



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO PAULO SOUZA SILVA

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO MEIO JURIDICAMENTE IDÔNEO DE
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

FORTALEZA
2009

JOÃO PAULO SOUZA SILVA

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO MEIO JURIDICAMENTE IDÔNEO DE
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientação: Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves.

FORTALEZA
2009

JOÃO PAULO SOUZA SILVA

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO MEIO JURIDICAMENTE IDÔNEO DE
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Profa. Esp. Wagneriana Lima Timoteo
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Esp. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará - UFC

À minha mãe, *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Senhor, pela força e coragem de recomeçar a cada dia.

Ao Professor Flávio Gonçalves, por haver aceito e bem desempenhado o encargo de orientação deste trabalho e pelo estímulo em persistir na pesquisa jurídica.

Aos professores William Júnior e Wagneriana Timoteo, pela essencial participação na banca examinadora deste trabalho.

Aos amigos mais próximos, Suzy Braga e Daniel Oliveira, pelos apoios moral e material para a consecução desta pesquisa.

“Então você entenderá a justiça e o direito, a equidade e todas as boas veredas. Porquanto a sabedoria virá ao seu coração, e você terá gosto no conhecimento.”

(Provérbios, 2, 9-10)

RESUMO

Expõe a importância da participação dos magistrados no processo de interpretação concretista das normas constitucionais dentro do contexto jurídico brasileiro. Descreve o fenômeno da mutação constitucional, definindo-a como modificação difusa no alcance, sentido e conteúdo de suas normas sem a alteração textual formal. Enfatiza a relevância da idéia de democratização e abertura do processo interpretativo e na busca pela consecução dos fins constitucionais. Elenca as formas de modificação formal do texto previstas na Constituição Federal. Tece considerações acerca das limitações institucionais da atividade judiciária e da importância dos magistrados no exercício das tutelas constitucionais, ratificando sua legitimidade na atividade de conformação da realidade social com a ordem jurídica. Relaciona os princípios fundamentais como limites materiais da atividade hermenêutica constitucional, estabelecendo paralelo com as limitações à atuação do poder constituinte derivado. Apresenta conclusões no sentido de reconhecimento da possibilidade de interferência da atividade dos órgãos jurisdicionais singulares na reconstrução da realidade constitucional.

Palavras-chave: Mutação constitucional. Atividade judiciária. Hermenêutica constitucional.

ABSTRACT

Presents the importance of the judge's participation in the constitutional law interpretation process in Brazilian juridical context. Describes the phenomenon of constitutional mutation and defines them as changes in the reach, meaning or subject of their laws, without textual and formal alteration. Emphasizes the relevancy of the democratization and opening of the interpretative process and the constitutional purposes fulfillments. Lists the formal modifies ways that the Federal Constitution establishes. Makes some considerations about the judicial activity institutional limitations and their importance for the constitutional defense practice and ratifying their lawful for the accordance between the social reality and the legal order. Relates the fundamental principles as material limits for constitutional hermeneutic and drawing a parallel between them and the constitutional legislators action. Shows conclusions admitting the juridical singular organizations interference in the normative constitutional reconstruction.

Keywords: Constitutional mutation. Judicial activity. Constitutional hermeneutic.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|------|--|
| ADCT | Ato das Disposições Constitucionais Transitórias |
| ADPF | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| CPI | Comissão Parlamentar de Inquérito |
| STF | Supremo Tribunal Federal |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL. CONCEITUAÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS..... | 12 |
| 3 INSTRUMENTOS FORMAIS DE MODIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E DA ORDEM CONSTITUCIONAL..... | 20 |
| 4 INSTRUMENTOS INFORMAIS DE MODIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: MUTAÇÃO..... | 24 |
| 4.1 MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS PURAS..... | 25 |
| 4.2 MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS IMPURAS..... | 27 |
| 5 AS LIMITAÇÕES INSTITUCIONAIS À ATIVIDADE HERMENÊUTICA DOS MAGISTRADOS..... | 28 |
| 6 O CONTROLE JUDICIAL DA CONSTITUIÇÃO..... | 34 |
| 7 OS LIMITES INTRÍNSECOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIFUSA..... | 43 |
| 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 51 |
| REFERÊNCIAS..... | 53 |

INTRODUÇÃO

A Constituição, além de um estatuto simplesmente físico, um mero documento escrito, representa a realidade normativa fundamental de uma sociedade, cujo principal elemento mantenedor é o dinamismo existente entre essas duas concepções jurídicas.

Uma vez concebida, uma Constituição necessita garantir a estabilidade do sistema que disciplina. Essa harmonia, no entanto, não significa a imutabilidade normativa, tendo em vista o significativo dinamismo que permeia as relações sociais que disciplina.

Desse modo, a própria Carta prevê meios de atualização. Ocorre que, a depender da opção do constituinte originário, estes podem quedar-se insuficientes à adequação normativa da Constituição, em razão do grau de complexibilidade dos instrumentos de reforma.

Porquanto a realização da Constituição *material* seja estritamente necessária nos atuais moldes de Estado Democrático, ao Judiciário tem sido delegada a função de concretização do Direito, em razão da insuficiência institucional dos demais Poderes.

Diante precária conformação entre as realidades formal e material da Constituição, a atividade hermenêutica tem conduzido a construções interpretativas que rearranjam o sentido, o alcance e a aplicabilidade das normas constitucionais.

A estrutura do Poder Judiciário brasileiro assume disposição piramidal, cujo topo seria o Supremo Tribunal Federal (STF), e o sustentáculo basal os julgadores monocráticos.

A partir de tal acepção, verifica-se a pequena presença, nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, de abordagens acerca da importância, dos limites e das possibilidades de atuação dos juízos instrutórios no que diz respeito à interpretação e aplicação das normas constitucionais aos casos concretos.

A concretização dos preceptivos constitucionais está longe de representar atividade privativa do Supremo Tribunal Federal. A prerrogativa de guardião da Constituição certamente lhe atribui poderes especiais para interpretar e aplicar as normas do Texto Fundamental. No entanto, deve-se reconhecer a importância da atuação dos órgãos

jurisdicionais singulares na recriação dos elementos normativos, em razão de sua maior proximidade da realidade social, seja pelo exercício do controle difuso de constitucionalidade, seja pela tutela dos direitos fundamentais, seja pela cognição processual ordinária.

Busca-se, portanto, estabelecer análise acerca da influência da atuação dos juízes nos processos de modificação informal da Constituição, por via hermenêutica.

1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL. CONCEITUAÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

Uadi Lammêgo Bulos define com precisão a mutação constitucional como sendo “o fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas”¹. Não obstante a singeleza da definição proposta, o tema em questão apresenta inúmeras peculiaridades dentro da cientificidade do Direito Constitucional.

Ressalva se faça, no entanto, em relação à utilização do vocábulo texto na definição mencionada. Isso porque a mutação constitucional, enquanto modificação de natureza informal, como considerada neste estudo, não importa em mudança no texto constitucional propriamente dito. Portanto, ressalte-se o real significado de tal palavra que, nesse contexto, assume a acepção de norma jurídica material.

De fato, na mesma obra, o autor, por diversas vezes, reconstrói, direta ou indiretamente, sua concepção acerca do fenômeno, esquadrinhando proficuamente suas diversas nuances. Em uma das mais brilhantes redefinições, qualifica o objeto de estudo como “mudanças informais e difusas”, justificando a caracterização:

[...] porque nascem da necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais aos fatos concretos, de um modo implícito, espontâneo, quase imperceptível, sem seguir formalidades legais.

Atuam modificando o significado das normatizações depositadas na Constituição, sem vulnerar-lhes o conteúdo expreso; são apenas perceptíveis quando comparamos o entendimento dado às cláusulas constitucionais em momentos afastados no tempo.²

Enquadradas no contexto da nova hermenêutica constitucional, doutrina que elenca os princípios de interpretação especificamente constitucional, as modificações no entendimento, no alcance e na aplicabilidade das normas constitucionais cujas ocorrências venham a independer da atuação do Poder Constituinte Reformador afiguram-se como instrumento de adequação da realidade normativa às ideologias políticas vigentes.

A nova hermenêutica constitucional utiliza-se de métodos de interpretação que se voltam especialmente à realização dos direitos fundamentais³, consagrando a exploração da abertura e generalidade dos preceptivos da Carta, de extraordinário valor semântico, através

¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 54.

² *Ibid.* p. 58-59.

do confronto de princípios e de argumentações, com a eleição daqueles que, no caso concreto, apontem para a melhor realização dos *fins constitucionais*, sempre atendendo às limitações materiais de realização e concretização impostas pela própria Ordem Jurídica.

O pressuposto inicial para a compreensão das mutações situa-se no liame existente entre a relação dialógica dos conceitos formal e material de Constituição.

De fato, as modificações constitucionais de que trata este trabalho situam-se no estrito campo da concretização das normas constitucionais, em que o conteúdo formal, mesmo que incólume, curva-se à necessidade de adequação e conformação social da realidade jurídica. Neste sentido, a lição de Susana Sbrogio'galia:

A Constituição, tomada sob a forma de uma institucionalização jurídica do poder, conjunto das normas fundamentais sob o qual se assenta o ordenamento jurídico, estatuidando as relações do poder político entre governantes e governados, denota uma realidade dicotômica, mas não cindível, entre Direito e Estado. Disso se extrai uma perspectiva constitucional material e outra formal.⁴

Nesse aspecto, pode-se situar o fenômeno no liame de conformação entre as acepções de Constituição Real e Jurídica, como apontadas por Konrad Hesse⁵, posto que a ordem jurídica substanciada no texto constitucional (Constituição Jurídica) apenas garante sua força normativa num contexto de interdependência e coordenação com a realidade social (Constituição Real).

O construtivismo interpretativo, dentro dos limites existentes entre as realidades jurídica e social, assume papel preponderante na reedificação dinâmica da ordem constitucional, com fundamental significância para a subsistência da força normativa da Constituição.

Paulo Bonavides⁶, em análise das técnicas interpretativas da nova hermenêutica constitucional, afirma a existência de uma relação de subordinação “precariedade dissimulada da Constituição formal à Constituição material”, sendo esta a Constituição Real e aquela a Jurídica, conforme designação dos estudos de Hesse, o que facilitaria a ocorrência de mudanças normativas pela via interpretativa.

³ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 65-73.

⁴ SBROGIO'GALIA, Susana. **Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 46.

⁵ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 514.

Para o constitucionalista brasileiro, as mutações constitucionais consistem nas “mudanças mediante as quais a Constituição se conserva estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora”⁷.

Desse modo, quanto mais aproximada for a realidade política e social de um povo juridicamente ordenado em torno de uma Constituição da sociedade aberta e plural apregoada por Peter Häberle⁸, mais diversificados serão os fatores determinantes e ensejadores dos processos de modificação material da Ordem Constitucional.

A comunidade noticiada pelo doutrinador citado é marcada por um amplo processo de democratização da atividade interpretativa que, para ele, abrange um catálogo de agentes o mais aberto possível, em que cada cidadão assume o papel de elemento construtor da ordem jurídica vigente, efetiva ou potencialmente, sem prejuízo da atuação dos poderes estatais e dos grupamentos sociais organizados.

No contexto doutrinário de Häberle é ressaltada a figura do legislador como “elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional”⁹, por dois motivos fundamentais: pelo fato de constituir o Poder Legislativo, que, por compor um dos poderes estatais, é um dos integrantes da sociedade pluralista de intérpretes da Constituição; e por ser o principal responsável pela criação da realidade constitucional (ou seja, do texto propriamente dito), visto que um dos fatores determinantes das mutações informais são as mudanças formais (textuais), através de emendas ou revisões, que ensejam a necessidade de conformação entre as normas derivadas e as originárias.

Nesse diapasão, a atividade hermenêutica desvincula-se da idéia de prerrogativa estatal, convertendo-se em elemento de verdadeira transformação social, à medida que se apresenta como instrumento hábil à efetivação de direitos constitucionalmente previstos, mas que encontram óbice na inércia do legislador infraconstitucional.

Em relação à rigidez constitucional, a mutabilidade pela via interpretativa apresenta caráter interessante. Vez que as modificações hermenêuticas da Carta independem

⁷ *Ibid.* p. 515.

⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1977.

⁹ *Ibid.* p. 27.

de reformas ou revisões formais em seu corpo normativo, em análise meramente superficial poder-se-ia afirmar a inexistência de relação entre a rigidez e as mutações informais.

Nesse sentido, apontamos os ensinamentos de Bulos, na obra já citada, que, embora com razão afirme a possibilidade de ocorrência de mutações tanto nos textos rígidos quanto nos flexíveis, deixa de considerar a impossibilidade jurídica de revisão e adequação dos textos à realidade material como elemento indutor de práticas interpretativas concretistas voltadas à adequação material da realidade constitucional.

Tal entendimento, no entanto, não merece prosperar.

O grau de rigidez de uma ordem constitucional vincula-se às possibilidades e procedimentos para a alteração formal de suas normas. Deste modo, quanto mais complexo for o procedimento para emendar ou revisar o texto de uma Constituição, mais rígida ela será considerada.

Ocorre que as mutações constitucionais de que ora se trata, por seu caráter eminentemente hermenêutico, costumam, em um contexto de menor flexibilidade constitucional, ser mais frequentes, por mais necessárias se afigurarem.

Isto porque elas emanam, em sua essência, das evoluções normativas não positivadas, decorrentes do desenvolvimento, do progresso ou retrocesso social, político, histórico, bem como pela concepção de novas técnicas hermenêuticas (ou mesmo da restauração e reestruturação de técnicas tidas por ultrapassadas ou em desuso), além da alteração da composição dos tribunais, por exemplo.

Destarte, o desenvolvimento da nova hermenêutica constitucional e a conseqüente abertura das técnicas e das legitimidades de interpretação leva à maior maleabilidade da realidade normativa, vez que busca dar a maior efetividade possível às normas, em especial pela exaltação dos princípios constitucionalmente consagrados. Neste sentido, é a lição de Luís Roberto Barroso:

Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais

genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.¹⁰

De acordo com o autor, os princípios fundamentais da Constituição estabelecem o “núcleo imodificável do sistema, servindo como limite às mutações constitucionais”¹¹. Isto porque a superação desses princípios exige, na visão do autor, “um novo momento constituinte originário”.

Desta última assertiva, chegamos a mais uma importante conclusão: as mutações informais da Constituição são processos cuja origem é desvinculada da atuação do poder constituinte originário.

Para a doutrina de Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet, o Poder Constituinte Originário assume o papel de fundamento de validade da Constituição, sendo definido como “a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política”¹².

É, portanto, o elemento político responsável pela produção de uma dada Constituição, mas que não se exaure quando da sua conclusão, visto ser um poder dotado de permanência, subsistindo apto a manifestar-se a qualquer momento, não se sujeitando a condições ou limitações formais, mas cuja aparente inércia desponta necessária para a manutenção da segurança das relações jurídicas, que necessariamente restarão subordinadas aos ditames fundamentais da ordem constitucional.

Dessa forma, apenas as modificações formais da Constituição, responsabilidade direta do poder constituinte constituído, encontram-se estritamente vinculadas à atuação do poder constituinte originário, o qual delimitará sua atuação, determinando procedimentos, por exemplo.

As mudanças informais, como aqui consideradas, são oriundas não apenas dos poderes estatais formalmente instituídos, mas de todos os integrantes de uma sociedade cuja interpretação material das normas jurídicas seja processo democratizado, efetiva ou potencialmente.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.151.

¹¹ *Ibid.* p. 155.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 197.

Poderão, portanto, surgir a partir da atuação de agentes extrínsecos à ordem constitucional, elementos estes desvinculados da atuação política do constituinte e das delimitações juridicamente estabelecidas por ele, no que se refere à origem desses agentes, embora se encontrem plenamente cingidos, em sua atuação, às limitações do cerne principiológico imutável da ordem, ou seja, dos já mencionados princípios fundamentais.

A doutrina esposada por Mendes, Gonet e Mártires preconiza que a problemática referente às mutações normativas não se situam exclusivamente “nos domínios da hermenêutica jurídica”, enfatizando o papel da “Semântica Jurídica”, que “outra coisa não é senão um capítulo ou setor da Semântica Geral”, asseverando, ainda, que:

[...] se a *textura aberta* é a característica da linguagem normativa *tout court*, e não apenas do linguajar do direito, também careceria de sentido cogitar da existência de um “falar” tipicamente constitucional, que legitimasse a ocorrência de mutações nos enunciados da Constituição não encontráveis nos falares vigentes noutros ramos do direito, em que pese reconhecer que – por sua natureza e função –, os textos constitucionais são necessariamente mais *abertos* do que aqueles que veiculam os demais comandos jurídicos.¹³

Carece de consistência a argumentação esposada pelos autores mencionados.

É certo que as técnicas hermenêuticas especificamente constitucionais, elaboradas a partir da observância dos limites impostos pelos princípios fundamentais, decorrem da peculiar natureza e superioridade das normas da Constituição. Nessa linha de raciocínio, assentamos a conclusão de Luís Roberto Barroso:

A natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. Conceitos como o de igualdade, moralidade, função social da propriedade, dentre outros, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade.¹⁴

Ocorre que, ao contrário da dedução extraída da doutrina dos autores que sustentam ter a abertura inerente ao texto constitucional caráter semântico diferente do caráter hermenêutico, mesmo a identificação da semântica dos vocábulos contidos nos textos normativos é atividade de interpretação típica do hermeneuta constitucional, permeada, por conseguinte, da discricionariedade apontada por Barroso, no que se refere às inúmeras possibilidades de aplicação e alcance das normas ante a necessidade de concretização dos

¹³ *Ibid.* p. 129-130.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.107-108.

termos jurídicos singularmente indeterminados, programáticos e abstratos típicos da natureza principiológica da Constituição.

Glauco Barreira ressalta a influência da situação fática na concretização do sentido nas normas constitucionais, inferindo a existência de um “ir e vir dialético entre o sentido lingüístico e a realidade concreta, atualizando a norma em face das novas exigências da sociedade”¹⁵.

Resta clara, portanto, a vinculação da semântica textual aberta à necessária emergência das técnicas interpretativas consagradas pela nova hermenêutica constitucional. Apartar os momentos de aferição das acepções lingüísticas e de determinação normativa no processo de identificação e aplicação das normas constitucionais desvirtua a natureza e a substância das variações de sentido, alcance e conteúdo dos preceptivos normativos.

Para encerrar este bloco panorâmico, cumpre mencionar a natureza das mutações de que se trata.

A interpretação constitucional é um dos maiores desafios enfrentados pelos profissionais do Direito e, por conseqüência, um dos mais férteis campos de atuação e crescimento da Ciência Jurídica.

A transposição da conservadora barreira existente entre o império do *fetichismo legal* e a consagração do Estado Constitucional, com a sobrelevação da Constituição à categoria de norma fundamental e suprema de organização estatal e de delimitação e afirmação de direitos subjetivos, individuais e coletivos, tem feito recair sobre os juristas a responsabilidade de garantia do atendimento dos preceptivos constitucionais.

De fato, o formato contemporâneo de Constituição garantista é prenhe de normas de aplicabilidade geral, precisa e imediata, devendo a necessidade de regulamentação legal para o exercício de direitos afigurar-se como exceção que deve ser expressamente prevista no Texto Fundamental.

Desse modo, o magistrado, enquanto aplicador do Direito, é também, necessariamente, aplicador e intérprete da Constituição, devendo sobrepô-la às demais espécies normativas, e empregá-las diretamente, se preciso for.

¹⁵ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 66.

Presta-se, aqui, portanto, a delinear uma análise acerca das modificações constitucionais das quais não resultem alterações textuais das normas, sejam elas componentes do corpo permanente de artigos da Constituição, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), das Emendas à Constituição ou dos tratados internacionais que disponham sobre direitos humanos e cujo procedimento legislativo de recepção atenda aos requisitos para deliberação próprios à edição de Emendas à Constituição.

As modificações das quais se passa tratar são aquelas resultantes especialmente da atividade hermenêutica dos juízes.

2 INSTRUMENTOS FORMAIS DE MODIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E DA ORDEM CONSTITUCIONAL

Uma Constituição caracteriza-se, primordialmente, por consubstanciar materialmente os elementos formadores de uma ordem jurídica, delimitando a organização e os limites das estruturas dos poderes estatais, estabelecendo direitos e garantias mínimas dos indivíduos, disciplinando o processo legislativo e tecendo os instrumentos formais de sua reforma e adequação à evolução da sociedade.

No caso específico do Brasil, foram previstos dois instrumentos formais de modificação da Constituição no texto de 1988: a revisão constitucional e as emendas à Constituição.

A revisão constitucional, definida no artigo 3.º do ADCT, seria procedida logo que decorridos cinco anos da promulgação da Carta, aparentemente para adequar o texto original a eventual mudança na forma e/ou no sistema de governo, conforme fosse o resultado do plebiscito previsto no artigo 2.º *caput*, também do ADCT.

Após intensas discussões ocorridas nos bastidores da Assembléia Nacional Constituinte acerca da adoção do parlamentarismo no Brasil, resolveu-se por dotar o texto constitucional predominantemente de elementos típicos do sistema presidencialista republicano, mas com a previsão de realização de consulta ao eleitorado com o objetivo de ratificar o sistema e a forma de governo adotados, ou, de acordo com a vontade da população, migrar para o sistema parlamentarista, com a alternativa de ser este republicano ou monárquico.

Desse modo, por bem achou o constituinte prever instrumento relativamente flexível para a adequação do texto constitucional à eventual modificação da forma de governo: a revisão constitucional.

O resultado da consulta promovida em 1993 nada alterou na ordem política vigente, o que, em tese, afastou a necessidade da revisão prevista.

Ocorre que o Poder Legislativo à época, na qualidade de constituinte constituído, valeu-se da revisão para promover alterações na Constituição que em nada tinham relação com a finalidade do instituto, deliberando acerca de direitos políticos, competência administrativa dos Estados, Direito Econômico, dentre outras matérias, produzindo seis emendas constitucionais de revisão.

Isso se deu em razão da relativa flexibilidade de modificar o texto constitucional por esta via, que se processa mediante aprovação em turno único no Congresso Nacional, em sessão unicameral, por maioria absoluta de votos.

Defendendo a inconstitucionalidade da revisão constitucional, nos moldes como procedida pelo constituinte derivado no período de 1993 e 1994, Paulo Bonavides afirma que “do ponto de vista federativo, a interpretação do art. 3.º que fizer ampla a revisão para ultrapassar os limites do art. 2.º imporá lesão gravíssima e irreparável aos fundamentos do sistema federativo”¹⁶.

Na seqüência, o autor explica sua posição, afirmando que o caráter de apuração unicameral aplicado à revisão mitigou o relevo participativo do Senado, em razão da pequena proporção de votos frente a Câmara dos Deputados.

De fato, assiste razão ao jurista cearense, tendo em vista que a excepcionalidade e a singularidade dada ao instituto pelo constituinte originário inferem a restrita interpretação no que concerne à sua aplicação, vinculando sua ocorrência apenas à hipótese de consagração da mudança do sistema ou forma de governo por deliberação popular. Assim, o emprego da revisão em hipótese diversa, tal qual ocorrido, importa em direta afronta ao bicameralismo adotado pela Constituição Federal de 1988, e, por conseqüência, ao princípio federativo.

Em relação à produção de emendas à Constituição, conforme previsto no artigo 60 da Carta, o procedimento revela-se mais complexo, porquanto se exija deliberação em dois turnos por casa legislativa do Congresso Nacional, com aprovação tomada pela concordância de, no mínimo, três quintos dos membros de cada uma delas, em cada turno.

As emendas à Constituição representam instrumento formal de mudança da Constituição, por meio de alteração, aditamento ou supressão textual, pela atuação dos órgãos

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 61.

nela descritos, obedecidas as limitações formais (conforme descrito no parágrafo anterior), materiais, temporais e circunstanciais (vedação à edição de emendas constitucionais na vigência de estado de sítio ou de defesa, ou de intervenção federal).

As limitações materiais correspondem às chamadas cláusulas pétreas, assim chamadas as matérias acerca das quais o constituinte reformador não poderá deliberar. São elas as propostas que visem à supressão da federação enquanto forma de Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, dos direitos e garantias fundamentais, ou ainda que venham a atentar contra o princípio da separação dos Poderes.

Qualquer alteração material do texto constitucional que venha, portanto, a desatender às vedações apontadas, representaria a ruptura da ordem jurídica estabelecida, o que apenas seria possível pela ativa atuação do Constituinte Originário.

Nem mesmo a soberania popular, que se acredita que tudo pode, poderia ser aclamada a, por exemplo, autorizar a instituição de pena de caráter perpétuo no Brasil, como hoje defendido pela presidência da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Pedofilia, no Senado Federal, tendo em vista a preservação do Estado de Direito em detrimento do Estado Natural.

Aclama-se, por aquele setor da referida Casa Legislativa, a convocação de plebiscito, a fim de que a população autorize a instalação de uma “mini-constituente” para dissolver o dispositivo constitucional que proíbe qualquer pena de caráter perpétuo.

Embora possa parecer razoável a proposta, implica em verdadeira relativização dos limites estabelecidos pelo Constituinte de 1988, cuja vontade deve ser seguramente conservada, para a real manutenção da legitimidade dos poderes e vedações estabelecidas na Constituição.

A doutrina de José Afonso da Silva sustenta, ainda, a existência de vedações materiais implícitas à edição de emendas à Constituição, sustentando sua tese na lógica de que se o constituinte originário estabeleceu limites ao poder reformador, não seria razoável a que este poder pudesse limitar aquele, ou seja, por ser absoluto, seria inconstitucional qualquer limitação estabelecida, por emenda, à atuação do poder originário.¹⁷

¹⁷ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 68.

No mesmo raciocínio, também inadmite que haja alteração nos aspectos relacionados aos instrumentos, às limitações e aos legitimados para a consecução das alterações formais da Constituição, tendo em vista ser esta matéria privativa do poder originário, em razão de objetivar, com a fixação de tais parâmetros, o controle preventivo da atuação do poder reformador.

3 INSTRUMENTOS INFORMAIS DE MODIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: MUTAÇÃO

Conforme já retratado no primeiro capítulo deste trabalho, nem sempre o constituinte constituído está apto a suprir as necessárias adequações da ordem jurídica constitucional às inconstantes vicissitudes econômicas, políticas e sociais a que se sujeita determinada população.

Na mesma medida em que a elevação do nível de rigidez constitucional visa a garantir maior estabilidade à ordem vigente, assegurando patamares cada vez mais sólidos de segurança jurídica, ela também determina uma maior indisponibilidade de adequação social às evoluções a que se sujeitam as sociedades contemporâneas.

Expliquemos melhor. Quanto mais rígido se apresentar o sistema, mais inquebrantável parecerá, ao passo que estará menos apto a adequar-se às novas necessidades decorrentes do dinâmico processo de evolução social, por mais inflexível que se torna.

Desse modo, as mutações constitucionais despontam como instrumento idôneo de adequação e conformação das normas constitucionais aos anseios da sociedade a elas submetida.

Bulos¹⁸ aponta a interpretação dos tribunais, as construções hermenêuticas judiciais, os usos e costumes e a influência dos grupos de pressão como os principais meios passíveis de suscitar alterações na realidade constitucional.

A doutrina de José Afonso da Silva¹⁹ acresce as alterações empíricas e sociológicas e a influência dos ordenamentos dos estatutos jurídicos infraconstitucionais que interfiram na estrutura orgânica do Estado.

Resolvemos, portanto, agrupá-las em duas classes principais, as quais denominamos de mutações puras e impuras, conforme seja o elemento determinante da variação informal da realidade constitucional.

¹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 61.

¹⁹ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 61.

3.1 Mutações constitucionais puras

Identificamos como puras as mutações decorrentes da atuação direta de entidade estatal detentora de caráter jurisdicional ou legislativo.

Não nos restringimos a estabelecer a descrição acima apresentada à atividade específica dos Poderes Legislativo e Judiciário pela razão de que a classificação aqui esposada vincula-se à natureza da atividade motivadora da modificação da realidade normativa, e não ao caráter meramente orgânico do órgão.

Assim, se a mutação decorre de costume emanado de atividade meramente administrativamente de um dado tribunal, juízo ou parlamento, não deve ser considerada pura.

Outrossim, se decorrente do exercício típico do poder jurisdicional ou de atividade legiferante dos respectivos Poderes que os detêm, ou, por exemplo da atividade legislativa do Executivo (edição de medidas provisórias), ou, ainda, de novo entendimento decorrente da atividade do Senado no que concerne ao processamento e julgamento de crimes de responsabilidade cometidos por determinadas autoridades, vê-se exemplos característicos de mutações puras.

Härbele bem relaciona as atividades legislativa e jurisdicional no que se refere ao processo interpretativo das normas constitucionais, doutrinando a tese de que, ao passo que o legislador, na tarefa de intérprete das normas fundamentais, produz leis de modo a discipliná-las e efetivá-las, abre espaço à *revisão* do produto legislado pelo magistrado, de modo a atribuir-lhe sentido condizente com as necessidades práticas dos conflitos levados a juízo.

Continua, ainda, lecionando a existência de contrapartida na referida situação, tendo em vista a possibilidade de que “muitas vezes, essas concretizações [estabelecidas por atividade judiciária decisória] passam a integrar o próprio conteúdo normativo”.²⁰

A perspectiva relacional entre as atividades de produção e interpretação das normas apontadas pelo estudioso alemão merece, nesse contexto, algumas considerações importantes, em razão de algumas nuances especiais.

²⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1977. p. 27.

A primeira, no sentido de influência direta do judiciário, por meio das interpretações concretistas, no processo legislativo *material*, tendo em vista a consolidação de entendimentos normativos discrepantes da literalidade legal.

Nesse diapasão, menciona-se a possibilidade de o legislador, através da edição de leis, procurar adequar a ordem jurídica à realidade normativa consagrada pela jurisprudência. Exemplo disso, os projetos de lei que ora tramitam no Congresso Nacional que visam a regulamentar o uso de algemas, tendo em vista a disciplina da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, mediante a edição da seguinte súmula vinculante:

Só é lícito o uso de algemas em casos em casos resistência e de fundado receio de fuga ou perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.²¹

Uma segunda observação seria a influência, *a posteriori*, do Judiciário sobre o produto legislado. Nessa hipótese, vislumbra-se a complementação da atividade legislativa pela interpretação judicial.

A precária precisão de determinados textos legais relegam ao poder judicante, muitas vezes, a estabelecer a arrematação aos textos normativos. Exemplificando o assunto, temos a previsão constitucional da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A pouca precisão da definição da ADPF, bem como da delimitação de sua natureza jurídica, culminaram na edição da lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1.999, que estabeleceu normas acerca do seu processamento e julgamento, apresentando-a como ação constitucional autônoma. No entanto, olvidou o legislador em delimitar o que viria a ser *preceito fundamental*, para efeitos da ação, tarefa esta que vem sendo resolvida pela jurisprudência.

Destarte, se relacionada à atividade jurídico-normativa estatal, reputamos pura a mutação.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Vade Mecum Compacto**. Obra coletiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1447.

3.2 Mutações constitucionais impuras

À exclusão, designamos impuras as mutações emanadas de atividade de natureza que não seja legislativa ou jurisdicional, incluindo-se, aqui, a atuação administrativa de quaisquer dos Poderes da federação, os usos, costumes e tradições da sociedade civil organizada.

Decorrem precipuamente dos fatos políticos (aqui incluídas as chamadas práticas constitucionais, tais como a inércia do legislador em disciplinar normas gerais contidas no corpo normativo da Constituição), bem como dos fatos sociais que, embora também responsáveis por mutações puras através da provocação da máquina judiciária, nem sempre estão aptos a esperar a atuação dos poderes estatais para suprir-lhes as carências.

Não obstante a importância dos meios impuros de modificação constitucional informal, passaremos, adiante, a analisar as mutações puras decorrentes da interpretação judicial dos preceptivos constitucionais.

4 AS LIMITAÇÕES INSTITUCIONAIS À ATIVIDADE HERMENÊUTICA DOS MAGISTRADOS

Os direitos e deveres funcionais da magistratura encontram-se disciplinados nos artigos 93 e 95 da Constituição Federal, na Lei Orgânica da Magistratura Nacional e, por força do art. 5.º, § 2.º da Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, em resoluções diversas editadas pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão criado sob a égide dos princípios do amplo acesso à Justiça e da celeridade da prestação jurisdicional consagrados pela Reforma do Poder Judiciário promovida em 2004.

Referidos dispositivos visam a delinear limites à atuação dos juízes enquanto membros de Poder, atribuindo direitos e prerrogativas diferenciados em relação aos demais servidores do Judiciário, bem como impondo deveres e, conseqüentemente, responsabilidades que justificam os privilégios de que gozam, pois estes se prestam, essencialmente, a assegurar a autonomia necessária ao exercício da jurisdição.

De fato, a atividade típica da magistratura reveste-se de caráter estritamente peculiar, na medida em que a ela é atribuída a resolução dos conflitos sociais e do controle da arbitrariedade dos poderes públicos, na defesa de direitos individuais, coletivos e institucionais, e na manutenção do interesse social.

Para tal, cumpre ao Judiciário a guarda e a aplicação das normas jurídicas, consubstanciadas nos textos legais, cujo substrato precípua é o corpo normativo da Constituição, espraiando-se pelas demais normas constitucionais existentes nas emendas, no ADCT e nos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Desse modo, devem os magistrados, em especial os de primeiro grau, ater-se aos limites constitucionais da aplicação do Direito quando do exercício da judicatura.

Assim, ao proferir seus julgamentos, deverão atender estritamente aos princípios da publicidade e da fundamentação das decisões, sob pena de incorrerem na nulidade estabelecida no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, a saber:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.²²

O poder decisório de cada juiz está adstrito, a princípio, aos limites de sua jurisdição e à competência que lhe é atribuída.

Os juízes de direito, por exemplo, conforme sua respectiva lotação a cargo do tribunal ao qual estejam vinculados, encontram suas atribuições para processar e julgar as causas que, dentro das competências materiais da justiça comum estadual, sejam-lhes cometidas pelos respectivos códigos de organização judiciária.

Dentro da respectiva competência, caberá ao juiz aplicar o Direito, conciliando os interesses conflitantes trazidos à sua apreciação, na plena busca pela realização da justiça, ideal perquirido pela ciência jurídica.

Nada obsta, portanto, a que o magistrado decida o caso concreto levado a juízo pautado diretamente em normas constitucionais. Muitas vezes, a estrita frieza das leis, aliada à inércia e ao conservadorismo do Poder Legislativo, é insuficiente ao atendimento dos anseios e necessidades da sociedade.

Em comentário à Lei de Introdução ao Código Civil, Maria Helena Diniz tece precisas conclusões acerca do papel integrador dos juízes, ressaltando a importância institucional da magistratura nos processos de mutação normativa:

[...] a função jurisdicional [...] não é passiva, mas ativa, contendo uma dimensão nitidamente “criadora” de norma individual, uma vez que os juízes despendem, se for necessário, os tesouros da engenhosidade para elaborar uma justificação aceitável de uma situação existente, não aplicando os textos legais ao pé da letra, atendo-se, intuitivamente, sempre às suas finalidades, com sensibilidade e prudência objetiva, condicionando e inspirando suas decisões às balizas contidas no sistema jurídico, sem ultrapassar, por um instante, os limites de sua jurisdição. Se não houvesse tal elasticidade, o direito não se concretizaria, pois, sendo estático, não teria possibilidade de acompanhar as mutações sociais e valorativas da realidade, que nunca é plena e acabada, estando sempre se perfazendo.²³

²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum Compacto**. Obra coletiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37.

²³ DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada**. 10. ed., adaptada à Lei n.º 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 178.

Ao julgador cabe, portanto, decidir optar entre a realização dos preceitos fundamentais afetos à dignidade da pessoa humana, ou a ceder à legalidade indiferente à evolução social.

Não se trata aqui de enaltecer o ativismo judiciário exercido de maneira exacerbada, em que o magistrado passa a construir desordenadamente o direito, ao arrepio da legalidade, não só em substituição à lei, mas também aos deveres funcionais dos outros Poderes, seja legislando positivamente, seja implementando políticas públicas.

De fato, cabe ao Judiciário o controle jurisdicional do Legislativo e do Executivo, desde que isso não implique em malferimento ao princípio da separação dos poderes, podendo, no entanto, determinar aos membros dos outros Poderes que ajustem suas condutas aos limites da correção jurídica, de modo a bem cumprir os seus poderes-deveres funcionais.

Não pode, portanto, o juiz inovar ordinariamente em termos legislativos, criando disciplina jurídica diversa da existente no ordenamento para a resolução do caso concreto, à exceção das ações de mandado de injunção.

Isso, no entanto, não o exime a buscar soluções, dentro da ordem vigente, com base na efetivação dos direitos e conformação dos interesses em litígio.

Em outras palavras, não poderá legislar positivamente, mas deverá perquirir, no sistema jurídico, solução para a lide, tendo por base a premissa de que a Constituição se investe no papel de plenificar o ordenamento, a partir do estabelecimento de princípios gerais de direito, aplicáveis tanto pelo legislador, como parâmetros para a elaboração das leis, quanto pelo julgador, na regulação dos conflitos e na busca do bem estar social.

As cláusulas constitucionais de fixação de competências, núcleo fundamental da distribuição de atribuições entre os diversos órgãos da estrutura do Poder Judiciário, apesar de representarem, conforme disposto neste arrazoado, instrumento fundamental de limitação à atividade dos juízes e, por conseqüência, à sua atividade hermenêutica, não devem ser consideradas adstritas à sumária literalidade.

Malgrado essas normas, segundo entendimento difundido no meio jurídico, não comportarem interpretações ampliativas ou extensivas, em razão da segurança jurídica formal,

elas podem ser informalmente modificadas por via interpretativa, sejam elas dispostas no texto originário da Carta, sejam decorrentes de emendas à Constituição.

Neste sentido, o próprio STF, órgão incumbido da guarda da Constituição, em entendimento reiterado e remansoso, tem admitido a possibilidade:

Mesmo tratando-se de alteração de competência por efeito de mutação constitucional (nova interpretação à Constituição Federal), e não propriamente de alteração no texto da Lei Fundamental, o fato é que se tem, na espécie, hipótese de competência absoluta (em razão do grau de jurisdição), que não se prorroga.²⁴

A discussão foi levantada, naquela Corte, acerca da competência para o julgamento de *habeas corpus* contra ato de Turma Recursal de Juizados Especiais.

A importância do posicionamento do STF acerca do tema, para este trabalho, ultrapassa o fato de representar exemplo palpável de mutação constitucional.

Representa, outrossim, o reconhecimento da força e da concretude do fenômeno em análise, por afirmar a Corte Suprema, em expressa disposição jurisprudencial, a idoneidade de fixação constitucional de competência absoluta e, portanto, indeclinável, por mera translação de conteúdo hermenêutico.

A consolidação da jurisprudência apontada abriu precedente para que novas construções interpretativas venham a provocar e, de certo modo, institucionalizar, na realidade constitucional brasileira, o fenômeno das mutações como instrumento hábil a suscitar evoluções não apenas de cunho interpretativo, mas de caráter plenamente normativo, atribuindo ao entendimento translacionado por via difusa, as mesmas prerrogativas inerentes à norma “absoluta”, circunstanciada na disposição literal do preceito.

Outra limitação formal ao poder interpretativo dos juízes refere-se à aplicação da lei processual. A instituição de procedimentos específicos e, dentre eles, a delimitação de atos inafastáveis ao curso processual, restringe a liberdade do juiz como condutor da lide, em nome da segurança jurídica da relação.

A segurança jurídica, nos interesses postos em juízo, é concebida de duas formas: uma formal e outra material.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no *Habeas Corpus* n.º 86.009 - DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de agosto de 2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=86009&classe=HC-QO>>. Acesso em 29 mai. 2009.

A segurança jurídica aqui apontada é a de cunho formal, em que é assegurado às partes a ciência do trâmite processual e a garantia do devido processo legal, consubstanciado nos paradigmas do contraditório e da ampla defesa.

Mesmo a notoriedade dos fatos levados a juízo não estão aptos a afastar as normas definidoras dos procedimentos judiciais como, por exemplo, a intimação das partes para o estabelecimento do contraditório.

O devido processo legal, preceito maior a reger as relações processuais, embora não se restrinja apenas a elas, figura como importante elemento delimitador da atividade do magistrado enquanto condutor do processo.

A doutrina constitucionalista aponta quatro vertentes principais do supraprincípio processual, de modo a sagrá-lo à condição de “garantia com caráter subsidiário e geral (*Auffanggrundrecht*) em relação às demais garantias”²⁵: o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural e o devido processo legal estrito.

Em relação às duas primeiras, vincula-se o juiz à tarefa de garantir a equiparação dos interesses e das partes *sub judice*, com a estrita aplicação dos dispositivos normativos, em rigorosa obrigação de firmar tratamento indistinguível entre os litigantes.

O devido processo legal estrito sujeita o magistrado ao curso regular do processo, vedando a supressão de atos ou fases legalmente reputadas indispensáveis ao trâmite, sob pena de nulidade.

Ganha maior relevo, para este arrazoado, o princípio do juiz natural, por este entendido o órgão judiciário, devidamente instituído pela Constituição, e cometido de competências predefinidas para o exercício do poder jurisdicional.

Aqui, retoma-se a idéia já esposada de indispensabilidade de competência prévia e legitimação constitucional para o exercício da jurisdição, além da necessidade de garantias institucionais ao exercício dessas atribuições.

Por outro lado, representa também a exigência necessária de imparcialidade das decisões e, por conseqüência, daqueles que as proferem, representativas do regramento

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 639.

processual definidor das hipóteses de impedimento e suspeição, que visam ao afastamento do juiz que por ventura venha a ter interesse no deslinde da causa ou em seu objeto.

Em linhas gerais, o que se procura esboçar é que, apesar da liberdade inerente à atividade dos juízes na realização do direito no caso concreto, e, por conseqüência, sua importante função de aplicadores das normas constitucionais e infraconstitucionais, estes não podem agir ao alvedrio de suas vontades e preceitos pessoais.

Sua atuação cinge-se aos limites de sua jurisdição e competência, aos procedimentos juridicamente instituídos e aos ditames constitucionais inerentes à prestação jurisdicional.

5 O CONTROLE JUDICIAL DA CONSTITUIÇÃO

A elaboração do texto constitucional e sua atualização formal é tarefa cometida ao poder constituinte.

De maneira idealmente concebida, a Constituição carece de complementação hermenêutica para fins de negar efetividade aos preceitos normativos inconstitucionais e de promover a concretização de seus preceitos fundamentais.

A complementação a que ora nos referimos difere da regulamentação das normas constitucionais de eficácia contida ou limitada, porquanto esta seja tarefa tipicamente cometida ao Poder Legislativo, ao passo que aquela consiste em atividade confiada aos órgãos judiciários, que o exercem através da tutela do processo constitucional, correspondendo este à forma mais legítima de atuação do judiciário enquanto agente transformador da realidade constitucional.

De fato, é muito mais esperado esteja o juiz sujeito a provocar mutações à realidade constitucional quando do exercício das tutelas constitucionais.

Isto porque neste caso o magistrado estará se utilizando mais proximamente dos elementos constitucionais para a resolução dos litígios, tendo em vista que demandas dessa natureza requerem fundamentos dotados de maior teor principiológico, em geral extraídos do próprio corpo normativo da Constituição.

A construção exemplificativa dos conceitos de direito líquido e certo, por exemplo, efetuada notadamente pelos juízos monocráticos, sobrelevam a importância da jurisdição de primeiro grau na edificação e efetivação da normatização constitucional.

O afastamento dos preceitos inconstitucionais dá-se essencialmente através do controle de constitucionalidade. É sabido que o constituinte ampliou as possibilidades de controle abstrato das normas, reduzindo sobremaneira a atuação difusa das instâncias ordinárias. Nesse sentido:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a

propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao STF mediante processo de controle abstrato de normas.

[...]

Ao revés, o controle de constitucionalidade difuso, concreto ou incidental caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.²⁶

Assim sendo, ao juiz não mais é cabida a pura apreciação abstrata de constitucionalidade, sendo certo que sua atuação no controle judicial da Constituição apenas se afigura possível quando a questão constituir-se de elemento logicamente necessário e precedente de uma controvérsia jurídica objetiva, dentro de um caso concreto.

Ficam, portanto, os juízos instrutórios adstritos à apreciação dos fatos e dos direitos subjetivos reservados à sua competência.

Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro, do ponto de vista dos órgãos que o exercem o controle judicial da Constituição, adota sistema restrito, embora seja caracterizada a ampliação do rol dos legitimados ao acionamento dos órgãos de controle concentrado.

Assim, ao passo que a Constituição Federal preveja que o seu controle judicial abstrato seja competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, ela confere aptidão a órgãos representativos da sociedade para incitá-lo, tais como as confederações sindicais, as entidades classistas e os partidos políticos.

Mesmo a legitimidade difusa dos juízes em promover o controle e, por conseguinte, o afeiçoamento da realidade constitucional, via interpretativa que possibilita a mutação normativa informal da Constituição ainda nas instâncias ordinárias, encontra-se tolhida, direta ou indiretamente, pela concentração verticalizada de poder na cúpula do Judiciário.

A cláusula da súmula impeditiva, por exemplo, desestimula as construções argumentativas contrárias aos enunciados sumulados pelos tribunais superiores, na medida em

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 31. ed. atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. Malheiros: São Paulo, 2008. p.303 e 555.

que determina ao órgão *a quo* que inadmita recurso interposto contra decisão que neles se pautar.

No intuito de abreviar o curso do processo, os julgadores têm se curvado, com grande frequência, aos entendimentos da Cortes Superiores, mesmo que contrárias às suas convicções e concepções de Direito.

A gravidade da questão aqui abordada representa verdadeiro contraponto à lógica da inafastabilidade da tutela jurisdicional, tendo em vista que, apesar da possibilidade de discussão judicial das variadas controvérsias, cada vez mais a estruturação orgânica e funcional do judiciário tem promovido a parametrização das decisões por meio de padrões ditados por tribunais que, indubitavelmente, situam-se afastados da realidade social.

Mesmo o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, órgão maior do Poder Judiciário, tem sua composição desvirtuada, em razão do caráter político das indicações de seus onze titulares, sendo hoje formado, em sua maioria, por integrantes advindos de carreiras outras que não a magistratura.

É certo que não há exigência constitucional no sentido da necessidade de nomeação de membros da carreira da magistratura. No entanto, não se justifica a centralização de um dos maiores poderes da República ao controle politicamente influenciado pela prerrogativa do Executivo de indicação de seus titulares, nítida ingerência de um Poder em outro.

Em contundente crítica à sistemática da composição da Suprema Corte brasileira, Francisco Gérson Marques de Lima nos traz a seguinte lição:

Não é requisito para o ingresso no STF o exercício da Magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública nem da Advocacia em si. São necessários, apenas, o “*notável saber jurídico*” e a “*reputação ilibada*”, além dos limites de idade para ingresso no órgão. No mais, o que pesa mesmo é o trânsito político do candidato a Ministro, frente à cúpula dos demais Poderes. É por isto que, ultimamente, na prática, o primeiro passo para ser ministro do STF tem sido ocupar uma das pastas dos Ministérios do Executivo Federal ou ocupar uma função no alto escalão do governo.²⁷

O juízo aduzido pelo professor, embora aparentemente desmedido, revela uma realidade que, ainda hoje, oito anos após a publicação da obra do autor, continua em pleno

²⁷ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira** (Estudos de casos – abordagem interdisciplinar). Fortaleza: ABC Editora, 2001. p. 24.

vigor, tendo em vista a atual composição daquela Corte, que de onze ministros, apenas um deles é membro de carreira da magistratura, o Ministro Antonio Cezar Peluso.

Na mesma obra, o autor tece severas críticas à Corte em razão do que ele denomina *crise de legitimidade*. Aponta o distanciamento existente entre a cúpula do Poder Judiciário e o povo, ressaltando a necessidade de legitimação do STF através da constante busca pela democratização de suas decisões:

É necessário um poder judiciário – e, sobretudo, um STF – ativamente mais democrático e, neste sentido, mais social e político, a alcançar a participação popular, já que o povo não participa de outras etapas de composição e funcionamento do órgão.²⁸

O problema se aprofunda ainda mais em relação à força vinculante de determinadas decisões do STF. As decisões proferidas em sede de controle abstrato, por exemplo, castram a possibilidade de discussão concreta, mediante análise de situação fática, daquele tema.

A instituição da repercussão geral como requisito para admissibilidade de recurso extraordinário, no mesmo sentido, tem servido àquela Corte como verdadeira blindagem e indexação das instâncias inferiores à sua vontade.

Mais grave ainda é a questão da competência para a edição de súmulas de natureza vinculante. O artigo 103-A, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, dá poderes ao STF para a edição de enunciados de natureza cogente aos demais órgãos judiciários e a toda a Administração Pública, acerca da eficácia, interpretação e validade de normas de caráter controverso.

Não parece saudável ao regime democrático a concepção de restrições à liberdade de convencimento do juiz determinadas por outros órgãos, mesmo que hierarquicamente superiores.

De fato, só a lei, concretamente direcionada à disciplina material dos interesses juridicamente questionados, e a disciplina constitucional das competências, formalidades e procedimentos são instrumentos hábeis e disponibilizados ao magistrado para o exercício de suas funções.

²⁸ *Ibid.* p. 46.

A atividade hermenêutica deve ser, até o limite imposto pelo cerne imutável da ordem constitucional, livre àqueles que desempenham a atividade jurisdicional.

A padronização das decisões sob o argumento da concretização da segurança jurídica material relega a ordenação normativa à estabilidade meramente estática, sujeita apenas às vicissitudes irradiadas de cima para baixo, dentro da estrutura do Judiciário, em detrimento do cunho social da cientificidade do Direito, que, ao contrário, lhe deve conferir a dinamicidade inerente à sua natureza.

Os juízos monocráticos de primeiro grau são as portas de entrada das demandas sociais ao Judiciário.

O zelo pela dignidade da Justiça pressupõe, sobretudo, a necessidade de desvinculação material das decisões, a desverticalização das concepções jurídicas das lides e uma maior valorização do juiz, aquele cujo contato com a prova é maior, o que o atribui maior conveniência e possibilidade de aproximar o Direito da Justiça.

A análise incidental da constitucionalidade das normas, possível em quaisquer das instâncias, representa a mais típica maneira de o magistrado de primeiro grau decidir acerca de matérias estritamente constitucionais que, embora não sejam o objeto precípua da lide, demandam o pronunciamento do órgão julgador acerca da compatibilidade ou não da matéria jurídica em relação às premissas constitucionais, dada a relevância do incidente, provocado ou de ofício, para composição do conflito.

A qualquer juízo ou tribunal, de qualquer instância, incumbe o controle judicial da Constituição, desde que o exerça incidentalmente nos feitos de sua competência.

Esse aspecto denota que, conquanto de forma tímida, consagra-se a difusão da custódia da ordem constitucional.

De certo modo, pode-se afirmar que, nesse contexto, aos juízes de primeiro grau foi conferido maior liberdade de atuação, tendo em vista que à apreciação da compatibilidade normativa em análise é estendida a liberdade de entendimento e decisão, as quais apenas serão limitados pelos princípios da fundamentação e publicidade das decisões, desde que atendidos os requisitos formais e pressupostos institucionais já amplamente explorados.

Em contraponto, aos órgãos judiciários colegiados em geral, quando do exercício do controle difuso, é imposta a necessária observância da cláusula de reserva de plenário, consagrada pelo artigo 97 da Carta, a qual aduz que “somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.²⁹

A parcela das liberdades processualmente substanciadas nas ações ou remédios constitucionais confiada à tutela dos juízos monocráticos representa outra forma idônea de apreciação de matérias constitucionais pelos juízes.

A inexistência ou precariedade da regulamentação de algumas dessas ações exige do magistrado consideráveis conhecimentos que ultrapassam a estrita legalidade, com a direta interpretação e aplicação dos preceptivos contidos no texto fundamental.

Quanto menos minuciosa for a disciplina normativa acerca das matérias constitucionais, maior será o campo de atuação hermenêutica do magistrado.

A construção processual que parte de preceitos gerais ou de normas de conteúdo aberto ou indeterminado enseja elevado grau de discricionariedade na formação de entendimentos e, por conseguinte, nos processos decisórios.

Esse grau de abstração confiado ao magistrado faz dele um hermeneuta por excelência, e, conseqüentemente, um ator idôneo no processo de realização institucional da Constituição, na construção de novas e, quiçá, inovadoras interpretações aptas a se espriarem pelas estruturas políticas e sociais, percorrendo instâncias até chegarem ao nível de apreciação e legitimação pelo STF.

De fato, quando se atribui ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, fica estabelecida, direta ou indiretamente, a sua legitimidade para a construção, ratificação e legitimação das interpretações do texto fundamental e, por conseqüência, das mutações constitucionais.

Embora pareça difícil vislumbrar-se a possibilidade de uma interpretação construída por órgão judiciário singular provocar uma substancial mudança informal da

²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum Compacto**. Obra coletiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 38.

realidade constitucional, há de se reconhecer que, à exceção dos feitos de competência originária dos tribunais, a construção dos precedentes jurisprudenciais tem seu alicerce na apreciação fático-jurídica principiada pelos juízos instrutórios monocráticos.

Mesmo que o precedente final esteja em desacordo com o entendimento judicial esboçado na sentença proferida no primeiro grau, o contraponto existente entre as decisões, consubstanciado ordinariamente por suas reformas através das vias recursais, exerce papel fundamental na construção de jurisprudência hábil à produção de mudanças informais da realidade jurídica.

Isso porque é o diálogo de entendimentos, o diálogo existente nos conflitos interpretativos travados pelos diferentes órgãos jurisdicionais, que determina a evolução normativa.

O consenso jurídico, embora pareça ideal ao fortalecimento da segurança jurídica material, quando se apresenta de forma absoluta, representa uma estabilidade meramente estática e conservadora, inábil à promoção do progresso normativo.

Aqui reside, portanto, a principal crítica à atual sistemática tendente à concentração de poderes institucionais no STF, sobre os demais órgãos, consubstanciada fundamentalmente na ampliação dos efeitos vinculantes de suas decisões.

É a dialética de juízos, conceitos e opiniões diversamente desenvolvidos acerca dos mesmos elementos jurídicos que proporcionam a real evolução do Direito.

A multiplicidade de sentidos atribuídos aos diversos termos e expressões normativas propicia ao profissional da ciência jurídica a possibilidade de construção de diversas teses possíveis e aplicáveis aos mesmos temas.

A abertura característica do conteúdo das normas fundamentais, seja por sua mera disposição textual, seja pela riqueza semântica que as permeiam, fazem da hermenêutica constitucional instrumento obrigatório de que se devem servir os juízes para a perquirição da melhor forma de ponderação de princípios e valores aplicáveis a cada caso em concreto.

A difusão de decisões proferidas no sentido de estabelecer controle judicial da Constituição, em qualquer âmbito, embora jungida à controvérsia objetiva, está apta a

transformar-se em precedente intróito do novo entendimento esposado, tanto no sentido de estabelecer paradigmas que venham a influenciar decisões de outros órgãos judiciários, vertical ou horizontalmente, quanto indicador, aos Poderes Públicos, da necessidade de adequação da legislação vigente ou mesmo da parametrização de novas políticas públicas.

Não nos remetemos apenas ao vigor das decisões proferidas pela Suprema Corte, mas também à força embrionária das sentenças judiciais, que, embora de limitadíssima vinculação aos litigantes, se irradia, conquanto sejam inovadoras e revolucionárias as decisões, obtida através de novas construções jurídicas afetas àqueles que maior contato têm com os elementos de prova contidos nos autos.

As análises recursais dos tribunais, em especial dos superiores, que, por regra, apenas se restringem à apreciação das matérias de direito, em muito tendem a se distanciar da realidade dos fatos.

A apreciação direta da prova e o diagnóstico erigido dos fatos que ensejaram a relação material conflituosa propiciam ao juízo instrutório maior inquietude ante as necessidades sociais levadas ao seu crivo.

É essa ânsia em responder às provocações levadas ao Judiciário que o motivam, antes de qualquer coisa, a entrar a peleja de um pesquisador situado no limbo entre as realidades material e jurídica, na incessante busca de conciliá-las.

O dinamismo da realidade constitucional, paralela à realidade social, exige do aplicador do Direito a extrapolação do papel de mero legislador negativo, incumbido, no que se refere aos preceptivos fundamentais, apenas a apartar da lide os preceitos incompatíveis com ela.

Ao contrário, as novas feições conferidas ao Judiciário exige do magistrado ações afirmativas, no sentido de promover a aplicação da proporcionalidade na ponderação de bens e na concretização dos preceitos fundamentais.

Na lição de Hesse, a Constituição escrita, nas mãos do aplicador do Direito, terá muitas vezes que ceder “diante dos fatores reais de poder dominantes no país”³⁰, tendo em vista o teor essencialmente político da Carta, uma vez que a simples normatividade jurídica é

³⁰ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991. p. 9.

insuficiente ao apaziguamento dos conflitos de interesses das instituições políticas constituídas e dentre estas e os segmentos sociais.

6 OS LIMITES INTRÍNSECOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIFUSA

Da maneira como se tem esboçado, ao Poder Judiciário se afeiçoa o caráter de elemento condicionado da dinâmica sociedade, e não apenas condicionante, tendo em vista que não apenas se reveste do papel de influenciador dos rumos da realidade fática ante a imposição da ordem normativa às relações sociais, mas que também subsume a realidade jurídico-técnica à influência do fato social, na constante tentativa de imprimir dinamicidade ao necessário equilíbrio sistêmico do aparato constitucional.

O papel de intérprete da Constituição, mesmo que por via exclusivamente difusa, atribui ao juiz uma significativa quota de responsabilidade no importante papel delegado ao Judiciário de mantenedor da situação jurídica, em contraponto às pressões sociais, sejam elas individuais, sejam coletivas.

Ele atua na tênue, porém essencial, tensão existente entre o fato e a norma.

Assinalar o sentido das proposições normativas da Constituição e, na medida do possível, realizá-las e compatibilizá-las com a situação supranormativa são a garantia da estabilização dinâmica da ordem jurídica vigente.

A identificação dos limites da interpretação impostos pela própria realidade constitucional é indispensável ao jurista, tendo em vista que este componente serve como um dos principais parâmetros limiares de qualquer mutação normativa.

A Constituição, por sua própria estrutura, dotada de vasto conteúdo normativo principiológico, apresenta subsídios fundamentais ao seu próprio entendimento, apontando meios eficazes de concretização de sua finalidade social.

O principal limite à interpretação judicial da Constituição e, por conseqüência, à constitucionalidade das mutações dela decorrentes é o atendimento e a preservação dos consagrados princípios fundamentais do Estado.

São tais preceitos as principais condicionantes dos Poderes Públicos em sua atuação na realização de suas funções institucionais, ajustando suas condutas à realização do bem comum.

Outra função essencial dos princípios fundamentais é a de sistematização e complementarização do ordenamento jurídico, tendo em vista a impossibilidade de previsão normativa de todas as condutas praticáveis, da tutela de todos os conflitos potencialmente existentes e da enumeração e proteção dos infindos direitos subjetivos.

O supremo grau de abstração que os preceptivos constitucionais contêm os confere extensa aplicabilidade, em razão de não se vincularem a casos ou situações específicas, transbordando a qualquer moldura de aplicação de uma norma.

Nas se devem compreender tais preceptivos basilares como regras aplicáveis em determinadas conjunturas. Eles são, na verdade, instrumentos a que se devem sujeitar as normas disciplinadoras das relações jurídicas.

Em um terceiro momento, servem como baliza para a tomada das decisões políticas dos poderes constituídos.

A institucionalização do Estado passa, necessariamente, pelo entendimento dos preceitos construtivos alicerçados na ordem constitucional.

Luís Roberto Barroso delinea os seguintes princípios fundamentais norteadores da formação, institucionalização e manutenção do Estado brasileiro, segundo a ordem atual, instituída em 1988:

- princípio republicano (art. 1º, *caput*);
- princípio federativo (art. 1º, *caput*);
- princípio do Estado democrático de direito (art. 1º, *caput*);
- princípio da separação de Poderes (art. 2º);
- princípio presidencialista (art. 76);
- princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV).³¹

Continuando sua lição, o doutrinador observa que, se fosse possível a redução textual da Carta de 1988 a um único artigo, bastaria que ele contivesse os preceitos acima dispostos.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p.157.

Com a devida vênia, complementamos esta consideração do autor citado com a inclusão do princípio da dignidade humana, eis que, como elemento basilar dos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, sem os quais entendemos desconstituída a própria finalidade estatal.

Os elementos apresentados representam o esqueleto básico do Estado brasileiro, no qual se pautou o constituinte originário quando do preenchimento dos demais elementos normativos da Constituição.

De modo semelhante, a eles se encontram submetidos o constituinte derivado, no que concerne ao seu papel de revisor e adaptador do Texto Fundamental; o legislador infraconstitucional e a Administração, na edição de leis e atos normativos em geral; e os aplicadores do Direito, para fins de atendimento e preservação dos elementos essenciais da ordem política em vigor, e, sobretudo, na concretização e construção da Constituição material, e na realização de suas finalidades.

Quanto mais próximo chegar o jurista da interpretação constitucional construtiva, mais apta à concretização dos ideais de justiça e da realização da materialidade do corpo normativo da Constituição, mais valorosa será a sua contribuição para a efetivação dos direitos e a pacificação dos conflitos.

Importa dizer, maior será a sua contribuição para o aperfeiçoamento normativo da ordem vigente, não na construção de uma realidade jurídica paralela, mas na correta parametrização e conformação dos elementos institucionais com a realidade prática.

A atribuição institucional de moderador incidental da aplicação da Constituição confere ao juiz a prerrogativa de interpretar sua estrutura normativa e, de modo similar, a ele é confiada a tarefa de incrementar as práticas interpretativas até certo limite.

Do Poder Judiciário é esperada uma postura de estrita capacidade inerente à sua atividade típica para a ponderação de valores consubstanciados em normas de cunho abstrato, baseando-se nos preceptivos fundamentais.

O controle judicial de constitucionalidade, mesmo o exercido de forma concreta pelos órgãos judiciários de primeiro grau, é instrumento plenamente apto a desencadear

mudanças informais da realidade constitucional sem, no entanto, lesionar a Constituição escrita.

Na lição de Peter Häberle, se o intérprete é órgão vinculado à Constituição e por ela instituído e revestido de deveres e prerrogativas próprias das entidades estatais, por ela é imposta uma legitimação interpretativa igualmente mais restrita, relacionando ainda que mesmo as garantias e restrições à atividade judicial não previstas no sistema *endoconstitucional*, encontram guarida, de alguma forma, no Texto Fundamental, caso contrário estariam em desacordo com o próprio sistema, que se pressupõe pleno:

A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade (... *in der Öffentlichkeit und Wirklichkeit die Verfassung interpretiert*). Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial. A garantia da independência dos juízes somente é tolerável, porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista (*pluralistische Öffentlichkeit*) fornecem material para a lei (...*Material "zum" Gesetz liefern*).³²

O doutrinador alemão demonstra, no trecho, sua preocupação com o processo de legitimação da atividade não só hermenêutica, mas do exercício da função jurisdicional como um todo.

Tendo em vista a ausência de parâmetros democráticos na investidura dos cargos da magistratura, ainda mais acentuada de acordo com a proximidade da cúpula da organização do Poder Judiciário, o controle da atividade judicial, de acordo com a realidade apontada pelo autor, encontra-se nos limites do exercício das prerrogativas inerentes à carreira.

Assim, além do fato de a própria Constituição, que confere a independência aos juízes, instituir elementos de controle pelos já apontados princípios da publicidade e da fundamentação das decisões, a própria sociedade se encarrega de influenciar a atividade judicial, seja pelas vias ordinárias das demandas levadas a juízo, seja pelo apelo e clamor sociais que ecoam em razão de suas necessidades.

A inércia e morosidade legislativa tem posto o poder judicante na difícil situação de contrapeso existente entre o jurisdicionado e o Estado propriamente dito, uma vez que é às

³² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:** Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1977. p. 31-32.

portas do Judiciário que bate a população na busca pelo provimento de suas necessidades, quando resistidas pelos poderes públicos.

A insipiente cultura democrática brasileira não vem acompanhada de instrumentos eficazes de pressão dos poderes políticos para a realização dos fins e interesses sociais, que de fato diferem dos interesses e prerrogativas estatais.

Ante as iminentes demandas e tensões sociais, a ânsia pela prestação da justiça arrisca aos juízes a possibilidade de extrapolação dos limites constitucionalmente impostos à normatização materialmente concreta dos preceptivos fundamentais, circunscritos no chamado cerne imutável da realidade constitucional.

Não se refere, aqui, às denominadas cláusulas pétreas, limitações materiais à modificação formal da Constituição, já abordadas nesse estudo, mas sim dos preceptivos fundamentais da Ordem Constitucional.

As cláusulas pétreas constituem matérias tidas pelo constituinte originário como bases sólidas e formalmente imodificáveis da estrutura normativa do corpo textual da Constituição. Referem-se à impossibilidade de supressão de direitos e garantias fundamentais, do voto direto, secreto e universal, à proteção da federação e da autonomia e independência dos Poderes da República.

Nada impede, contudo, a que a aplicação e ponderação de direitos fundamentais submetam-se a condicionantes diferenciadas ao longo do tempo, configurando mudanças informais no sentido normativo do texto, sendo, portanto, passíveis de mutações, por via informal, interpretativa, sem, no entanto, haver malferimento à vedação constante no preceptivo normativo que disciplina as hipóteses de vedação à edição de emendas à Constituição.

Em outras palavras, a ocorrência de mutações é plenamente possível no que concerne às cláusulas pétreas, tendo em vista o contexto político, econômico e social em que se desenvolvam as relações jurídicas submetidas ao crivo da ponderação, restrição ou extensão de direitos subjetivos decorrentes das matérias constantes das restrições à edição de emendas supressivas.

Assim, não pode um direito fundamental, por exemplo, ser abolido por emenda constitucional. No entanto, por construção judicial, de cunho hermenêutico, poderá uma garantia ser suprimida, no caso concreto, em favor de outra, em razão da ponderação dos bens jurídicos em jogo.

A supressão de que se cuida, no entanto, não implica no expurgo integral de um preceito em razão de outro, tendo em vista que há a manutenção da vigência e efetividade de ambos. O que ocorre é a consagração da aplicação de um, em casos específicos, em detrimento do emprego de outro.

Desse modo, a consagração de garantias ou direitos como de maior relevância perante outros, não se constitui de disposição normativa expressa na Constituição, mas da consagração de métodos interpretativos correlatos aos valores inerentes ao contexto fático de um momento de maior ou menor estabilidade política e de desenvolvimento social e econômico, dentre outros fatores influidores da realidade jurídica.

O interesse social e as finalidades públicas devem ser perquiridos pela Administração como um todo, em todas as esferas de poder.

No entanto, pela consagração da inafastabilidade da tutela jurisdicional, consubstanciada na adoção do sistema de jurisdição única, confere-se aos juízes a atribuição social de controle derradeiro do Estado.

Obriga-se ao magistrado o dever de isenção na análise das questões a ele submetidas, na busca da realização dos fins públicos em decorrência da captação e identificação dos valores sociais mais relevantes e essenciais a serem protegidos.

Ao passo que os demais Poderes tendem a particularizar, conforme a conveniência, os elementos normativos que interessam para a circunstância, o poder judicante deve sempre ter a sensibilidade de apreciação sistêmica da ordem normativa.

O princípio da unidade da Constituição atribui ao seu texto o permanente caráter de estabilidade dinâmica das estruturas plurais nela contidas.

A ponderação de valores constitucionais não pode resultar na exclusão de um preceito fundamental.

Ao contrário, todas as prescrições constitucionais, em especial as originárias devem ser acomodadas entre si, de forma a que entre elas sempre haja relação de coordenação e complementação, mas nunca de contradição ou exclusão.

Tal paradigma serve, inclusive, de rigoroso critério estabelecido para a jurisdição de controle de constitucionalidade, estabelecendo-se que apenas com a plena constatação de inexistência absoluta de interpretação de dispositivo legal ou constitucional derivado é que justifica o afastamento da norma do ordenamento.

Desse modo, qualquer emenda ao Texto Fundamental que se apresente incompatível, desde que impossível a compatibilização do novo dispositivo com a integralidade do sistema, deverá sempre ser expurgado, por vício de inconstitucionalidade.

Não apenas como regra difusa de interpretação, a adequação da norma ao sistema, através da eleição de interpretação conformadora que venha a resguardar a aplicabilidade da norma, é consagrada, no âmbito do STF como meio formal de controle de constitucionalidade, em que se conserva o texto, mas se fixa o entendimento tido por constitucionalmente adequado: a interpretação conforme a Constituição.

Neste sentido, colacionamos o seguinte excerto:

Modernamente, o princípio da *interpretação conforme* passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do *querer* constitucional, ao não significar *apenas* que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar por aquela que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se *orienta para a Constituição* ou a que *melhor* corresponde às decisões do constituinte.³³

Da mesma forma, não poderá o intérprete, em hipótese alguma, estabelecer construção interpretativa que resulte na desestabilização do sistema jurídico instituído. Eventual mutação normativa decorrente desses processos de desarmonização da realidade normativa é absolutamente inaceitável, por padecer do mesmo vício.

A eleição dos princípios fundamentais busca, por outro prisma, o estabelecimento da adequação das realidades política e jurídica contidas na Constituição.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 120.

O caráter predominantemente político constante das normas definidoras da organização estatal, cujo substrato abalizador é representado pelos princípios fundamentais de formação e estruturação do Estado Democrático Constitucional, não se sustentariam caso desamparados de juridicidade.

Assim é que, conforme bem lecionado por Glauco Barreira³⁴, é por meio da Constituição que se confere a ligação necessária entre os elementos políticos e jurídicos do Estado, em uma necessária integração deste com a sociedade.

É essa relação dialética entre o Direito e a Política, estabelecida no plano constitucional, na substância dos princípios fundamentais apontados como definidores da estrutura básica do Estado brasileiro que submete o controle, também informal, dos processos de mutação normativa.

Embora não se submeta a controle formal, dada a natureza difusa de que se reveste, qualquer mutação, antes de qualquer coisa, deve apresentar rigorosa constitucionalidade material, expressa, reitere-se, pelo atendimento e preservação dos princípios estruturais do Estado e pelo resguardo da unicidade sistemática da Constituição.

³⁴ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 81.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mutações constitucionais desenvolvem-se com maior vigor normativo nos contextos jurídicos em que se consagram os métodos concretistas de interpretação, decorrentes da nova hermenêutica constitucional, bem como nas sociedades em que o processo interpretativo da Constituição é notadamente democratizado, com a exaltação do pluralismo.

Verifica-se, portanto, que a interpretação normativa não mais representa mera prerrogativa dos poderes estatais constituídos, transformando-se em meio eficaz de participação popular e de transformação social.

A atuação dos juízes, mesmo dotada da liberdade inerente ao exercício da jurisdição, não pode ocorrer ao arbítrio de suas vontades e preceitos pessoais, devendo necessariamente observar os princípios da publicidade e da fundamentação das decisões.

Apesar da adoção de sistema restrito de controle de constitucionalidade, pela predominância de meios abstratos de ação, resta, ainda, aos órgãos jurisdicionais a legitimidade difusa de resolver sobre a adequação ou não das normas à Constituição Federal.

Dessa forma, a reconstrução normativa dos preceptivos constitucionais é matéria afeta a toda a jurisdição, por via interpretativa, o que possibilita a ocorrência de mutações normativas decorrentes da atuação das instâncias ordinárias.

Portanto, a atividade hermenêutica afigura-se livre àqueles que desempenham atividade jurisdicional, até o limite imposto pelo cerne imutável representativo dos princípios fundamentais estruturais e condicionantes do Estado delineado na Carta de 1988.

Em razão dessa difusão da custódia da Constituição, apresenta-se necessário o controle da atividade judicial, através da fixação de limites ao exercício das prerrogativas inerentes à magistratura.

A investidura dos membros do Poder Judiciário dá-se pela via do concurso público ou da indicação política, deixando a carreira carente de legitimação democrática, a

qual é perquirida pelo pronto atendimento às pressões sociais decorrentes das demandas levadas a juízo, muitas delas decorrentes da arbitrariedade dos poderes constituídos.

A construção processual que parte de preceitos gerais ou de normas de conteúdo aberto ou indeterminado enseja elevado grau de discricionariedade na formação de entendimentos e nos processos de translação jurisprudencial desde as instâncias ordinárias, até a cúpula representada pelo STF, independentemente de atribuição formal de custódia constitucional.

A difusão dos métodos de reconstrução e recriação da Constituição, enquanto realidade normativa, é ideal a ser sempre buscado, tendo em vista os riscos da institucionalização da concentração de poder para a legitimação e a consagração da democracia como verdadeiro fundamento do Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum Compacto**. Obra coletiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Habeas Corpus n.º 86.009 - DF**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de agosto de 2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=86009&classe=HC-QO>>. Acesso em 29 mai. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Vade Mecum Compacto**. Obra coletiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada**. 10. ed., adaptada à Lei n. 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1977.

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

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira** (Estudos de casos – abordagem interdisciplinar). Fortaleza: ABC Editora, 2001.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 31. ed. atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. Malheiros: São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SBROGIO' GALIA, Susana. **Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

