permanência e Mudança na Constituição. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 115, p. 5-25, jul./set. 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Tradução para o espanhol de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

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

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.

LOPES JR., Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. Consultor Jurídico (São Paulo. Online), v. 1, p. 1-7, 2016.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. Excesso de autorreferência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. **Revista Direito GV**, v. 12, p. 691-717, 2016.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Ibero Americana, 2002.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento**. Santiago do Chile: Ed. Universitária, 1984.

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

NEPP/Unicamp (Núcleo de Estudos em Políticas Públicas/Universidade Estadual de Campinas). **Brasil 1985**: Relatório sobre a situação social do país. Campinas: Editora da Unicamp, 1986, v. 1.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996.

_____. Os Estados no centro e os Estados na Periferia: alguns problemas com a concepção de Estados da Sociedade mundial em Niklas Luhmann. **Revista de Informação Legislativa**, v. 206, 2015, p. 128.

_____. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil - o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2012.

_____. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

_____. Pesquisa Interdisciplinar no Brasil: O Paradoxo da Interdisciplinaridade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, p. 207-214, 2005, p. 209.

_____. Corrupção, exclusão e exceção? Vai acabar dando em revolução: O Brasil suborna mais porque é desigual ou é desigual porque suborna mais?. **Revista Brasileira de Inteligência**, v. 77, p. 72-85, 2017.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; STRECK, Lenio Luiz. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**, v. 15, p. 71-102, 2007.

PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares. **Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 26. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2004.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** n. 1, jan/jun 2003, p. 607/630.

. O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. In: **Revista Direito.UnB**, v. 2, p. 96-118, 2016.

_____. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares, São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.) **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Tradução de José M.^a Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; BARRETTO, Vicente de Paulo. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), v. 1, p. 75-83, 2009.

_____. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012.

TEIXEIRA, J.H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constituicipin. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madri, ano 20, n. 58, p. 150-135, jan./abr. 2000.

VANOSI, Jorge Reinaldo A. **Estudios de teoría constitucional**. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2002.