

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

DANIEL FRANCISCO NAGAO MENEZES

ECONOMIA E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

São Paulo

2008

Daniel Francisco Nagao Menezes

Economia e Mutação Constitucional

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Bercovici

São Paulo
2008

DANIEL FRANCISCO NAGAO MENEZES

ECONOMIA E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gilberto Bercovici – Orientador
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. José Carlos Francisco
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Dimitri Dimoulis
Fundação Getúlio Vargas

Aos meus pais Francisco e Beatriz,
por tudo.

“O professor medíocre conta. O bom professor explica. O professor superior demonstra. O grande professor inspira.”
(William Arthur Ward)

Essa dissertação é uma forma de agradecimento àqueles professores que foram além da difícil missão de ensinar, passando, além do conhecimento científico, inspiração: Aos professores José Henrique Rodrigues Torres, Carlos Henrique Maciel, Jamil Miguel, Andrei Koerner, Hécio Ribeiro e Gilberto Bercovici.

RESUMO

Dissertação de mestrado que trata da questão da Mutação Constitucional a fim de analisar a integração entre Direito e Economia e, a divergência surgida nessa integração a partir da existência de tempos evolutivos diferentes entre Direito e Economia. Traz revisão bibliográfica sobre a Mutação Constitucional desde o surgimento do problema das disparidade entre realidade social e Direito, constatado por Ferdinand Lassalle, até as teorias integrativas da Constituição, as quais trazem para dentro de si as divergências sociais aceitando com isso uma constante mutabilidade, o que as torna necessariamente políticas. Por fim propõe a existência de uma Mutação Constitucional ativa, a qual diferente dos casos clássico de Mutação Constitucional, são manipuladas segundo as vontades do Poder Econômico.

Palavras-Chave: Direito Constitucional. Poder Econômico. Mutação Constitucional.

ABSTRACT

It is a dissertation that deals with the issue of Constitutional Change in order to analyze the integration of Law and Economics and; the divergence which has emerged from this kind of integration explained by the different times of evolution between Law and Economics. Bringing a review about the Constitutional changes since the appearance of the problems involving disparity between social reality and the Law, established by Ferdinand Lassalle, until the integrative theories of the Constitution, those bring into themselves the social divergence accepting by that a constant mutability, so they are, necessarily, political stuff. Finally, it proposes the existence of an active Constitutional Change, different of the others classic cases of Constitutional changes, manipulated according to the wishes of the Economic Power.

Key-words: constitutional law. Constitution. Economic Power. Constitucional Mutation

SUMÁRIO

1. Introdução.....	10
1.1 Plano de Trabalho.....	11
2. Revisão Bibliográfica da Mutação Constitucional.....	14
2.1. Ferdinand Lassalle.....	14
2.2. George Jellinek.....	18
2.3. Rudolf Smend.....	27
2.4. Hsü Dau-Lin.....	31
2.5. Konrad Hesse.....	39
2.6. Pedro de Vega.....	43
2.7. Considerações sobre a Seção.....	46
3. Teoria da Mutação Constitucional.....	49
3.1 Os Tipos de Mutação Constitucional.....	52
3.1.1 Mutação Constitucional por Interpretação.....	52
3.1.2 Mutação Constitucional pela Prática Constitucional.....	58
3.1.2.1 Mutação Constitucional pela Prática Política.....	58
3.1.2.2 Mutação Constitucional pelo Desuso.....	61
3.1.2.3 Mutação Constitucional para Preenchimento de Lacunas – Os Costumes.....	64
3.1.2.4 Mutação Constitucional pela Legislação Ordinária.....	67
3.2 Limites da Mutação Constitucional.....	70
3.2.1 Os Limites e as Mutações Inconstitucionais.....	70
3.2.2 As Mutações Constitucionais e o Controle de Constitucionalidade.....	76
3.3 Reforma Constitucional e Mutação Constitucional.....	80
4. A Relação entre Economia e Direito.....	87

4.1 O Condicionamento Recíproco entre Economia e Direito.....	87
4.2 A Relação Tempo, Economia e Direito.....	96
4.3 A Capacidade Normativa de Conjuntura das Normas Infraconstitucionais.....	104
4.4 A Aplicação da Mutação Constitucional.....	106
4.4.1 Limitação Constitucional dos Juros.....	107
4.4.2 Artigo 52, X da Constituição Federal.....	113
4.4.3 Fidelidade Partidária.....	124
4.4.4 Outros Exemplos de Mutação Constitucional.....	136
4.5 O Uso da Mutação Constitucional pelo Poder Econômico.....	138
5. Conclusão.....	143
6. Bibliografia.....	151

1. INTRODUÇÃO

A Mutação Constitucional, instituto surgido na Alemanha, é tema pouco estudado, tanto no Brasil como na Europa e Estados Unidos. Por ser pouco estudado conseqüentemente é pouco conhecido e pouco debatido, implicando que seu avanço e sua teorização sejam extremamente lentos, muito embora sua prática seja cada vez mais constante e, como constata os exemplos históricos, sempre envolvendo grandes temas nacionais.

A simplificação da explicação de que a Mutação Constitucional é a mudança de significado da norma sem que contudo, seja alterada a redação do texto constitucional, ou ainda, como um processo informal de mudança constitucional, não bastam para descrever o fenômeno da Mutação Constitucional, haja vista, a enormidade de divergência entre os poucos autores que tratam do tema.

Como e quando ocorre; quais os elementos que caracterizam a Mutação Constitucional; qual a relação entre a realidade social e a Constituição; qual a diferença para a reforma constitucional; quais os limites das Mutações Constitucionais, são questões que serão abordadas durante a obra.

Tais análises levam a formulação de outros problemas, como o enfrentamento de questões como: precisamos da Mutação Constitucional? O que diferencia a Mutação Constitucional de uma mera mudança de opinião dos Tribunais? Qual a diferença entre Mutação Constitucional e interpretação? Quais os efeitos da Mutação Constitucional na Constituição?

A dissertação tem por premissa que tanto a realidade social como a Constituição são estruturas dinâmicas, não sendo em momento algum, posições estáticas que levam ao imobilismo da sociedade ou do Direito.

A partir da premissa de que tanto a Constituição (leia-se aqui que o Direito também é mutável) como a realidade social são dinâmicos é que começam a

surgir os problemas que a dissertação pretende enfrentar, qual seja, como é a integração entre a mudança no Direito e na realidade em relação ao outro.

Com isso, o principal objetivo do trabalho é estabelecer parâmetros para a Mutação Constitucional, buscando a formulação de uma teoria geral a partir da revisão bibliográfica feita sobre o assunto. Após a etapa inicial a pretensão é enfrentar os problemas ocasionados pela teorização de uma Teoria Geral da Mutação Constitucional, acima elencados, passando logo em seguida para a análise de casos concretos sobre se são ou não casos de Mutação Constitucional.

1.1 PLANO DE TRABALHO

A presente dissertação possui o título de “Economia e Mutação Constitucional” uma que a pretensão da obra é analisar a relação entre Economia e Direito como forma de Mutação Constitucional a fim de comprovar ou não a validade das proposições da Teoria Geral da Mutação Constitucional.

Após a introdução onde se discute a constante mudança social e constitucional, abrimos a discussão sobre a necessidade ou não de uma teorização da Mutação Constitucional e quais seus elementos caracterizadores. A teorização da Mutação Constitucional será feita a partir da revisão bibliográfica feita pelo autor, utilizando-se das remissões doutrinárias para comprovar as afirmações lançadas.

Também se tentará demonstrar nesse primeiro capítulo a própria existência da Mutação Constitucional e sua necessidade para a preservação das Constituições e seus elementos caracterizadores, bem como as hipóteses e efeitos da Mutação Constitucional.

A segunda parte da obra é o enfrentamento necessário dos problemas e questões que surgem a partir da afirmação que existe a Mutação Constitucional.

Partindo-se da premissa que existe Mutação Constitucional,   preciso traçar a diferença entre a Mutação Constitucional e a Interpretação Constitucional. O que leva a entender que determinado caso   de Mutação Constitucional e outro   de mera mudanç a interpretativa.

Outro problema a ser enfrentado dentro da segunda parte da dissertação   sobre quais os efeitos de uma Mutação Constitucional na própria Constituição. O que ocorre na Constituição após um processo informal de mudanç a? Qual questão leva indiretamente ao enfrentamento de outra questão, qual seja, a Mutação está sujeita ao Controle de Constitucionalidade? A Mutação Constitucional pode ser reconhecida via controle difuso?

As questões agora levantadas possuem como pano de fundo a reação da Constituição ao processo de Mutação Constitucional, o qual se d , via atuação do Controle de Constitucionalidade. Como controlar algo informal, esta   a questão que se buscar  responder nessa parte da dissertação.

Ainda dentro desta parte da dissertação, há que ser enfrentado a relação da Mutação Constitucional com a Segurança Jurídica.   a análise do *feedback* da Mutação Constitucional na realidade social. Isto  ,   possível a Mutação Constitucional infringir o Princípio da Segurança Jurídica? Se sim, os efeitos da Mutação Constitucional foram proporcionais as necessidades sociais? Quando a Mutação Constitucional ocorre além da necessidade social, há infração ao Princípio da Segurança Jurídica?

Superada a questão sobre a própria existência da Mutação Constitucional e os problemas dela decorrentes, a dissertação abordará a relação entre a economia e o direito, tentando demonstrar que tal relação leva a condução de processos de Mutação Constitucional pela Economia, analisando por sim casos concretos de Mutação Constitucional.

A primeira hipótese   sobre a questão dos juros bancários e a sua limitação constitucional em 12% e toda a relação com o Poder Econômico através do tempo. Referida hipótese sob análise   que mais interessa, pois permite

demonstrar claramente como ocorre a relação entre a necessidade social, os interesses políticos que são a finalidade última da Mutação Constitucional e todo o processo informal de mudança.

O segundo estudo de caso é sobre o reconhecimento da Mutação Constitucional no tocante ao papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade Difuso. Em dois votos, dos ministros Gilmar Mendes Ferreira e Eros Roberto Grau, na Reclamação 4.335-5/AC no Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a existência de Mutação Constitucional no art. 52, X da Constituição Federal aumentando a capacidade do próprio Supremo Tribunal Federal ao lhe permitir retirar a eficácia de norma declarada inconstitucional no controle difuso de forma geral.

A terceira análise de caso é sobre a recente Resolução 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral a qual, regulamentou indiretamente a questão da fidelidade partidária no Brasil. Trata-se esse segundo caso de decisão *manu militari* do Poder Judiciário de como funcionaria a fidelidade partidária no país, mesmo contra o entendimento consensual da doutrina.

Por fim, no último capítulo antes da conclusão, procurar-se-á demonstrar como a Mutação Constitucional, atua na prática, em especial o seu uso pelo Poder Econômico e, os riscos da Mutação Constitucional.

Por derradeiro há a síntese conclusiva e a bibliografia utilizada.

2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A linha geral da revisão bibliográfica sobre Mutação Constitucional partirá da análise descritiva das obras iniciais sobre ao assunto, sendo que cada autor incluído contribuirá com novos elementos para definição da Mutação Constitucional.

Aqueles autores que contribuíram para a discussão da Mutação Constitucional, porém, somente baseando seus escritos em lições de autores anteriores serão analisadas através de remissão às notas de rodapé ou citações no corpo do texto.

2.1 FERDINAND LASSALLE

Ferdinand Lassalle, embora ignorado, por maior parte da doutrina sobre Mutação Constitucional possui, sem sombra de dúvidas, papel crucial no tema já que foi um dos pioneiros em detectar a separação entre a lei e a realidade social, o que é consubstanciado em sua obra “A Essência da Constituição”¹.

A grande novidade de Lassalle é que, na contramão do pensamento jurídico jusnaturalista e positivista que vigia na época da conferência que deu origem a sua obra (1863), a Constituição não é uma realidade em si mesma nem deriva de idéias abstratas superiores ao homem, dependendo na verdade da relação entre o texto da lei e a realidade social.

Para Lassalle há em toda Constituição fatores sociológicos presentes na realidade social que influenciam e vinculam o texto legal, forças sociais essas que são chamadas de “fatores reais do poder”. A desvinculação entre o texto da lei e

¹ Referida obra também é encontrada com o título “O que é uma Constituição?”, vez que como o próprio Lassalle coloca a pretensão do livro é responder a pergunta “Qual a essência de uma Constituição?”

os fatores reais de poder transformariam a Constituição em uma mera “folha de papel” face a incompatibilidade entre o texto legal e a realidade social. Há inclusive que se afirmar que Lassalle é quem inaugura o debate sobre a eficácia da Lei.

Com isso Lassalle transforma o problema constitucional em um problema também político já que a política é o fator condicionante do direito, sendo que aqui podemos observar o resultado de sua proximidade com Marx, ou seja, há em sua obra uma proximidade com a metodologia do materialismo-histórico do marxismo.

Lassalle demonstra a existência do problema, mesmo tendo dificuldades em demonstrar as causas do problema, como abaixo se demonstrará, criando o realismo jurídico e permitindo que uma série de problemas constitucionais de sua época fossem resolvidos, como traz Inocêncio Mártirez Coelho²:

“Pois bem, tendo diagnosticado as causas daqueles conflitos entre Constituição e realidade constitucional, em ordem a concluir que os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas problemas de poder, Ferdinand Lassalle - certamente sem ter em vista esse objetivo - acabou por ministrar a juristas e cientistas políticos os mais eficazes remédios para combater as doenças que, vez por outra, acometem até mesmo os mais saudáveis organismos institucionais.”

Chega-se a tal conclusão partindo da afirmação de Lassalle de que por trás da lei há uma necessidade ativa, uma força determinante³, força essa que é condicionada pelo momento histórico vivido por determinada comunidade ou nação naquele momento.

Essa realidade social (fatores reais do poder) é que vinculam o conteúdo da lei, é o elemento que dá vida a lei, funcionamento como uma força

² COELHO, Inocêncio Mártirez. Konrad Hesse / Peter Häberle: um retorno aos fatores reais do poder. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. vol. 138. abr./jun. 1998. p. 186

³ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4^a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998. p. 25.

determinando⁴ do sentido da lei. A inexistência dessa força determinante levaria ao esvaziamento do sentido da lei e conseqüentemente a sua transformação em uma mera folha de papel sem qualquer significado na realidade social. Nas palavras do próprio Lassalle: “*Os fatores reais de poder que atua no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes*”⁵.”

A lei é a representação de determinado fato social válido num determinado local em determinado momento histórico, sendo que a Constituição vem a ser assim, a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação⁶, influenciando o texto legal.

Utilizando exemplo radical⁷, Lassalle propõem a hipótese de todas as bibliotecas onde existam as compilações de textos legais incendiarem, não restando um único exemplar escrito da Constituição em toda a Prússia. O que aconteceria. O legislador criaria uma nova legislação totalmente nova, alterando toda a estrutura da Prússia como bem entendesse ou estaria vinculado a forças pré-existentes?

A partir desse exemplo Lassalle traça toda a relação de fatores que influenciavam o direito da época determinando o conteúdo da Constituição da Prússia, como a monarquia e o seu poder sobre o exército; a aristocracia e seu poder sobre as grandes propriedades privadas; a burguesia e seu domínio sobre os meios de produção e circulação; os banqueiros e o controle sobre o capital financeiro e, por derradeiro, a classe operária sobre a força produtiva. Lassalle tenta comprovar sua hipótese com alguns questionamentos, como por exemplo, se a burguesia aceitaria que essa nova Constituição voltasse a prever a existência das corporações de ofício, nos moldes das existentes na Idade Média, ou ainda, se a classe operária aceitaria a volta do trabalho escravo? A resposta é um enfático não!

⁴ *Ibid.* p. 26

⁵ *Ibid.* p. 26

⁶ *Ibid.* p. 32

⁷ *Ibid.* p. 27

A principal contribuição de Lassalle para a presente dissertação é de que as Constituições e também as leis, vão se alterando conforme se alteram os fatores reais de poder, trazendo, o rico exemplo do surgimento das próprias constituições escritas, as quais se deram após a estruturação da classe burguesa que passou a exigir garantias e privilégios em face do monarca, privilégios esses que foram feitos através de um documento escrito que foi a própria Constituição. Observe-se o que o próprio Lassalle diz⁸:

“Repito novamente: De onde provém essa aspiração, própria dos tempos modernos, de possuir uma constituição escrita? Vejamos. Somente pode ter origem, evidentemente, no fato de que nos elementos reais do poder imperantes do país se tenha operado uma transformação. Se não se tivessem operado transformações nesse conjunto de fatores da sociedade em questão, se esses fatores do poder continuassem sendo os mesmos, não teria cabimento que essa mesma sociedade desejasse uma Constituição para si. Acolheria tranqüilamente a antiga, ou, quando muito, juntaria os elementos dispersos num único documento, numa única Carta Constitucional.”

A partir daí, Lassalle conclui que a boa constituição é aquela que consegue traduzir a perfeita relação entre o texto escrito da lei e os fatores reais do poder que regem o país⁹.

Como já colocado, a grande contribuição de Lassalle para o que podemos chamar de “Teoria das Mutações Constitucionais” é a constatação da dualidade entre o texto legal e a realidade social. Eventual desincompatibilidade entre os fatores reais do poder e a Constituição Escrita fará com aquele prevaleça sobre esse, levando a entender pela necessidade de constante atenção que o jurista e o politicólogo devem ter a respeito dessa relação.

Em que pesem as críticas contra a obra de Lassalle como as de Aurélio Wander Bastos¹⁰, como a qual Lassalle não explora suficientemente a relação entre

⁸ *Ibid.* p. 41

⁹ *Ibid.* p. 47

Constituição Real e Constituição Escrita, o que fora feito em sua obra é suficiente para o levantamento do problema a ser explorado na presente obra.

Lassalle com isso constata a necessidade de constante adaptação do texto constitucional aos fatores reais do poder, vigentes num determinado momento histórico¹¹.

Inicialmente tem-se que os fatores reais de poder são a fonte originária da constituição escrita, isto é, a constituição vem no sentido de regulamentar a atuação dessas forças existentes na sociedade e, num segundo momento, é necessário adaptar o texto legal na medida em que as forças de poder vão sendo alteradas.

Nesse ponto é que são procedentes as críticas de Aurélio Wander Bastos a qual imputa à Lassalle a omissão de não apontar de como é que ocorre a adaptação do texto legal à realidade social, bem como é omissão ao não trazer se os fatores reais de poder tem natureza jurídica ou não.

Há que se observar que a constatação de Lassalle é via de mão única, isto é, somente a realidade social é que determina a Constituição, não possuindo o texto legal, força normativa, questão essa resolvida somente em 1959 por Konrad Hesse, o qual, veio a afirmar que o direito também pode vincular a realidade social

¹⁰ “Há que se reconhecer que as dificuldades de Lassalle para conciliar as suas teses sobre a Constituição real e a Constituição escrita são enormes.” In BASTOS, Aurélio Wander. *Prefácio de LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição*. 4^a Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 1998. p. 12.

¹¹ No mesmo sentido de Lassalle encontramos Jorge Miranda, o qual afirma: “Se as Constituições na sua grande maioria se pretendem definitivas no sentido de voltadas para o futuro, sem duração prefixada, nenhuma Constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixa de sofrer modificações – para se adaptar às circunstâncias e a novos tempos ou para acorrer a exigências de soluções de problemas que podem nascer até da sua aplicação. A modificação é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efectividade que as tem de marcar. Mais do que modificáveis, as Constituições são modificadas. Ou, doutro prisma - o da sua criação; enquanto dura, qualquer Constituição resolve-se num processo – o da sua aplicação – no qual intervêm todas as participantes na vida constitucional.” in MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 389. Miranda aqui, semelhante à idéia de *Dasein* de Martin Heidegger, coloca que a Constituição é um ser-aí, ou seja, ela é permeável à realidade social do momento histórico vivido, estando assim submetidas as forças sociais vigentes as quais podem vir a alterar a Constituição criando uma tensão entre ser e dever-ser.

sendo tal relação de mão dupla, como se observará no capítulo sobre Hesse, o que acabou por constitucionalizar os fatores reais de poder.

2.2 GEORGE JELLINEK

Autor que pode ser considerado como pai de uma Teoria da Mutação Constitucional é sem dúvida, George Jellinek.

Jellinek, dentro de uma metodologia própria que faz grande uso do elemento histórico¹², contribui com a agregação do elemento finalidade à diferenciação entre reforma e mutação constitucional¹³, anteriormente trazida por Paul Laband¹⁴.

Para Jellinek a grande diferença está na vontade (finalidade) em ocorrer a alteração na Constituição. Na reforma constitucional, a alteração ocorre

¹² Milton Campos, dentro da linha histórica de Jellinek, também reconhece a necessidades de mudança constitucional para adaptar o texto à realidade social sempre cambiante, vem colocar a necessidade do estabelecimento de processos de mudança constitucional, os quais servem, para no presente integrar o caminho percorrido, ou seja, o passado, e, o projeto de futuro da nação, isto é, o futuro. In CAMPOS, Milton. *Constituição e Realidade. Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 187, p. 19, jan./fev. 1960.

¹³ No Brasil, entre os doutrinadores da Mutação Constitucional quem mais se aproxima da divisão proposta por Jellinek é a professora paulista Ana Cândida da Cunha Ferraz, para quem: *“Daí a distinção que a doutrina convencionou registrar entre reforma constitucional e mutação constitucional; a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.”* In FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad. 1986. p. 09. Também encontramos a divisão em José Carlos Francisco in FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 63.

¹⁴ Na mesma linha de Laband e Jellinek temos, José Horácio Meirelles Teixeira, quem reconhece a existência de uma constante mudança social a qual não pode ser contida simplesmente pelas leis, sendo que em verdade, são as leis que devem estar abertas às mudanças sociais, socorrendo-se de Laband para justificar sua posição de que as alterações constitucionais ocorrem via reforma ou ainda, por mutação, assinalando que a Constituição possui uma estrutura dinâmica, decorrente do poder constituinte difuso. in MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. Atualização de Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991. p. 142.

porque é desejada explicitamente pelo legislador; já na Mutação Constitucional¹⁵, a alteração ocorre sem qualquer percepção de sua ocorrência, sendo que, somente tempos após a ocorrência da mutação é que a mesma é notada.

Na Mutação Constitucional a alteração vai ocorrendo aos poucos, no dia a dia, sem qualquer percepção¹⁶. A Mutação Constitucional só é percebida quando comparada com o contexto histórico anterior, donde se percebe a alteração do significado na norma.

Há que se notar que há um vínculo histórico entre o conteúdo antigo da norma e seu novo conteúdo, alterado, via Mutação Constitucional, existindo em todos os casos de Mutação, o respeito ao elemento histórico que instrui a norma constitucional.

Para Jellinek não pode haver ruptura do sistema, motivo pelo qual, o novo significado do texto tem que se manter fiel à tradição do sistema constitucional no qual a norma em questão está inserida. Eros Roberto Grau, em voto no Supremo Tribunal Federal, aplicando a posição de Jellinek diz que:

“Em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos as lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida e ele, o texto dela resultante, seja coerente com o todo, no seu contexto. Pois é certo que a unidade do contexto repousa em uma tradição que cumpre preservar. Recorro a JEAN-PIERRE VERNANT para dizer que o novo texto, para ganhar sentido, deve ser ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é,

¹⁵ Interessante é trazer os apontamentos de Ana Victória Sanchez Urrutia: “A diferencia de la reforma constitucional que siempre es intencional, para Jellinek, la mutación constitucional supone el cambio operado por actos no intencionados que no alteran expresamente el texto de la Constitución. En la descripción del fenómeno, es poco sistemático: recoge de manera poco ordenada datos sobre los cambios informales de las Constituciones de su época.” In Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una Aproximación al Origen del Concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 20. Núm. 58. Jan/Abr. 2000. p. 111.

¹⁶ No Brasil, semelhante análise foi realizada por Walber de Moura Agra: “Não dispõem de marco cronológico, nascem paulatinamente, de forma silenciosa, quase despercebida, espontânea, sem previsibilidade esperada, só se fazendo sentir quando já estão com plena eficácia. Por serem lentas e graduais não acarretam rupturas ou tensões no ordenamento jurídico, contribuindo assim para sua maior eficácia.” In AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2000. p. 118.

compondo um mesmo espaço semântico. O que se há de indagar, neste ponto, é se o texto resultante da mutação mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A mutação não é uma degenerescência, senão uma manifestação de sanidade do ordenamento¹⁷.”

Jellinek buscava com isso, criar uma estrutura constitucional que permitisse a manutenção do Estado e da própria Constitucional, trazendo para dentro do Direito Constitucional mecanismos que facilitassem essa manutenção, dentre os quais estavam a reforma e a Mutação Constitucional.

Tem-se então que a Mutação Constitucional para Jellinek não pode ser intencional nem pode fugir do contexto histórico do significado original da norma constitucional, já que, para ele:

“Por encima del legislador se eleva aún el poder superior de las leyes fundamentales, que son los pilares firmes em que se basa toda la estructura del Estado. Estas leyes fundamentales, inmovibles, difíciles de cambiar, deben dirigir la vida del Estado merced a su poder irresistible. No pueden alterarse por los poderes establecidos, solo pueden modificarse según sus propias normas que son difícilmente actuables, deben dirigir, estas leyes fundamentales, la vida estatal em virtud de su fuerza irresistible hasta tiempos lejanos¹⁸.”

Jellinek fundamenta sua posição acima descrita na afirmação de todo efeito histórico resulta de causas imprevisíveis¹⁹, o que torna necessário, a existência de mecanismos de adequação à realidade social vigente, sendo que, a Mutação Constitucional é um deles, valendo lembrar que sempre devem ser respeitados os limites acima transcritos, implicando que hipóteses de quebra ou ruptura constitucional não seriam possíveis via Mutação Constitucional.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *In* Supremo Tribunal Federal. Voto na Reclamação 4.335-5/AC. p. 12

¹⁸ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutacion de la Constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p. 05.

¹⁹ *Loc. Cit.*.

Na obra *Reforma y Mutacion de la Constitucion*, Jellinek traz diversos tipos de Mutação Constitucional, sendo o primeiro deles a Mutação pela prática parlamentar, pela administração ou pela jurisdição²⁰.

Nesse tipo de Mutação Constitucional pode ocorrer uma incompatibilidade entre a lei ordinária que regulamenta a Constituição e o próprio texto constitucional. Como os limites da Constituição são sempre incertos, é possível que lei ordinária que venha a regulamentar a Constituição acabe por contrariá-la, sendo que tal lei, é capaz de provocar Mutação na própria Constituição.

Observemos o texto original de Jellinek:

“No obstante, los limites de la Constitución, como los de la ley, son siempre inciertos y no hay ninguna garantia de que leyes que pretenden basarse en la Constitución no la contravengan a pesar de todo, produciendo así un cambio de la Constitución que no lo querían o, por lo menos, no lo pretendían explícitamente. Los preceptos constitucionales a menudo son oscuros o extensos y solo el legislador les da sentido preciso mediante leyes que los concretan de modo muy parejo a como el juez, primero, toma conciencia clara del contenido de las leyes que ha de aplicar. Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación²¹.”

²⁰ No mesmo sentido encontramos José Horário Meirelles Teixeira o qual nos traz: “*Outra via, pela qual freqüentemente se modificam indiretamente as Constituições rígidas, falseando-se mesmo o sentido de seus dispositivos, restringindo-lhes ou ampliando-lhes o alcance, alterando-se o seu significado, é a da lei ordinária complementar*” in MEIRELLES TEIXEIRA, José Horário. *Curso de Direito Constitucional*. Atualização de Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991. p. 146. Também encontramos no Brasil, posteriormente a Meirelles Teixeira o Senador Milton Campos, o qual adota a mesma linha de Jellinek chamando-a de Ato de Complementação Legislativa. In CAMPOS, Milton. *Constituição e Realidade*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 187, p. 19, jan./fev. 1960, definição e conceituação mantidos por José Afonso da Silva in SILVA, José Afonso da. *Mutações Constitucionais*. In Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 288.

²¹ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutacion de la Constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p. 15.

Em síntese, é possível ocorrer Mutação Constitucional através da atua o do legislador ordinário, o qual, ao criar leis que regulamentam a Constitui o, as cria em contradi o com a própria Constitui o levando a altera o do sentido da norma constitucional, valendo lembrar que tal Muta o sempre deve estar dentro do contexto histórico da constitui o e não desrespeitar os seus princípios fundamentais²².

E na mesma lógica de atua o,   aceita a Muta o Constitucional, pela execu o das leis pelo governo bem como pela interpreta o dos tribunais. Há que se notar na transcri o do texto de Jellinek que em contradi o com outros doutrinadores da teoria da Muta o Constitucional, este aceita que a contradi o reiterada da Constitui o e aceita socialmente,   Muta o Constitucional e deve ser aceito mesmo que inconstitucional, ressalvado o caráter histórico que deve ser preservado. Vejamos o texto de Jellinek²³:

“Non sólo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales. Han de interpretar las leyes también las normas constitucionales, pero de modo subrepticio una ley constitucional puede adquirir, poco a poco, un significado totalmente distinto al que tenía en el sistema jurídico originario. En lo que atañe a los Parlamentos en principio tienen que decidir, ante todo, sobre la constitucionalidad de sus resoluciones. Si la resolución del Parlamento depende de un acto del Gobierno para alcanzar su validez, entonces cabe la posibilidad de evitar una desviación de la Constitución. Sin embargos, cuando la decisión gubernamental coincide con la parlamentaria, entonces no hay ningún medio para evitar tal desviación. Ahora bien, si una C mara aprueba de manera definitiva una resolución que contraviene a la Constitución, entonces no hay posibilidad alguna de que tengan validez las prescripciones constitucionales. Si se da de forma constante una actuación inconstitucional de este tipo, puede surgir una mutación de la Constitución.”

²² Posteriormente, Hs  Dau-Lin desenvolverá em sua obra *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina F rster. O ati: IVAP. 1998, as possibilidades pensadas por Jellinek, desenvolvimento este que será analisado no subitem dedicado a Dau-Lin.

²³ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutacion de la Constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p. 16.

No dizer de Jellinek, a prática reiterada do Legislativo ao interpretar e regulamentar a Constituição; o Executivo ao dar aplicação direta à Constituição ou sua regulamentação e; o Judiciário²⁴, ao interpretar a Constituição em seus julgamentos, desde que o façam reiteradamente como algo costumeiro, pode causar Mutação do texto constitucional, mesmo que tal Mutação resulte em ofensa ao texto constitucional original.

Outra forma de Mutação Constitucional que nos traz Jellinek   através da necessidade política de transforma o da constitui o. Para o aludido autor a *necessitas*   fonte criadora do direito possuindo com isso força suficiente para com base na altera o do comportamento social alterar o texto normativo da Constitui o. Para o autor, os fen menos históricos que ocorrem fora do direito possuem força constituinte frente a qual as forças legalistas são imponentes, demonstrando aqui uma forte inspira o lassaliana.

A partir de então, isto  , da necessidade social, se cria uma força constituinte difusa capaz de alterar a Constitui o, seja por uma ruptura revolucionária, por pressão política pelas reformas formais ou pelo que nos interessa aqui, condutas que levam a muta o da constitui o. Referidas necessidades aparecem na sociedade principalmente após grandes transforma es sociais, como por exemplo, a promulga o de nova Constitui o ou novas institui es sociais, onde nem todas as condutas estão previstas levando a cria o de demandas sociais que resultam em Muta o Constitucional.

Há que se falar inclusive que Jellinek, como também constata Antonio Carlos Torres de Siqueira de Maia e P dua²⁵, propõe uma força normativa da realidade, aceitando como meio de Muta o Constitucional a Teoria do Fato Consumado, ou seja, as práticas que implicam em mudanças na Constitui o são

²⁴ Na mesma linha de Jellinek encontramos Milton Campos *in* CAMPOS, Milton. Constitui o e Realidade. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 187, p. 19, jan./fev. 1960 bem como posteriormente José Afonso da Silva *in* SILVA, José Afonso da. *Muta es Constitucionais*. *In* Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 288.

²⁵ PÁDUA, Antonio Carlos Torres de Siqueira de Maia. *A Muta o Constitucional e a Coisa Julgada no Controle Abstrato de Constitucionalidade: Análise de Um Fragmento da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2006. Disserta o (Mestrado em Direito e Estado) UNB. Brasília, 2006, p. 31.

meios de Mutação Constitucional. Inclusive as práticas inconstitucionais são meios de Mutação, como traz José Afonso da Silva²⁶:

“Mas não só interpretações incorretas parlamentares podem provocar essas mutações, também podem produzi-las a administração e os tribunais. Pois, segundo Jellinek, dessas atuações inconstitucionais podem se originar modificações da Constituição quando reiteradamente efetuadas se impõem na prática. Logo, acrescenta ele que as mutações constitucionais se produzem por necessidades políticas, já que as usurpações e as revoluções provocam em todas as partes situações nas quais o Direito e o fato, ainda que estritamente distintos, se transformam um no outro, pois o fait accompli – o fato consumado – é um fenômeno histórico com força constituinte, diante do qual toda oposição das teorias da legitimidade é, em princípio, impotente.”

Outra forma de Mutação Constitucional ensinada por Jellinek é aquela mediante prática constitucional, melhor dizendo, aquela decorrente do exercício do poder pelos órgãos supremos. O exercício do poder pelos altos escalões do governo, principalmente de poderes soberanos e exclusivos, pode levar a Mutação Constitucional a fim de adaptar o texto legal a nova situação criada através dessa decisão²⁷.

Como exemplo²⁸, Jellinek traz o caso da declaração de guerra pelo soberano, declaração essa que criará uma série de situações novas que resultarão em *necessitas* devendo a Constituição adaptar-se a nova situação criada com decisão, também constitucional do soberano. Melhor explicando, toda a situação excepcional criada com a decisão de declarar guerra, como: aumento de efetivo militar, gastos financeiros extraordinários, ocupação de território, etc.; criam uma nova situação de necessidade constitucional não prevista anteriormente que pode se suprir por meio de Mutação Constitucional.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Mutações Constitucionais. In Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)*. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 283.

²⁷ José Afonso, da Silva também entende a prática política, mesmo que controversa, como forma de Mutação Constitucional. *In SILVA, José Afonso da. Mutações Constitucionais. In Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 288.

²⁸ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutacion de la Constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p. 37.

A hipótese contrária da trazida acima, para Jellinek²⁹, também pode resultar em transformação da constituição via Mutação. É o caso da falta de uso dos poderes estatais, ou o também chamado, desuso. O grande exemplo que Jellinek nos traz nessa hipótese de mutação constitucional é a manipulação do poder de veto do governante sobre as decisões do parlamento.

Por derradeiro, Jellinek traz a hipótese de Mutação Constitucional como integração³⁰. A integração se dá pelo suprimento das lacunas constitucionais criadas com o avanço da sociedade não previsto originalmente pelo legislador, como exemplo citado, o fechamento do parlamento. A lição de Jellinek é valiosa:

“Por outra parte, los acontecimientos históricos que viven los Estados solamente pueden ser previstos de modo imperfecto y, por lo tanto, es imposible que el Derecho que quiere conscientemente operar en el futuro, pueda disponer de normas para regular todos los acontecimientos venideros imprevisibles. Por eso, también se desprende de la experiencia histórica, el hecho de que toda Constitución tiene lagunas que solo se manifiestan, a menudo después de mucho tiempo y no pueden colmarse mediante los medios convencionales de la interpretación y de la analogía. ¿Quién habría pensado cuando se elaboraron nuestras Constituciones en la posibilidad de la obstrucción parlamentaria como fenómeno permanente de la vida estatal en Austria y en Hungría que dificulto, temporalmente, la actividad parlamentaria y las funciones estatales? Em efecto, en estos Estados brotaron situaciones cuya regulación, a menudo, fue puramente fáctica y no de naturaleza jurídica, así, particularmente, en el campo de Derecho presupuestario³¹.”

²⁹ *Ibid.* p. 45

³⁰ Há que se abrir um parênteses aqui para a constatação de José Afonso da Silva o qual nos coloca como hipótese de Mutação Constitucional a interpretação judicial criativa, que no fundo é semelhante a Mutação Constitucional por integração de Jellinek: Para Silva: “A construção constitucional é uma forma de interpretação fecunda na medida em que, partindo de uma compreensão sistemática de princípios e normas constitucionais, constrói instituições explicitamente não previstas. Como qualquer forma de construção, também a construção constitucional consiste na reunião de vários elementos numa edificação unitária. A mais fantástica construção constitucional, de repercussão universal, se deu com a criação do instituto do controle de constitucionalidade das leis pela sentença do Chief Justice Marshall” in SILVA, José Afonso da. *Mutações Constitucionais*. In Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 293.

³¹ *Ibid.* p. 56

Ousando talvez, ir além do que Jellinek pretendia, a última hipótese é verdadeira saída para crises constitucionais, pois a possibilidade de ocorrência de Mutação Constitucional para solucionar novas hipóteses sem a necessidade de reforma formal do texto constitucional é verdadeiro remédio para controle de crises constitucionais, principalmente no âmbito político.

A grande preocupação de Jellinek é procedimental, isto é, garantir com que a Constituição se efetive, que aconteça, procurando através de sua obra *Reforma y Mutacion de la Constitución*, criar mecanismos de permitir o regular exercício da Constituição. Jellinek, como ensina Gilberto Bercovici³², propõe toda uma estrutura para o Estado, com princípios gerais, conceito do mínimo ético, instituições e regulações do poder e da sociedade; necessitando para o perfeito funcionamento de toda essa estrutura, mecanismos de correção de impasses e imperfeições, daí ter proposto a sua Teoria da Mutação Constitucional.

2.3 RUDOLF SMEND

Adentrando ao século XX temos como a primeira contribuição à Teoria da Mutação Constitucional a Doutrina da Integração, lançada por Rudolf Smend, o qual posteriormente viria a ser professor de Hsü Dau-Lin.

³² “O conceito clássico de Constituição da segunda metade do século XIX é o de Georg Jellinek, que entende a Constituição como os princípios jurídicos que definem os órgãos supremos do Estado, sua criação, suas relações mútuas, determinam o âmbito de sua atuação e a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado. A Constituição é estatal, pois só é possível com o Estado. O Estado é pressuposto pela Constituição, cuja função é regular os órgãos estatais, seu funcionamento e esfera de atuação, o que irá, conseqüentemente, delimitar a esfera da liberdade individual dos cidadãos. A Constituição é também um instrumento de governo, pois legitima procedimentalmente o poder, limitando-o. A política está fora da Constituição. De acordo com o próprio Jellinek, deveria haver uma separação entre o direito e a política no estudo do Estado, inclusive na análise da Constituição, sendo admissíveis, no máximo, estudos jurídicos complementares aos políticos. Jellinek pretendeu criar um sistema de validade universal, à margem da história e da realidade. A teoria jurídica do Estado de Jellinek, segundo Pedro de Vega, está ligada a três pressupostos: a positividade do direito, o monopólio estatal da produção jurídica e a personalidade jurídica do Estado. O principal conceito é o do Estado como pessoa jurídica, ligado à teoria da autolimitação do Estado. Afinal, ao criar o direito, o Estado obriga-se a si mesmo e, submetendo-se ao direito, torna-se também sujeito de direitos e deveres.” In BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. Lua Nova, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452004000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 28 Out 2007 as 16:40hs

Surgindo como uma reação ao positivismo jurídico³³ que dominava o Direito no início do século XX, Smend lança sua Teoria da Integração buscando tratar da compreensão integral da realidade vital do Estado³⁴. Na referida Doutrina da Integração os fatos, em especial os indivíduos não são considerados isoladamente mas sim, dentro de uma estrutura unitária³⁵.

A unidade, que é o Estado, é composta de uma pluralidade de indivíduos, na mesma idéia de *unum pluribus* de Plotino que defendia a unidade na pluralidade. Tais indivíduos isolados são integrados dentro de uma estrutura que é o Estado cuja unidade está exatamente na pluralidade de indivíduos integrados a ele, donde se vislumbra a afirmação de Smend: *“la necessita dell’esistenza dello Stato pone la sua integrazione come un compito categorico”*³⁶.

Essa pluralidade de individualidades integrada na forma de Estado, é viva, ou seja, é algo dinâmico, vivendo o Estado num permanente processo dialético entre suas muitas pluralidades, sendo condição de existência do Estado esse processo de renovação constante³⁷.

Com isso, Smend desenvolve a idéia de Jellinek sobre a necessidade de mecanismos de preservação da Constituição frente às mudanças sociais, trazendo como contribuição que a Constituição é o local da integração das forças sociais acarretando o reequilíbrio da força normativa da Constituição.

Levado para o campo estritamente jurídico, a Teoria da Integração de Smend terá reflexos no campo hermenêutico uma vez que a norma somente será

³³ Segundo Brandão Vecchi: *“Smend figura entre os principais críticos do logicismo formalista, que parte de Laband, e que atinge seu ápice na obra de Kelsen. Smend rejeita o postulado essencial de Kelsen, qual seja: a contraposição entre ser e dever ser. A teoria integrativa de Smend (Integrationslehre) pode ser vista como uma tentativa de superar o contraste rígido entre norma e fato, deslocando o problema para o debate sobre estática e dinâmica na teoria do Estado. É sem dúvida um autor que enfatiza radicalmente o caráter dinâmico do Estado e da constituição.”* In VECCHI, Cristiano Brandão. *Mutação Constitucional – A Origem de Um Conceito Problemático*. 2005. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional) – PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2005. p. 64

³⁴ SMEND, Rudolf. *Costituzione e Diritto Costituzionale*. Milão: Giuffrè Editore. 1988. p. 284

³⁵ *Ibid.* p. 271

³⁶ *Ibid.* p. 274

³⁷ *Ibid.* p. 272

interpretada dentro desse contexto plural que é o Estado. A norma para Smend³⁸ recebe seu valor e significado a partir dessa realidade vital que é composta pela pluralidade de unidades.

No campo constitucional, para Smend³⁹, a Constituição não é simplesmente um estatuto organizativo que pressupõe o Estado como algo estável, que o organiza, regulando, ordenando e limitando sua ação através da integração⁴⁰. A Constituição também é ao mesmo tempo o processo de vida político fundamental do Estado. Esse processo de inclusão se dá por meio de diversos processos integrativos como eleições, debates parlamentares, elaboração de políticas públicas, etc, gerando o que Smend chama de *unione reale de volontà*⁴¹.

Isto significa que a Constituição é o elo de integração do processo dialético das diversas unidades e a unidade total que é o Estado. É na Constituição que convivem simultaneamente o ser e o dever-ser. Vale aqui transcrever a lição de Susana Sbrogio'galia⁴²:

“Smend, por meio da sua Teoria da Integração, promove a compreensão do Direito e da realidade constitucional: a natureza da Constituição é a de uma instância integradora, contínua e permanente da dinâmica da vida do Estado. Smend viu a necessidade de entender a Constituição como princípio dinâmico do devir do Estado, e não como uma simples norma ligada à situação do momento que lhe dá origem. No entanto,

³⁸ *Ibid.* p. 275

³⁹ *Ibid.* p. 285

⁴⁰ Smend diferencia três tipos de integração: “*La integración se da según modelos estructurales distintos. Esto lleva a Smend a distinguir tres tipos diferentes de procesos de integración estatal que no tienen lugar de forma aislada sino que se complementan entre sí: integración personal, integración funcional e integración material. La integración personal es aquel proceso de integración determinado por el líder o el caudillo, la burocracia política o las élites políticas. La integración funcional esta conformada por aquellas «... formas de vida que tienden a crear un sentido colectivo». Por último, existe una integración material. Esta, según Smend, podna estar conformada por los objetivos comunes que justifican la existencia del Estado. La integración material se puede relacionar con las teorías de los elementos del Estado en su contenido simbólico. En este sentido, el territorio y la historia común son elementos de la integración material; no en el sentido en que los concebía la teoría de los elementos del Estado, sino como variables interdependientes y dinámicas.” In URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una Aproximación al Origen del Concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 20. Núm. 58. Jan/Abr. 2000.p. 120.*

⁴¹ SMEND, Rudolf. *Costituzione e Diritto Costituzionale*. Milão: Giuffrè Editore. 1988. p. 67.

⁴² SBROGIO'GALIA, Susana. *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Do Advogado. 2007. p. 34

pouco esclarece acerca do problema da manutenção da estabilidade jurídica, em se considerando que visualiza na Constituição, um permanente recriar-se. Além disso, a intenção de Constituição, em Smend, destina a exprimir a totalidade do Estado, conduz à conclusão da existência de duas ordens incomunicáveis, quais sejam, “ser” e “dever-ser”.”

Dessa forma, a principal contribuição de Smend foi a detecção de que a Constituição é o local onde ocorre a tensão entre Ser e Dever-Ser, sendo que tal tensão, transforma a Constituição em um organismo vivo, deixando-a permeável às constantes mudanças sociais a fim de garantir a existência e funcionamento do próprio Estado.

Urrutia⁴³ percebe muito bem a integração existente entre indivíduo e Estado que é o motor da dinâmica proposta por Smend, senão vejamos:

“Sólo puede concebirse la idea del Estado como flujo circular, como una tensión dialéctica individuo-sociedad que no puede ser entendida ideológicamente sino que sólo puede ser descrita. La íntima realidad del Estado, a partir de la cual se definen el concepto y el objeto de la Constitución, la constituye el ser un ámbito parcial de la realidad espiritual. En este sentido, «el Estado no es un fenómeno natural que deba ser simplemente contrastado, sino una realización cultural que como tal realidad de la vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y cambio, puesta continuamente en duda». El Estado debe ser estudiado por las ciencias del espíritu, debido a que es una realidad espiritual. El individuo forma parte de esta realidad espiritual. El Estado, sin embargo, no puede construirse partiendo del individuo y yendo de lo particular a lo general, sino que debe concebirse como una relación que se crea retroalimentándose. Es una relación dinámica de reflujo mutuo. El Estado para Smend no es algo material y estático. Las formas espirituales colectivas, como el Estado, no constituyen sustancias estáticas sino una unidad de sentido de la realidad espiritual, esto es, actos espirituales. La «integración» es el núcleo esencial de la dinámica del Estado

⁴³ URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una Aproximación al Origen del Concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 20. Núm. 58. Jan/Abr. 2000.p. 119

que consiste en la constante renovación de un complejo número de sus manifestaciones.”

Pelo analisado, Smend parte da idéia de necessidade de garantia e efetividade do Estado, a qual se dá por um procedimento constitucional. Smend por sua vez desenvolve melhor a idéia de procedimento constitucional, aduzindo que a garantia de existência do Estado pela Constituição ocorre desde que a Constituição seja um processo de integração das diversas forças sociais e que, integração esta que torna a Constituição permeável implicando na existência de constantes Mutações Constitucionais para permitir o equilíbrio das forças em integração na Constituição.

A título de registro, semelhante estrutura que vem a permitir e requerer a ocorrência de Mutações Constitucionais é a proposta por Hermann Heller.

A proposta de Heller é que o Estado é uma unidade sólida onde concentram uma correlação de forças independentes e autônomas. A autonomia e independência dessas forças sociais por sua vez não afetam a unidade do Estado, a qual permanece estática. Trata-se de como o próprio Heller diz⁴⁴: Da pluralidade na unidade. O Estado será uma estrutura fixa, porém, aberta à realidade social a qual sofre constantes mutações sociais sem contudo, alterar a estrutura do Estado. Segundo Heller:

“Constitui o propósito da Teoria do Estado a descrição e interpretação do conteúdo estrutural da nossa realidade política; o Estado não deve ser concebido nem como uma conexão racional de leis nem como uma conexão de sucessão lógica ou temporal. Mas, indubitavelmente, na forma estatal, operam leis, e, de outra parte, a sua estrutura é uma forma aberta que permanece através das mudanças históricas. Por essa razão, tanto os conceitos genéricos como os individuais são, na Teoria do Estado, não só possíveis, mas inclusive necessários; mas a sua função é, não obstante, aqui, a de servir unicamente como meios para um fim, que é o de conceber o Estado como forma, como uma conexão real que atua no mundo histórico-social⁴⁵.”

⁴⁴ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou. 1968. p. 74

⁴⁵ *Ibid.* p. 90

Contudo, sob forte influência hegeliana, a estrutura do Estado como visto acima, é dialética, permitindo a comunicação e complementação entre a estrutura fixa e as forças sociais móveis, fato este que justifica o interesse da teoria da Mutação Constitucional por Hermann Heller.

Assim como para Smend, a Mutação Constitucional para Heller é um dos mecanismos que operam a correlação de forças sociais atuantes dentro da Constituição bem como regula a reciprocidade de influências entre a parte estática e a parte dinâmica das Constituições.

2.4 HSU DAÜ-LIN

O grande mestre da Mutação Constitucional e que escreveu de forma mais profunda sobre o tema foi o Hsü Dau-Lin, jurista chinês que estudou na Alemanha no período entre-guerras, sendo aluno de Rudolf Smend.

A grande conclusão de Hsü Dau-Lin é a existência de uma força vital dentro da própria Constituição, o que implica na mutabilidade natural da própria Constituição⁴⁶ e não somente da sociedade, passando divergir dos outros teóricos

⁴⁶ No mesmo sentido de Dau-Lin, Karl Loewenstein parte do princípio de que cada constituição integra o passado e o futuro, mantendo em seu bojo o *status quo* existente no momento de sua elaboração, as condições sócio-políticas da feitura da nova Carta e, o projeto de futuro da nação⁴⁶. Entretanto, é impossível prever o futuro sendo que o máximo que uma Constituição pode fazer é estipular cláusulas de abertura que permitam a integração de novas realidades sociais sem que isto quebre a segurança jurídica. Para Loewenstein: *“Cada constitución integra, por así decirlo, tan solo el status quo existente en momento de su nacimiento, y no puede prever el futuro; en mejor de los casos, cuando esté inteligentemente redactada, puede intentar tener en cuenta desde el principio, necesidades futuras por medio de apartados y válvulas cuidadosamente colocadas, aunque una formulación elástica podría perjudicar a la seguridad jurídica. Así, pues, hay que resignarse con el carácter de compromiso inherente a cualquier constitución. Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas.”* In LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª. Ed. Barcelona: Ediciones Ariel. 1970. p. 164. Loewenstein consegue com isso permitir a renovação constitucional sem que exista rupturas na estrutura da Constituição, mantendo assim a segurança jurídica, tão valiosa para ele. Isto é, as forças sociais são reequilibradas através da alteração constitucional, sem que com isso, existia alteração no processo político. Essa estabilidade buscada por Loewenstein visa a manutenção do que ele chama de “sentimento constitucional”. Com isso, entende-se que o limite da Mutação Constitucional para Loewenstein é axiológico, ou seja, contido no que ele chama de sentimento constitucional, e não, no texto da Constituição ou na estrutura do Estado, como colocam outros autores sobre a Mutação Constitucional. Concluímos que Loewenstein propõe uma nova relação entre ser e dever-ser, onde o ser o ser é submetido a rigidez estática nos

da Mutação Constitucional para os quais, referida fora din mica, encontrava-se fora da Constituio.

A fora vital existente dentro da Constituio   a própria política, não existindo para Dau-Lin separao metódica entre Constituio e Política, conceito este crucial para entender como se dá a Mutao Constitucional para o autor chin s. Referida fora vital vem a servir como complemento da própria Constituio dado o seu caráter inacabado e a natureza elástica de suas normas.

Fazendo a política parte da própria Constituio, a alterao na correlao de foras política pode vir a gerar uma incongru ncia entre a fora vital (política) e o texto legal, sendo a Mutao Constitucional a mudana decorrente da relao incorreta entre a norma e a situao constitucional real⁴⁷.

Para Dau-Lin, a Constituio   a própria realidade vital do Estado, sendo a interpretao constitucional feita a partir desse sistema constitucional, o qual   elástico e integrado, implicando portanto, que a Mutao Constitucional não ocorre de fora para dentro, através de pressões externas percebidas na tensão entre ser e dever-ser, mas sim dentro do próprio direito. A Mutao Constitucional   jurídica, porém, sem eliminar os conceitos políticas que são a razão de ser da própria Mutao.

Falar que a Mutao Constitucional   jurídica, resulta em dizer que a desincompatibilidade entre norma e realidade constitucional (realidade no campo do direito constitucional) ocorre por divergência entre o texto escrito e o novo significado do direito constitucional material. O conteúdo desse direito constitucional por sua vez   alterável segundo cada momento histórico e social.

Os fatores reais de poder, para manter aqui a linguagem de Lassalle, irão influenciar o direito constitucional (realidade constitucional) a qual resultará em

moldes positivistas e, o dever-ser,   aberto a correlao de foras vigentes num determinado momento histórico.

⁴⁷ DAU-LIN, Hs . *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina F rster. O ati: IVAP. 1998. p. 31.

Mutação Constitucional, nos casos em que, essa nova realidade constitucional resulte numa reinterpretação do texto legal o qual é mantido intacto.

A partir dessa constatação, Dau-Lin, tendo por base Jellinek, enumera quatro tipos⁴⁸, ou classes como ele chama, de Mutações Constitucionais⁴⁹:

- Mutação da Constituição mediante prática estatal que não viola formalmente a Constituição.
- Mutação da Constituição mediante a impossibilidade de exercício de certos direitos estatuídos constitucionalmente.
- Mutação da Constituição mediante uma prática estatal contraditória com a Constituição⁵⁰.
- Mutação da Constituição mediante sua interpretação⁵¹.

⁴⁸ A mesma classificação foi posteriormente adotada por Garcia Pelauo *in* PELAYO, Manuel Garcia. *Derecho Constitucional Comparado*. 3ª Ed. Madrid: Revista de Occidente. 1953. p. 138. A questão para Pelayo, surge exatamente no momento que há impasse entre a forma fixa e o conteúdo mutável da Constituição. Segundo Pelayo pode haver uma reforma da Constituição via os caminhos formais previstos na parte fixa da Constituição, alterando-se o texto da lei ou, alterando o significado do próprio texto, sem a necessidade passar pela reforma, caso este de mutação. Embora longa, interessante trazer a citação de Pelayo pela clareza com que trata o assunto “*Ahora bien, la mera contemplación de aquellas constituciones rígidas que han tenido una larga duración, nos muestra que en modo alguno es el procedimiento previsto la única vía de su transformación, sino que están sujetas a constantes mutaciones en su contenido, por más que permanezca inalterable el texto legal. La razón de ello radica en dos características esenciales a la constitución, cualquiera que sea la forma que tenga de expresarse: A) En primer lugar, en el hecho de que la constitución no sea una normatividad abstracta, sino la estructura normativa concreta de un Estado, es decir, de una individualidad histórica que existe en cuanto que perpetuamente se renueva, estructura normativa que forma parte integrante de la existencia del Estado y que emerge de esta existencia. Por consiguiente, la constitución ha de participar de ese devenir, que es esencial a la vida del Estado. B) En segundo lugar, en una circunstancia fuertemente vinculada a este carácter individual de la constitución y que hemos destacado anteriormente, a saber: la relación condicionadora y condicionante de la constitución con las restantes estructuras del Estado y de la sociedad. Mas si estas estructuras sociales, económicas, políticas, jurídicas, etc., están sujetas a movilidad, es claro que esta movilidad ha de proyectarse también sobre la estructura constitucional. Toda constitución, rígida o flexible, supone un intento de solución al aspecto jurídico-político de la existencia estatal, solución que se toma de acuerdo con unos datos del problema (situación de poderes sociales, estructura económica, estado cultural, etc.); mas cuando estos datos cambian, es claro que si la constitución quiere seguir resolviendo el problema de la convivencia ha de cambiar, con reforma o sin reforma formal, el sentido de sus preceptos; pero, justamente, la esencia de una constitución no radica, sin más, en unas palabras, sino en el significado atribuido a las palabras del texto en relación a las situaciones concretas. Por eso, una constitución, escrita o no escrita, no es nunca una obra totalmente acabada, sino una apertura de posibilidades que los hombres realicen su convivencia.*” *in* PELAYO, Manuel Garcia. *Derecho Constitucional Comparado*. 3ª Ed. Madrid: Revista de Occidente. 1953. p. 132.

⁴⁹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. p. 31.

⁵⁰ No mesmo sentido de Dau-Lin temos: SILVA, José Afonso da. *Mutações Constitucionais*. *In* Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 288

Segundo Dau-Lin a Mutação que ocorre por prática estatal que não viola a Constituição ocorre nas hipóteses em que o texto (um artigo específico   ignorado ou contrariado, pois o assunto regulado não   matéria que mereça tratamento constitucional. A contradição que gera a contradição, para Hs  Dau-Lin não   específica de um artigo mas com o todo da Constituiç o⁵².

Já a Mutação Constitucional derivada da impossibilidade e exercício de direitos constitucionais estatuidos formalmente no texto constitucional ocorre nos casos de que direitos atribuídos a determinados sujeitos, ante a impossibilidade prática de se exercerem de se exercerem, deixam com o tempo, de corresponderem a nova realidade constitucional⁵³.

A Mutação Constitucional mediante a prática estatal divergente   Constituição, ocorre quando há nítida tensão entre o dever-ser o ser, que acontece nas hipóteses de reforma material da Constituição ou pela legislação ordinária emanada dos órgãos estatais. A reforma material da Constituição consiste na edição de lei que está em contradição com o texto constitucional e, face as regras de rigidez constitucional que dificultam a reforma formal da Constituição a mesma não   aceita formalmente porém, produz efeitos no Direito Constitucional material, através da

⁵¹ Meirelles Teixeira também entende como forma de Mutação Constitucional a Interpretação. *in* MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. Atualização de Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991. p. 143.

⁵² Para Hs  Dau-Lin *“Puede producirse una mutación de la Constitución por una práctica estatal que no contradice formalmente al texto constitucional. En tal caso se ignora un artículo concreto de la Constitución o se contradice cierta prescripción constitucional, pues se trata de relaciones jurídicas que todavía no se regulan por un precepto constitucional. La tensión que puede observarse aquí se da entre la situación real y la situación legal diseñada por la Constitución, no entre lo existente y lo prescrito. El sollen (debe ser) está aquí en contradicción con el Sein (ser), no resulta de cierto artículo constitucional, sino Del conjunto de varias prescripciones constitucionales o de la integración global de todo el entramado constitucional”* *in* DAU-LIN, Hs . *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina F rster. Oñati: IVAP. 1998. p. 32

⁵³ Afirma Dau-Lin: *“Puede darse una mutación de la Constitución por por la eventual imposibilidad de ejercer competencias de poder, que corresponden al contenido de ciertas prescripciones constitucionales. El derecho que atribuyen los artículos constitucionales a ciertos sujetos se pierde ante la imposibilidad de ejercerlos, de modo que esos artículos de la Constitución ahora ya no corresponden a la realidad jurídica.”* *In* DAU-LIN, Hs . *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina F rster. O ati: IVAP. 1998. p. 36.

mutação constitucional. A partir de então as normas constitucionais afetadas pela lei ordinária não mais coincidem com a realidade constitucional⁵⁴.

No tocante à Mutação Constitucional decorrente da interpretação esta ocorre quando as normas constitucionais recebem um novo significado⁵⁵, distinto da condição original na qual a norma foi editada. Tal caso ocorre principalmente nas cláusulas abertas, as quais necessitam de interpretação do contexto histórico atual para sua efetiva aplicação⁵⁶.

Analisando a questão das lacunas, Hsü Dau-Lin indiretamente fornece os elementos de formação da sua Teoria da Mutação Constitucional. Considerando como lacuna o caso concreto onde não uma norma que não preveja a solução satisfatória, Dau-Lin vem a afirmar⁵⁷ que é necessário uma decisão. Tal decisão é baseada numa consciência jurídica pré-existente, a qual é portadora da valoração humana individual e coletiva, não havendo portanto, que se falar em lacuna uma vez

⁵⁴ Em relação a tal hipótese de Mutação Constitucional, Dau-Lin vem a lecionar: *“Dicha mutación material de la Constitución consiste en una ley, cuyo contenido está en contradicción con la Constitución, tal contradicción se reconoce y por eso se exige el requisito de la dificultad de su modificación,; también se expresa ocasionalmente em la cláusula de su publicación, aunque generalmente esto no ocurre. De todas maneras en ambos os casos no se cambia el texto de la Constitución. Las normas afectadas por la reforma material de la Constitución ahora ya no coinciden con la realidad constitucional.”* In DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. p. 40.

⁵⁵ Na mesma linha encontramos Anna Cândida da Cunha Ferraz: *“Sempre que se atribuiu à Constituição sentido novo; quando na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por ela ou comportamentos ou atos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da mutação constitucional. Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional. Em resumo, ocorre mutação constitucional por via de interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição.”* In FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad. 1986. p. 56.

⁵⁶ Referente à Mutação Constitucional decorrente da interpretação Dau-Lin afirma que: *“Cabe, también, una mutación constitucional mediante la interpretación: particularmente cuando los preceptos constitucionales solo se interpretan según consideraciones y necesidades que cambian com el tiempo sin atender articularmente al texto fijo de la Constitución, o sin que se considere el sentido originário que Dio el constituyente a las normas constitucionales en cuestión. La norma constitucional queda intacta, pero la práctica constitucional que pretende seguirlas, ES distinta. Lo que se infiere de la Constitución um día como derecho ya no lo es posteriormente. La Constitución experimenta una mutación em tanto que sus normas reciben outro contenido, em la medida que sus preceptos regulan otras circunstancias distintas de las antes imaginadas.”* In DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. p. 45.

⁵⁷ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. p. 53.

que há uma consciência jurídica que forma o direito, afirmando Hsü Dau-Lin: *“Así, pues, la decision exigida siempre es posible, aunque falten los artículos, ; em otras palabras: la conciencia jurídica carece de lagunas, pues siempre responde a cada caso y decisión⁵⁸”*, usando aqui o elemento histórico herdado de Jellinek e a teoria da integração de Smend.

Isso implica que o direito tem um conteúdo variável, ou seja, essa consciência jurídica se dá conforme o momento histórico presente. Exemplo disso é a Mutação pela impossibilidade e exercício de direitos previstos na Constituição, tornando o texto constitucional, obsoleto⁵⁹, exemplo este, contrário ao da lacuna.

Com isso, h  toda uma perda de validade social, transformando-se a norma mutada, em um mero texto vazio, com mera exist ncia formal, sem nenhum cont do axiol gico, ficando a norma, “obsoleta” como traz Hsü Dau-Lin em importante passagem⁶⁰:

“Si consideramos, desde un punto de vista de la realidad jurídica, una norma jurídica carente por completo de validez social, que no tiene exist ncia material, con la perdida de su validez social, desaparece, también, su contenido de valor y sentido. Su significado para la contemplación de las normas jurídicas positivas, se limita solo a sua exist ncia formal, a su realidad escrita.

Este fen meno a saber: cómo una proposición jurídica pierde su entero significado real mediante la perdida de la validez social   una inversión del proceso consuetudinário de la formación de derecho. Aquí h  surgido, paulatinamente, una proposición jurídica material – sin registro fomal – all  una proposición jurídica que poco a poco, se hace << obsoleta>>, a pesar de que sigue existindo formalmente, pierde su validez, se hunde materialmente.”

O texto constitucional h  que ser mantido vivo assim pelos diversos mecanismos de integração sendo o mais importante a interpretação, defendendo Hsü Dau-Lin⁶¹ que o meio interpretativo que mais se adequa aos casos de Mutação

⁵⁸ *Ibid.* p. 53.

⁵⁹ *Ibid.* p. 67.

⁶⁰ *Ibid.* p. 70.

⁶¹ *Ibid.* p. 88.

é a interpretação autêntica, a qual é a interpretação da Constituição pela própria Constituição, trazendo o exemplo norte-americano onde o texto constitucional segue inalterado embora a vida social e política esteja em constante alteração⁶².

Outra importante relação traçada por Hsü Dau-Lin de forma inovadora até então, é relação entre a Mutação Constitucional⁶³ e o Direito Consuetudinário⁶⁴, sendo que, embora o Direito Consuetudinário tenha diminuído sua importância atual devido a regulação cada vez mais minuciosa⁶⁵, este não pode ser excluído totalmente como coloca Dau-Lin⁶⁶: *“De todos modos es correcto decir que las proposiciones jurídicas positivas nunca serán capaces de excluir completamente la presencia del derecho consuetudinário. Los intentos históricos que lo prohíben siempre há sido ineficaces, y lo demuestran suficientemente”*, afirmando ao final que o problema da mutação não se esgota com a aceitação do direito consuetudinário⁶⁷.

Por derradeiro, Hsü Dau-Lin vai trazer sua insuperável e genial contribuição ao colocar que a Mutação Constitucional é o próprio direito, a

⁶² *Ibid.* p. 99.

⁶³ Meirelles Teixeira também admite como forma de Mutação Constitucional o costume. *In* MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. Atualização de Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991. p. 143, e no mesmo sentido Milton Campos *in* CAMPOS, Milton. *Constituição e Realidade*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 187, p. 19, jan./fev. 1960.

⁶⁴ Anna Cândida da Cunha Ferraz também vem a adotar o Direito Consuetudinário como forma de Mutação Constitucional: *“No direito Constitucional o costume tem a mesma função que lhe é apontada no campo do direito em geral: fala-se, então, de costume constitucional interpretativo, de costume constitucional introdutivo, integrativo ou complementar e de costume ab-rogatório ou derogatório. O primeiro, também qualificado de costume secundum legem ou secundum constitutionem, forma-se para servir de base à interpretação de normas constitucionais. Em matéria constitucional, o costume interpretativo, ou seja, aquele que se forma para embasar interpretação de uma norma escrita, é a espécie que surge com mais freqüência, sendo relevante o trabalho desenvolvido por ele para criar preceitos novos. Importante, pois o papel do costume e das práticas na interpretação dos textos constitucionais. “A prática constitucional longa e uniformemente aceita pelo Poder Legislativo ou pelo Executivo tem mais valor para o intérprete do que as especulações engenhosas dos espíritos concentrados, acentua Story. O costume que visa a preencher lacunas constitucionais ou regular matéria não disciplinada na Constituição é designado por costume integrativo ou introdutivo. Assim, o costume integrativo ou introdutivo intervém para preencher lacunas no texto constitucional, complementar disposições, corrigir omissões ou substituir o silêncio do legislador constituinte, mediante usos e práticas consentidas ou não infirmadas pelas disposições constitucionais.”* *in* FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad. 1986. p. 191.

⁶⁵ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. p. 118.

⁶⁶ *Ibid.* p. 117.

⁶⁷ *Ibid.* p. 119.

racionalização do sistema constitucional tendo em vista suas características frente ao direito ordinário, senão vejamos⁶⁸:

“Si el sentido de la Constitución abarca al Estado como totalidad, entonces hay que negar de três maneras la idea de una regulación completa de las relaciones jurídicas existentes y posibles en el Estado mediante su Constitución: no es misión propia de la Constitución, técnicamente no es posible; la Constitución no lo pretende, más bien las Constituciones pueden << abarcar su objetivo solamente de manera esquemática y solo em puentes concretos. Solamente pueden y quieren (al menos según su intención objetiva) sólo indicar; lo hacen de mo tradicional, em forma de recepciones>> (Smend). Si las normas constitucionales esquemáticas resultan insuficientes, em la realidad jurídica estatal, para superar y dominar jurídicamente de manera exhaustiva y óptima los mil fenômenos de la realidad estatal intermitente, esto es una necesidad natural y de ningún modo deficiência o <<Aporias>>. Esta elasticidad e insuficincia determinan que las Constituciones no pueden plantear <<la exigencia de una validez rígida y heterónoma similar a lo que ocurre em el derecho de las asociaciones subordinadas ya que han de esquematizar, de manera abstracta, muchos casos particulares>> (Smend). Las Constituiciones se diferencian de las demás normas jurídicas em virtud de su intencionalidad a um dominio jurídico completo de su objeto normativizado por um lado, y respecto a la exigência de uma validez rígida y heterónoma de cada una de lãs normas que contine por outro lado.”

Dessa forma, o fundamento da Mutação Constitucional, como alegado no começo do capítulo é a realidade vital da Constituição, ou seja, a Constituição é uma força viva que integra uma série de forças sociais, realizáveis em cada momento histórico diferente, que são integrados na Constituição por diferentes meios como interpretação, direito consuetudinário, dentre outros e, a Mutação Constitucional é exatamente a forma de transformação constante do Estado a nova

⁶⁸ *Ibid.* p. 158.

realidade vital já que a Constituição é insuficiente para prever as novas condições de realidade vital e necessidade do Estado⁶⁹.

A solução do problema da Mutação Constitucional está no que Dau-Lin chama de “singularidade estimativa do direito constitucional” que vem a ser algo não previsto pelas normas constitucionais, sendo desenvolvido pela realidade vital, não sendo controlado pelas normas jurídicas ordinárias, sem ser contudo, quebramento da Constituição pois, a Mutação Constitucional é o próprio direito, mesmo que divergente do texto da lei⁷⁰.

2.5 KONRAD HESSE

Grande nome da Teoria da Mutação Constitucional foi Konrad Hesse, professor alemão que através de sua obra “A Força Normativa da Constituição” criticou ferozmente a idéia sociológica de Lassalle, resgatando a normatividade constitucional, contribuindo posteriormente com o não menos importante artigo “Limites de la Mutacion Constitucional”.

⁶⁹ Para Hsü Dau-Lin: *“El fundamento último de la mutación constitucional, estriba, por de pronto, em la naturaleza del Estado como realidad vital. Ésta no necesita fundamentar-se em cualquier tipo de teoría del Estado invocando la organología o una concepción mecanicista o em la doctrina de la integración que nos arrastra a outro problema todavía más difícil, em lugar de solucionar el que nos ocupa.”* E mais adiante na mesma obra: *“No obstante, lãs mutaciones constitucionales no solo son algo impuesto forzosamente por ele Estado em cuanto realidad vital de la Constitucione como su regulación jurídica, sino que son em parte queridas y favorecidas por la Constitución misma. Esto se remonta, por um lado, al hecho de que lãs nomras constitucionales son incompletas frente a lãs exigências vitales del Estado, y por outro lado, a la elasticidad de su normativización. Puesto que << naturalmente el Estado no solo vive de los fenómenos vitales regulados por su Constitución: la Constitución misma tiene que contar para su perfección com el fundamento que impele su vida y com la plenitud de motivaciones sociales, para realmente transformarse em vida política. Tampoco puede abarcar, por completo, las funciones vitales del Estado que ella misma regula: porque también surgen, como em toda vida política, de la totalidad de la personalidad individual que coopera, em cada momento, com la totalidad suprapersonal del Estado. Semejante plenitud vital no puede abarcarse ni normativarse enteramente mediante escasos artículos constitucionales, esquemáticos, pues sólo pueden indicarse y estimularse>> (Smend). In DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. págs. 161 e 163.*

⁷⁰ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. p.166.

Hesse reconhece a existência dos fatores reais do poder, assim como colocou Lassalle, porém, aduzindo que não existe somente esse tipo de poder influenciando a Constituição, sendo que esta, também possui força de vinculação das condutas sociais, chegando assim ao que podemos chamar de um meio termo entre a concepção sociológica de constituição de Lassalle e, o positivismo radical de Kelsen, o qual defende a radical separação entre Direito e Realidade Social⁷¹.

Não há assim, uma coincidência perfeita entre realidade social e Constituição jurídica, condição de validade da norma para Lassalle, existindo em verdade, uma tensão permanente e necessária entre a realidade social e o direito⁷².

A posição de Lassalle de que a tensão entre Constituição e realidade social deve ser eliminado pela total compatibilidade entre Constituição e os fatores reais de poder é criticado por Hesse para que compatibilidade é a negação do próprio Direito Constitucional enquanto ciência jurídico, estando a ciência normativa reduzida a uma sociologia do direito cuja função é a mera constatação da realidade social, alegando *“Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes”*⁷³.

Há um condicionamento recíproco entre as forças reais de poder e o texto constitucional, sendo que a “essência da constituição” para Hesse residirá exatamente na vigência da própria constituição. Para Hesse:

“A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de

⁷¹ HESSE, Konrad. Limites de La Mutacion Constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1992. p. 90.

⁷² Para Hesse: *“Considerada em suas conseqüências, a concepção da força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade de norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluída e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar.”*in HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991. p. 10.

⁷³ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991. p. 11.

interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas⁷⁴.

A eficácia da Constituição somente ocorrerá se respeitar os fatores axiológicos, econômicos e culturais de uma determinada sociedade, não devendo, entretanto, ser confundida a condição de eficácia (ser) com a pretensão de eficácia (dever-ser) condita em todo texto legal.

Por sua vez, é devido a essa pretensão de eficácia que o texto legal, em especial, a Constituição possui, é que se torna possível a Constituição influenciar a realidade social, havendo que se falar da existência de uma vontade da Constituição, fato este chamado de normatividade, criando assim uma influência recíproca entre a realidade social e a Constituição⁷⁵. Portanto, é na pretensão de eficácia da Constituição é que esta encontra e justifica sua força normativa.

A necessidade da vinculação da Constituição à realidade social é exatamente para evitar a prevalência de teorias utópicas distantes do mundo real, faltando à Constituição o que Hesse chama de “Força Vital⁷⁶”.

Não obstante a Constituição receber essa “Força Vital” da realidade social, a Constituição também pode impor tarefas à realidade social, possuindo uma força ativa, segundo a lição de Hesse:

“A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela

⁷⁴ *Ibid.* p. 14

⁷⁵ Segundo Hesse: *Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.* In HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991. p. 15.

⁷⁶ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991. p. 18.

*realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.*⁷⁷

Com isso, há todo um parcimonioso processo de recepção das alterações sociais pela Constituição, a qual também possui, força normativa para dirigir as alterações sociais. Referidas mudanças sociais são notadas pela interpretação do sentido jurídico, a qual demonstra a necessidade de uma mutação normativa quando a finalidade um proposição não pode mais ser aplicada.

Respondendo a pergunta de Lassalle sobre qual a essência de uma constituição, Hesse responderia que a essência está na relação entre o ser (Sein) o dever-ser (Sollen), os quais possuem uma relação de coordenação, não havendo que se falar no papel secundário da Constituição frente aos fatores reais de poder como antes disse Lassalle.

Em sua posição Hesse percebe que para uma Teoria da Mutação Constitucional é essencial o afastamento da separação entre Direito e Política, como se dois campos distintos e incomunicáveis, fossem⁷⁸.

Entretanto, algumas mudanças no campo político, apesar da separação formal entre Direito e Política, acabam se tornando juridicamente relevantes, sem contudo, alterar a norma constitucional. Nas palavras de Hesse⁷⁹:

“La “separación metódica” entre Derecho político y ciencia política significa que la “realidad” cuyos cambios conducen a una mutación constitucional se convierte en una magnitud extra-jurídica. Y, sin embargo, dicha realidad resulta inevitablemente – a pesar de la “separación metódica”- jurídicamente relevante: incapaz por definición de operar en el

⁷⁷ *Ibid.* p. 15

⁷⁸ HESSE, Konrad. *Limites de La Mutacion Constitucional. Escritos de Derecho Constitucional.* 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1992. p. 90.

⁷⁹ HESSE. *loc. cit.*

interior de la norma misma, modifica por así decir desde fuera el Derecho constitucional de una forma explicable sólo políticamente, no jurídicamente, al hacer ocupar su lugar por una “situación constitucional” divergente que, desplazando a las normas de la Constitución, devine ella misma Derecho.”

Há contudo, que se estabelecer uma ligação entre o Político e o Jurídico uma vez que, embora separados, eles se comunicam. Mas como? Através do Estado e da Constituição, responde Hesse.

A Constituição na visão de Hesse⁸⁰, busca a totalidade da realidade social, devendo para isso, possuir como elemento racionalizador dessa busca pela totalidade, a abertura para mudanças, mesmo quando a mudança é incompatível com o texto constitucional.

Essa “totalidade” da Constituição, engloba o que Hesse chama de “mundo real⁸¹” que é o local onde ocorrem de fato as mudanças sociais, onde a Constituição ganha sentido nas palavras de Smend⁸², possuindo aqui grande influência da obra de Hermann Heller com sua análise material do Estado, bem como nas afirmações de Hsü Dau-Lin⁸³, de que a realidade política se concentra na própria Constituição, nas formas das chamadas “necessidades vitais do Estado”.

2.6 PEDRO DE VEGA

Quem retoma recentemente o debate sobre a mutação constitucional estabelecendo um debate entre Konrad Hesse e Hsü Dau-Lin, é o espanhol Pedro de Vega.

⁸⁰ *Ibid.* p. 94

⁸¹ *Ibid.* p. 95

⁸² *Ibid.* p. 92

⁸³ *Ibid.* p. 99

Partindo de uma base contratualista de sociedade, Vega admite que por trás de toda soberania jurídica existe uma soberania política⁸⁴, a qual vindo a se alterar, leva à mudanças no direito.

Utilizando das idéias de Hsü Dau-Lin de que as reformas⁸⁵ não são meros caprichos mas sim, a própria racionalidade do sistema, Vega afirma que: *“La reforma no debe interpretarse como um capricho político sino como una necesidad jurídica⁸⁶.”*

Após demonstrar a existência de dois tipos de reformas, expressas e tácitas, bem como dos quebramentos constitucionais, Vega apresenta rico capítulo sobre Mutação Constitucional, vindo a defini-la como: *“Em términos generales cabría entender como modificaciones no formales del ordenamento constitucional, aquellos cambios operados en el mismo sin seguir el procedimiento más agravado y difícil establecido para la reforma de la Constitución⁸⁷.”*

Usando da lição de Hesse, Vega⁸⁸ vem a colocar que a Mutação altera o conteúdo da norma constitucional sem alterar contudo, seu texto, alterando assim o que Hesse chamava de vontade da Constituição, sendo que, tal alteração tem por base a dinâmica social que vem a exigir mudanças no texto legal na mesma proporção das alterações sociais anteriormente ocorridas⁸⁹, fazendo com isso uma unificação entre Dau-Lin e Hesse ao colocar que a Mutação serve como

⁸⁴ VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional Y La Problemática Del Poder Constituyente*. Madri: Tecnos. 1985. p. 40.

⁸⁵ Para Vega existem três aspectos em que se opera a reforma na moderna organização constitucional democrática: Em primeiro lugar, como instrumento de adequação entre a realidade jurídica e a realidade política. Em segundo, como mecanismo de articulação, de continuidade jurídica do Estado e, por último, como instituição básica de sua garantia. In VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional Y La Problemática Del Poder Constituyente*. Madri: Tecnos. 1985. p. 40.

⁸⁶ VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional Y La Problemática Del Poder Constituyente*. Madri: Tecnos. 1985. p. 92.

⁸⁷ *Ibid.* p. 179.

⁸⁸ *Ibid.* p. 180.

⁸⁹ Segundo Pedro de Vega *“Se explican así dos circunstancias que a la hora de iniciar el tratamiento de la mutación constitucional deben tenerse, em todo caso presentes. 1) En primer lugar, que, habida cuenta de la obligada dinamicidad que al ordenamiento constitucional impone la realidad política y social, las transformaciones y modificaciones del mismo bien a través de la reforma, bien a través de la mutación, son inexorablemente necesarias. 2) En segundo lugar, que si la adaptación de la realidad jurídico-normativa a la realidad histórica puede producirse, tanto a través de la reforma como a través de la mutación, ES claro que mutación y reforma tienen que aparecer como términos em cierta manera complementários y excluyentes.”* in VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional Y La Problemática Del Poder Constituyente*. Madri: Tecnos. 1985. p. 180.

racionalização do sistema jurídico face as alterações da realidade social que por sua vez resultam em alteração da vontade constitucional.

A grande novidade na obra de Vega é a análise que ele propõe da questão da linguagem⁹⁰. Para ele é possível alterar o signo da palavra constante no texto, o que viria a resultar em Mutação. A linguagem não   fixa, sendo que sua altera o produz reflexos no direito⁹¹, em especial no momento da interpreta o do texto constitucional onde são apontadas as contradi es entre a finalidade velha e a nova.

Outra contribui o de Vega para uma Teoria da Muta o Constitucional   a referente a possibilidade de Muta o Constitucional pela atua o legislativa⁹² aduzindo para tanto três motivos: a) o fato da norma constitucional tratar somente de princípios que exigem uma regulamenta o ordinária para sua aplica o; b) a altera o no consenso político existente no momento da cria o da constitui o e c) o desenvolvimento posterior (evolu o) dos preceitos contidos na Constitui o.

⁹⁰ Temos no Brasil uma importante contribui o nesse sentido na obra de Susana Sborgio'galia, na melhor tradi o gaúcha, trabalha muito bem a questão da interpreta o constitucional como fonte da Muta o Constitucional, utiliza o conceito de H berle de que inexist  um monopólio da interpreta o constitucional, sendo tal ato realizado por diversos atores sociais que acabam por alterar a Constitui o via Muta o Constitucional. A autora gaúcha, pelo que demonstra em sua obra, adota uma postura que entende o Direito como um sistema autopoietico⁹⁰, o qual possui uma estrutura interna própria, a qual, contudo, está aberta a influencias de outros sistemas, criando assim, para a recep o de altera es provindas de outros sistemas, regras procedimentais próprias, que regulam a altera o constitucional. Segundo Susana Sobrio'galia: *“Com efeito, as pretensões de estabilidade e rigidez podem ser depreendidas da estrutura constitucional e do “núcleo duro” da Constitui o. Por outro lado, em sendo tarefa constitucional, igualmente, a sua perpetua o no tempo e no espaço, a ordem constitucional deve possuir abertura suficiente para captar a dinamicidade da vida política e social. Em conseq encia, identifica-se uma rela o de polaridade entre flexibilidade e rigidez, que importa estarem estes fatores, para consecui o do objetivo evolutivo, em justa coordena o, no que concerne aos mecanismos que, ao passo de atuarem na fun o de manuten o (ou reten o), devem permitir a interna o dos efeitos de mudança sociais (exógenas ao sistema jurídico-constitucional). Estes mecanismos constituem os princípios e procedimentos socialmente institucionalizados e os procedimentos de mudança, tias como revisão, emendas e, por que não dizer, as muta es constitucionais compatíveis com o sistema.”* In SBROGIO'GALIA, Susana. *Muta es Constitucionais e Direito Fundamentais*. Porto Alegre: Do Advogado. 2007. p. 44. Tem-se com isso, a existência de uma Muta o Constitucional procedimentalista no entender de Sbrogio'galia, uma que, para ocorrer qualquer reforma ou muta o, este deve atender aos procedimentos do sistema constitucional para que a mudança seja aceita. Com isso, a adequa o ao procedimento evita a ocorrência das chamadas muta es inconstitucionais, protegendo os direitos já reconhecidos e legitimados socialmente, dentre eles, os direito fundamentais, tema caro   Susana Sbrogio'galia.

⁹¹ VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional Y La Problemática Del Poder Constituyente*. Madri: Tecnos. 1985. p. 183.

⁹² *Ibid.* p. 190.

Contrariando Hsü Dau-Lin, Vega vem a entender que a Mutação Constitucional ocorre fora do direito e   transportada para dentro do sistema jurídico após sua ocorrência, razão pela qual, qualquer Mutação, que ocorra via ato normativo ou costume constitucional, não pode violar a Constituição uma vez que Vega entende que tal alteração contra a Constituição implica em quebra da supremacia constitucional o que não pode ser aceito⁹³.

A principal contribuição de Vega   exatamente construir uma teoria que rechace a Mutação Inconstitucional, a qual ocorre em contradição   Constituição, criando assim a divisão entre Mutação Constitucional e Mutação Inconstitucional, a qual   seguida no Brasil por Ana Cândida da Cunha Ferraz⁹⁴, José Afonso da Silva⁹⁵ e José Carlos Francisco⁹⁶.

⁹³ *“El problema de los limites de la mutación comienza cuando la tensión entre facticidad y normatividad se convierte social, política y jurídicamente en un conflicto que pone en peligro la misma noci m de supremacia. Es entonces cuando aparece como única alternativa la de, o bien convertir la prática convencional (la mutación) en norma a través de la reforma, o bien negar el valor jurídico, en nombre de la legalidade existente, de la mutación.”* in VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional Y La Problemática Del Poder Constituyente*. Madri: Tecnos. 1985. p. 215.

⁹⁴ Para Anna Cândida da Cunha Ferraz, acerca das Mutações Inconstitucionais: *“Os processos de mutação manifestamente inconstitucional violam a Constituição. Contrariando-a, produzem deformação constitucional cujo alcance varia em grau e profundidade: a) podem contrariar parcialmente a Constituição afetando-a apenas num caso concreto, sem que o texto constitucional seja alterado ou revogado; b) podem ab-rogar ou derogar determinada norma constitucional; c) podem suspender, temporariamente, a eficácia das normas constitucionais; d) podem produzir rupturas no ordenamento constitucional; e) podem provocar mudanç a total da Constituição.”* In FERRAZ, Anna Cândida da Silva. *Processos Informais de Mudanç a da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad. 1986. p. 245. Ainda há que se trazer acerca de Anna Cândida, que a Mutação Inconstitucional se opera na falha do exercício dos mecanismos de Controle de Constitucionalidade, como bem observou Adriana Zandonade em seu artigo: *“Com efeito, Anna Cândida da Cunha Ferraz explica a proliferação das chamadas “mutações constitucionais inconstitucionais” por um conjunto de razoes todas elas ligadas ao sistema de controle de constitucionalidade, seja no que concerne   sua ineficácia,   restrições do seu campo de atuação, ou, finalmente,   subtração do processo informal aos seus efeitos, ante a própria natureza desse processo. Também Biscaretti di Ruffia localiza a questão de modo semelhante, lembrando que, quase sempre, tais modificações se apresentam de forma que não podem ser neutralizadas jurisdicionalmente por vício de inconstitucionalidade.”* in ZANDONADE, Adriana. *Mutações Constitucionais*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 35. São Paulo: RT. Abr/Jun 2001 p. 209.

⁹⁵ Segundo José Afonso da Silva: *“A doutrina contemporânea das mutações constitucionais aceita-a com as limitações indispensáveis para sua conformação com a ordem constitucional. Admitir o triunfo do fato sobre a norma, como queria Jellinek, como forma de mutação constitucional, seria destruir o próprio conceito jurídico de Constituição, pelo aniquilamento de sua forçá normativa.”* In SILVA, José Afonso da. *Mutações Constitucionais*. In *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 297.

⁹⁶ José Carlos Francisco acrescenta que a Mutação se sujeita ao Controle de Constitucionalidade, sendo que, quando a atuação dos mecanismos de Controle de Constitucionalidade falha, seja por desuso ou mesmo fuga de tais mecanismos,   que ocorre a Mutação Inconstitucional. In FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 65.

2.7 CONSIDERAÇÕES SOBRE A SEÇÃO

Antes de encerrar a presente seção, algumas considerações finais são necessárias dada o caráter acadêmico da obra.

A primeira consideração é que existe uma obra muito citada na doutrina existente que é o livro “Mutações Constitucionais” de Uadi Lammêgo Bulos, o qual por trazer contribuição muito idêntica à de Garcia Pelayo, deixa de ser usada.

Outra consideração é que o autor somente teve acesso as obras de Paul Laband, quem também contribuiu para a teoria da Mutação Constitucional, em alemão e francês, línguas as quais o autor infelizmente não domina.

A que se fazer menção também a existência de duas importantes dissertações de mestrado que chegaram as mãos do autor e merecem ser citadas na revisão bibliográfica, a saber: a) VECCHI, Cristiano Brandão. *Mutação Constitucional – A Origem de Um Conceito Problemático*. 2005. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional) – PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2005 e; b) PÁDUA, Antonio Carlos Torres de Siqueira de Maia. *A Mutação Constitucional e a Coisa Julgada no Controle Abstrato de Constitucionalidade: Análise de Um Fragmento da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) UNB. Brasília, 2006.

Há que se listar os artigos acadêmicos que também merecem ser lembrados nessa revisão bibliográfica, a saber: URRUTIA, Ana Victória Sanchez. *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una Aproximación al Origen del Concepto*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Ano 20. Núm. 58. Jan/Abr. 2000; ZANDONADE, Adriana. *Mutações Constitucionais*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 35. São Paulo: RT. abr./jun. 2001; BELLO, Enzo. *Neoconstitucionalismo (s), mutação constitucional e o papel do STF; uma*

análise à luz da democracia deliberativa. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 08, n. 16, p. 56/78. jul./dez. 2005.

Por fim há os importantes votos dos Ministros Eros Roberto Grau e Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da Reclamação 4.335-5 Acre, no Supremo Tribunal Federal, os quais foram analisados no estudo de caso.

3. TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A presente seção tem como objetivo demonstrar a necessidade de estabelecer princípios gerais da Mutação Constitucional, quiçá, uma Teoria da Mutação Constitucional. Com isso, o objetivo específico   traçar os elementos comuns as doutrinas sobre Mutação Constitucional, propondo uma classificação para os tipos de Mutação encontrados na doutrina e na prática, bem como enfrentar os problemas decorrentes das proposições feitas a seguir.

Ponto comum a toda a doutrina conhecida   que estas propugnam a existência das chamadas vicissitudes constitucionais, mantendo aqui a linguagem utilizada por Jorge Miranda⁹⁷, ou seja, a necessidade da Constituição de alguma forma, adaptar-se a realidade social uma vez que, estamos imbuídos em um processo contínuo de transformação social, já que a realidade social constitui o Direito e   influenciada pelo Direito ao mesmo tempo.

Pelas doutrinas trabalhadas na revisão bibliográfica tem-se que há uma divisão nítida entre Constituição e sociedade, onde Constituição   considerada a Lei superior e o complexo normativo que regula o Estado⁹⁸, demonstrando-se com isso, o que foi abordado na segunda seção que tanto Constituição como sociedade caminham de forma aut noma, em tempos diferentes, porém sempre se integrando mutuamente.

Esse caminhar em tempos diferentes da sociedade e da Constituição leva às vicissitudes constitucionais, onde de alguma forma, o texto constitucional

⁹⁷ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 389.

⁹⁸ VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional Y La Problemática Del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos. 1985. p. 53.

deve se adaptar a nova realidade social retomando sua força normativa perdida com a mudança social, como coloca José Carlos Francisco⁹⁹:

“Mais do que isso, o Direito também é fonte de transformação social, representando o comando dirigente do processo social. Desse modo, a Sociedade e o Direito se apresentam numa relação de causa e efeito, ora a Sociedade determina o Direito e suas transformações, ora o Direito definindo diretrizes da própria Sociedade, a partir de programas e planos.”

A influência recíproca entre Direito e realidade social gera a necessidade de respostas, tanto da sociedade quando é regulada e normatizada pelo Direito, como, do Direito às pressões da realidade social pela sua adaptação. Observemos Pedro de Vega¹⁰⁰:

“La necesidad de dar respuesta, desde la lógica del Estado constitucional, a los obligados procesos de transformación de su normativa fundamental, será quien determine, como ya indicamos, que el conflicto y la contradicción latente entre el principio político democrático de la soberanía popular y el principio jurídico de supremacía constitucional, se conviertan en una contradicción y un conflicto manifiestos. Si se asigna al poder constituyente la función de reforma, es claro que el principio democrático queda salvado.”

Mantendo a linha de pensamento de Vega¹⁰¹, temos três casos que ocorrem as alterações constitucionais: a) como instrumento de adequação da

⁹⁹ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 35

¹⁰⁰ VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional Y La Problemática Del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos. 1985. p. 60.

¹⁰¹ Para Vega: “1. Es incuestionable, en primer lugar, que la realidad política que la Constitución debe regular es una realidad en permanente devenir. También es evidente que la normativa constitucional, como cualquier otro complejo normativo, aparece como una estructura en la que se cristalizan en imperativos atemporales, fijos y permanentes, una serie de relaciones que, en su dimensión histórica y práctica, son esencialmente cambiantes y variables. La necesidad de adecuar la realidad política a la realidad jurídica se presentará de este modo como la primera exigencia del sistema constitucional. Es a esta exigencia a la que responde la reforma constitucional. No apelar a la revisión, cuando los requerimientos y urgencias de la realidad lo imponen, significaría establecer un distanciamiento suicida entre la normativa constitucional, que iría por un lado, y la vida política efectiva, que caminaría por el otro. Por eso, con razón, há podido afirmarse que en la medida en que, a través de la reforma, se produce el acoplamiento de la Constitución con su propia realidad, y se impide que la normativa fundamental quede reducida a un conjunto de fórmulas sin proyección histórica y práctica ninguna, la revisión de la Constitución, lejos de interpretarse como un instrumento de deterioro del ordenamiento fundamental, debe entenderse como su primera y más significativa defensa. 2. Ahora bien, em segundo término, hay que advertir inmediatamente, que esa adecuación de

realidade jurídica e realidade política; b) como mecanismo de articulação da continuidade jurídica do Estado e; c) como instituição básica de garantias.

Das vicissitudes constitucionais surge na doutrina duas formas de adaptação da constituição à realidade, esclarecendo, uma pela via formal, que resulta nas reformas, entendido tal termo de forma genérica, ou seja, como toda alteração formal, prevista na própria Constituição e, de outro lado, as vias informais, doravante denominadas de Mutações Constitucionais.

As vicissitudes constitucionais são decorrente para a doutrina majoritária, da dinâmica social que leva a formação dessas necessidades, fato este que ao longo do tempo influenciou a Constituição de tal forma que esta também se tornou dinâmica, aceitando como natural as alterações causadas pela realidade social.

Outro ponto pacífico na doutrina revisada é que todas as formas de Mutação Constitucional encontradas, principalmente nos autores que seguem Jellinek, são de natureza passiva, isto é, ocorrem na Constituição após sua constatação na realidade social, quase que de forma natural, como uma readequação do texto da norma à nova conjuntura política e social.

*las normas constitucionales a la realidad, operada a través de la reforma, se produce sin quebrantamiento de la continuidad jurídica. Porque el poder de revisión es un poder constituido que obtiene su legitimidad em el próprio ordenamiento, la operación de reforma es una operación esencialmente jurídica. Lo que no sucedería si al poder de revisión se le configurara como un poder constituyente y soberano. Llevando el razonamiento a sus últimos extremos, se podría sostener que el poder constituyente que, como poder abosluto, soberano y total, puede realizar la revolución, lo que, sin embargo, por paradójico que parezca, no puede llevar a cabo es la reforma constitucional. O, dicho com más rigor, el poder constituyente no podría hacer una reforma sin convertila en un acto revolucionário. Por la misma razón, y a la inversa, cabe igualmente afirmar que el poder de revisión, que tiene competencia para efectuar la reforma, para lo que, en ningún caso, puede tenerla es para hacer la revolución. Esto quiere decir, como demostraremos en su momento, que la reforma está por ecesidad sometida a limites; incluso cuando, disparata y absurdamente, em la própria normativa legal, se reconoce, como sucede en nuestro ordenamiento, la posibilidad de reformas totales. Reformar la Constitución no significa destruirla, sino, simplemente, acoplarla a la realidad histórica, sin que pierda su identidad como estructura conformadora del Estado. La destrucción de la Constitución es tarea que no corresponde al poder de revisión, sino al poder constituyente. 3. Por último, habria que indicar que si, frente al poder constituyente y soberano, el pode de reforma aparece como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado, frente al resto de los poderes constituídos se presenta como la institución básica de garantía. Al establecerse un procedimineto más agravado y difícil para reformar las leyes ordinárias, se opera automaticamente, a menos a nível formal, la separación entre ley constitucional e ley ordinário. Es, pues, a través del procedimiento de reforma como la Constitución se consagra y se transforma em lex superior.” In VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional Y La Problemática Del Poder Constituinte*. Madrid: Tecnos. 1985. p. 66 et seq.*

As mudanças sociais ocorrem naturalmente e depois é que são incorporadas à Constituição também aos poucos. As Mutações, nesse ponto de vista, não são desejadas, pensadas ou calculadas, mas sim, mero resultado histórico da evolução social, daí o motivo pelo qual, o autor as denomina “passivas”, muito embora a sujeição à mudança também represente ato de vontade.

Com isso temos como pontos comuns na doutrina revisada, a existência de dois entes autônomos, quais sejam, sociedade e Constituição; a influência da sociedade na Constituição com sua dinâmica, obrigando a Constituição a processos de adaptação e, por último, a passividade das formas de Mutação Constitucional detectadas.

Quanto aos pontos controversos, estes são muitos, sendo os principais, a extensão da Mutação Constitucional por interpretação, o papel dos costumes constitucionais, as práticas infra-constitucionais contrárias à Constituição e, por fim, as mutações inconstitucionais.

Não obstante a tais pontos devem ser enfrentados outros problemas como a diferença entre a reforma e a Mutação Constitucional, quais os limites da Mutação Constitucional, qual a necessidade da Mutação Constitucional e, a relação desta com o Controle de Constitucionalidade e a Segurança Jurídica.

3.1 OS TIPOS DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Embora as doutrinas sobre Mutação Constitucional sejam altamente divergentes entre si, alguns pontos comuns existem, os quais serão tratados abaixo, a fim de se pensar uma Teoria da Mutação Constitucional.

3.1.1 Mutação Constitucional por Interpretação

A mais clássica e pacífica forma de Mutação Constitucional reconhecida na doutrina   a Mutação por forç a da Interpretação Constitucional.

O ato de interpretar   sempre construtivo pois atribui ao objeto ou sinal interpretado, um significado, valendo a mesma definição para a norma jurídica, a qual somente ganha valor ou sentido, após o ato de interpretação, momento no qual   depositada toda a carga político-ideológica do intérprete, dando vida ao texto legal, como nas felizes palavras de Paulo Bonavides¹⁰²:

“Busca a interpretação portanto, estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito. Questiona a lei, não o direito. Objeto da interpretação  , de modo genérico, a norma jurídica contida em leis, regulamentos ou costumes. Não há norma jurídica que dispensa interpretação. Por onde se conclui im procedente o aforismo romano “in claris non fiti interpretatio.” Este, pelo menos,   o parecer de Nawiasky, Carbone e Somlo.

Em verdade, a interpretação mostra o direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade. Esse aspecto Felice Battaglia o retratou com rara limpidez: “O momento da interpretação vincula a norma geral às conexões concretas, conduz do abstrato ao concreto, insere a realidade no esquema.”

Ao colocar que a interpretação possui o papel de atribuir vida ao texto legal no momento da sua interpretação, tal questão possui especial atenção no tocando as normas constitucionais, dado o caráter político dessas normas, fato este, que implica na maior aplicação da carga político-ideológica do int rprete¹⁰³. Tal

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7^a Ed. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 398.

¹⁰³ Bonavides, com a clareza de sempre, elucida a questão: *“As relações que a norma constitucional, pela sua natureza mesma costuma disciplinar, são de preponderante conteúdo político e social e por isso mesmo sujeitas a um influxo político considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável. Não vamos tão longe aqui a ponto de postular uma técnica interpretativa especial para leis constitucionais, nem preconizar os meios e regras de interpretação que não sejam aquelas válidas para todos os ramos do Direito, cuja unidade básica não podemos ignorar nem perder de vista, mas nem por isso devemos admitir se possa dar   norma constitucional, salvo violentando-lhe o sentido e a natureza, uma interpretação de todo mecânica e silogística, indiferente   plasticidade que lhe   inerente, e a única aliás a permitir acomodá-la a fins, cujo teor axiológico assenta nos princípios com que a ideologia tutela o próprio ordenamento jurídico. O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional   querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-lo. Atado unicamente ao momento lógico da operação silogística, o interprete da regra constitucional v  escapar-lhe não raro o que   mais precioso e essencial: a captação daquilo que confere vida   norma, que d  alma ao Direito, que o faz dinâmico, e não simplesmente est tico. Cada ordenamento*

importância é agravada se utilizarmos como válido o entendimento de Smend trazido acima, de que a Constituição é o centro da ordenação jurídica do Estado e o local onde os indivíduos se integram, temos que a interpretação afeta diretamente a própria existência do Estado.

As chamadas vicissitudes constitucionais, dessa forma, possuem um cunho político, levando as normas constitucionais a se adaptarem a nova correlação de forças políticas, as quais, influenciam o intérprete no momento da aplicação da lei¹⁰⁴, acabando, mesmo que indiretamente, alterando a compreensão e significado da norma constitucional, fato este também comprovado por Anna Cândida da Cunha Ferraz¹⁰⁵: *“Desta forma, a norma constitucional interpretada conforme o elemento político nela entranhado pode ganhar conteúdo novo. Em tal caso, esse elemento favorece a caracterização da interpretação constitucional como processo de mutação constitucional.”*

Tal Mutação Constitucional, pela via interpretativa,   a porta de entrada no ordenamento constitucional das mudanças políticas e econ micas das mudanças sociais, podendo se falar inclusive que tal tipo de mudança   o canal de comunica o entre o Direito e a sociedade, estando o resultado da interpreta o constitucional no limite entre a Muta o e o desuso constitucional.

A interpreta o constitucional não   por sua vez feita somente pelos tribunais, podendo ser realizada por qualquer um que maneje uma questão

constitucional imerso em valores culturais   estrutura peculiar, rebelde a toda uniformidade interpretativa absoluta, quanto aos meios ou quanto às técnicas aplicáveis.” In BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 420 et seq.

¹⁰⁴ No mesmo sentido encontramos Eros Grau par quem o ato de interpretar traz vida a norma trazendo a carga valorativa do intérprete e da conjuntura política do momento da aplica o: *“Interpretar não   apenas compreender. A interpreta o consiste em mostrar algo: ela vai “do abstrato ao concreto, da fórmula   respectiva aplica o,   sua “ilustra o” ou   sua inser o na vida” (Ortiguez 1987/220; na interpreta o de fatos, ao contrário, vai-se do concreto ao abstrato, da experiência   linguagem). A interpreta o, pois, consubstancia uma opera o de media o que consiste em transformar uma expressão em uma outra, visando a tornar mais compreensível o objeto ao qual a linguagem se aplica. Da interpreta o do texto surge a norma, manifestando-se, nisso, uma expressão de poder, ainda que o intérprete compreenda o sentido originário do texto e o mantenha (deva manter) como referência de sua interpreta o (Gadamer 1991/381) Daí por que Kelsen (1979/469 e ss.) qualifica os intérpretes possíveis, chamando de intérprete autêntico aquele dotado desse poder.” in GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 207.*

¹⁰⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constitui o: Muta es Constitucionais e Muta es Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad. 1986. p. 28.

constitucional, trazendo¹⁰⁶ Hsü Dau-Lin¹⁰⁷: *“Desde luego, la interpretación de la Constitución no se reserva, exclusivamente, a los tribunales. Sino que cualquiera que se plantee una cuestión constitucional está interpretando la Constitución.”*

Há que se fazer a ressalva do fato constado por Anna Cândida Ferraz, qual seja, a Mutação Constituição por interpretação não altera o texto da lei nem o conteúdo da norma constitucional, modificando somente o significado da norma em questão, alterando com isso exclusivamente o sentido ou alcance da norma¹⁰⁸, sob pena de incorrer a Mutação Constitucional por interpretação em quebra da Constituição. Isto é possível porque o significado dos conceitos jurídicos são imprecisos, valendo da lição de Eros Grau¹⁰⁹:

“É que a indeterminação a que nos referimos, na hipótese, não é dos conceitos jurídicos (idéias universais), mas de suas expressões (termos); logo, mais adequado será referirmos-nos a termos indeterminados de conceitos, e não a conceitos (jurídicos ou não) indeterminados.”

A Mutação Constitucional por interpretação é um ato de constatação da mudança social e a necessidade de integrar tal mudança ao Direito Constitucional. Vale dizer que a interpretação é uma declaração de vontade, portanto, um ato político, demonstrando a validade da argumentação de Dau-Lin exposta no capítulo anterior, a qual o elemento político está dentro da própria Constituição, sendo sua força vital.

¹⁰⁶ No mesmo sentido Sbrogio'galia: *“Neste sentido, considera-se mutação constitucional interpretativa aquela realizada por órgãos próprios do Estado (interpretação orgânica, realizada pelo Legislativo, Executivo e Judiciário) e pelos demais segmentos sociais participantes da exegese constitucional (interpretação não-orgânica), que, de forma direta ou indireta, complementam, desdobram e tornam efetivas as normas constitucionais.”* SBROGIO'GALIA, Susana. *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Do Advogado. 2007. p. 102.

¹⁰⁷ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. p. 92

¹⁰⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad. 1986. p. 58.

¹⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4^a Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 196.

Assim, a declaração (concretização) através da interpretação é feita a partir da própria Constituição (interpretação autêntica) adaptando o texto original à nova realidade social que impulsiona a Constituição.

Há que se abrir espaço aqui para tratar da diferença entre a Mutação Constitucional e a mera mudana de opinião dos tribunais. Qual o elemento que torna diferente uma Mutação na Constituição de uma mera mudana de interpretação?

Embora sutis, diferenas entre Mutação Constitucional e mudana de interpretação existem. A principal diferena vem a ocorrer na extensão da alterao. A Mutação Constitucional   muito mais extensa e profunda que uma mudana de interpretação.

A Mutação Constitucional em geral,   uma adequao do texto constitucional   nova realidade política, possuindo assim, uma natureza contra-fática em relao   finalidade original da norma, enquanto a mudana de interpretação não tem natureza contra-fática, atuando dentro de uma extensão delimitada.

Podemos dizer que a mudana de interpretação decorre da redao do texto legal, a qual   imprecisa ou omissa permitindo d vida no momento da sua aplicao.

Não há mudana da realidade social no caso de interpretao, mas sim uma escolha do aplicador da norma dentro uma gama de possibilidades decorrentes da norma, sempre respeitando, contudo, o texto da lei. A escolha e concretizao da norma são feitas dentro da realidade social existente, não existindo mudana dessa realidade social como na Mutação Constitucional.

Já a Mutação Constitucional decorre da alterao da conjuntura política de um determinado momento histórico, busca adequar o texto constitucional   nova fora normativa ou ainda, ampliar ou reduzir a fora normativa da norma constitucional original, enquanto a alterao de interpretao   mera correo pontual não implicando alterao, ampliao ou reduo de fora normativa do texto.

Com isso, podemos concluir que a diferença entre uma Mutação Constitucional e uma mudança de interpretação consiste na existência de um caráter contra-fático da primeira, isto é, existe no caso da Mutação Constitucional, uma divergência entre a norma e a realidade social, ocorrendo a Mutação Constitucional exatamente para adequar o conteúdo da norma à nova realidade constitucional que está em oposição ao significado do texto original.

Podemos encontrar, segundo Dimoulis¹¹⁰, quatro tipos de contra-facticidade, as quais, são aplicáveis às Mutações Constitucionais:

“Primeiro, como já constatamos, a norma continua válida mesmo quando está sendo violada. Por tal razão, as autoridades do Estado e os cidadãos devem cobrar seu respeito alegando sua validade, que persiste mesmo quando a norma contraria a realidade. Segundo, a norma jurídica é contrafática porque exprime um dever ser que objetiva mudar a realidade social, transformar o comportamento dos homens e as relações sociais. O direito contraria freqüentemente os fatos sociais porque deseja que estes sejam alterados. Temos aqui a função progressista ou transformadora do direito que manifesta-se claramente nos momentos de crise e ruptura, por exemplo, quando acontece uma revolução para instituir uma nova ordem social e jurídica ... Terceiro, as normas jurídicas têm uma função contrafática indireta, mas não menos importante. Manifestam a vontade de manutenção da atual situação, ou seja, das instituições políticas, das relações sociais e das posições dos indivíduos. Por isso afirma-se que o direito assume um papel conservador. Seu objetivo é impedir mudanças sociais, reprimindo as tentativas de alteração da organização social. O elemento mais importante da função contrafática do direito é a ameaça de sanções contra tentativas de mudar a situação social ... Quarto, o direito é contrafático porque seus mandamentos valem mesmo quando contrariam a lógica e o senso comum. Isto ocorre com as ficções jurídicas que impõem considerar como verdadeiro algo que não é.”

Porém, pode ocorrer de existir um caráter contra-fático numa interpretação constitucional, seja na mudança social decorrente da mudança de interpretação ou vice versa. Nesse caso não estaríamos diante de uma mudança da interpretação constitucional, mas sim diante de uma verdadeira Mutação

¹¹⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª Ed. São Paulo: RT. 2007. p. 69 et seq

Constitucional, pois, como exposto acima, uma das formas de Mutação Constitucional é através da interpretação.

3.1.2 Mutação Constitucional pela Prática Constitucional

A expressão “prática constitucional” dever ser entendida da forma mais ampla possível, envolvendo todas as hipóteses de envolvam alguma ação ou omissão de alguma das partes envolvidas, isto é, da própria norma constitucional, do Estado ou, de seus atores.

O cerne da questão nessa hipótese de Mutação Constitucional é o conflito entre o Ser e o Dever-Ser, o qual pode ocorrer entre a Constituição e a realidade social ou entre uma norma constitucional isolada e a mesma realidade¹¹¹.

Também se enquadram aqui os casos de omissão legislativa, isto é, os casos onde foram regulados preceitos constitucionais sendo que os mesmos foram regulados faticamente pela sociedade, e também, a falta de previsão legal, casos em que a prática sobre essa ausência de legislação acaba por gerar o direito consuetudinário. Em ambos os casos, a prática pode ser conforme ou contrária à Constituição.

3.1.2.1 Mutação Constitucional por Prática Política

¹¹¹ Vale trazer aqui a posição de Hsü Dau-Lin sobre a relação entre Ser e Dever-Ser: “No obstante, en realidad, esta doctrina es insostenible. Su error básico estriba en que confunde lo ideal con lo existencial. El elemento del deber (sollen) de una norma jurídica nunca resulta del elemento de ser (sein) de un hecho, sino que brota, inmediatamente de la valoración inmanente del derecho preexistente de la naturaleza humana. Es cierto que el hecho perceptible, exteriormente, es objeto de una valoración interna, pero no se produce la valoración, mediante el hecho. Con la relación permanente entre los hechos y la valoración – la reacción psicológica del hombre ante un suceso real – si el hombre pregunta por el sentido de lo sucedido, es cierto que el hecho es una <<base de conocimiento>>, pero nunca el <<fundamento del origen de la norma>>. Porque <<el hecho es objeto y no fuente de la norma>> in DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. p. 123.

Como primeiro tipo de Mutação Constitucional, podemos colocar a decorrente da prática política. Referido tipo de Mutação Constitucional decorre da disparidade entre a realidade política e a realidade jurídica.

Com a alteração da realidade política de um país, esta pode vir a contrastar-se com a realidade jurídica, seja a decorrente do texto da norma legal ou mesmo da Constituição considerada no seu todo, porém, sempre estando presente o conflito Ser e Dever-Ser¹¹².

Tal hipótese é freqüente principalmente após a nova configuração do Direito no período pós-guerra, onde já observamos, este passa a regular e tentar ordenar todos os fatos sociais, principalmente os de natureza política os quais são colocados no corpo da Constituição. Com isso, toda e qualquer alteração de natureza política nos leva necessariamente a necessidade de alteração constitucional.

Há também a hipótese da Mutação Constitucional de natureza política, se contradizer abertamente ao texto constitucional, prevalecendo nesse caso, as novas regras criadas por Mutação, sob pena de incidir aqui, as lições de Lassalle, para quem, caso não sejam aceitas as alterações sociais, o conteúdo da Constituição se esvazia, transformando-se em mera folha de papel desprovida de significação social. Pedro de Vega¹¹³ coloca bem o problema:

“Mutaciones debidas a prácticas políticas en oposición abierta a preceptos de la Constitución. En ellas la contraposición entre realidad política y realidad jurídica, entre facticidad y normatividad es evidente, dando lugar a que la fuerza de los hechos se impugna a la fuerza coercitiva de las normas.”

¹¹² Para Hsü Dau-Lin: *“Puede producirse una mutación de la Constitución por una práctica estatal que no contradice formalmente al texto constitucional. En tal caso se ignora un artículo concreto de la Constitución o se contradice cierta prescripción constitucional, pues se trata de relaciones jurídicas que todavía no se regulan por un precepto constitucional. La tensión que puede observarse aquí se da entre la situación real y la situación legal diseñada por la Constitución, no entre existente e lo prescrito. El sollen (debe ser) está aquí en contradicción con el Sein (ser), no resulta de cierto artículo constitucional, sino del conjunto de varias prescripciones constitucionales o de la integración global de todo el entramado constitucional.”* In DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. p. 32 et seq.

¹¹³ VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional Y La Problemática Del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos. 1985. p. 186.

Com isso, tanto as Mutações Constitucionais que não se oponham à Constituição, como as que se opõem, devem ser aceitas, uma vez que causam mudança social aceita pela sociedade, encontrando seu fundamento na necessidade política¹¹⁴.

Há que se registrar também, que dentro das motivações políticas, ou *necessitas*, como traz Jellinek¹¹⁵, há a teoria do fato consumado (*fait accompli*), qual seja, a ocorrência de fato histórico, com força constituinte, frente a qual, as teorias legais não possuem reação. Referida hipótese está no limite entre Mutação Constitucional e ruptura, sendo que, haverá Mutação Constitucional no caso em que o fato consumado não possuir força constituinte e, ruptura em caso do fato consumado possuir força constituinte.

Ainda dentro do campo das Mutações Constitucionais por *necessitas* política, podemos trazer a questão das convenções constitucionais, as quais podem ser entendidas aqui como práticas políticas carentes de qualquer tipo de coercibilidade formal, porém, possuindo um marco legal que as constituem. José Afonso da Silva traz uma descrição mais minuciosa do que vem a ser as convenções constitucionais¹¹⁶:

“As convenções constitucionais ocorrem, especialmente, no sistema inglês de Constituição não-escrita e flexível, que representa uma complicada reunião de leis, decisões judiciais, costumes, tradições e convenções, segundo expressão de Sir Yvor Jennings. Por isso ela vai se acomodando às novas condições que surgem. As convenções são normas extrajurídicas formadas por meio de precedentes políticos que se tornaram práticas costumeiras relativamente às atribuições e funcionamento dos poderes. É a isso que a classificação citada de Milton Campos denomina “consenso costumeiro”. As convenções diferem dos costumes, na Grã-Bretanha,

¹¹⁴ Para Jellinek: *“No solo en los momentos cruciales de la historia de los Estados, también durante el curso de la vida normal de los mismos, esa necessitas puede surgir de manera sorprendente y tramsutar la organización estatal contra la letra de la Constitución.”* In JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p. 29.

¹¹⁵ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p. 29.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Mutações Constitucionais. In Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)*. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 295 et seq.

porque estes são usos e práticas reiteradas que a jurisprudência sancionou. As convenções não recebem sanção judicial. Mas, nesse caso, não se trata do conceito de mutação constitucional, pois este deve ser reservado apenas para modificação de Constituição rígida. Reconhece-se que as convenções constitucionais podem ocorrer também nos regimes de Constituição rígida. Mas aí, por regra, elas quase sempre importam desvios da reta compreensão das normas constitucionais.”

O Brasil traz bons exemplos de Mutação Constitucional decorrente de convenção constitucional, como elencado por Silva¹¹⁷, sendo o primeiro o chamado voto de liderança no congresso nacional, onde o líder do partido vota representando toda sua bancada, sem que, exista para tanto, previsão legal. Outro bom exemplo é o uso indiscriminado de Medidas Provisórias pelo Presidente da República, onde um poder/necessidade especial se tornou costumeiro por convenção constitucional.

Há que se colocar aqui a posição divergente de Hsü Dau-Lin o qual considera tal categoria de Mutação Constitucional aplicável somente para as Constituições flexíveis como a inglesa, não podendo tal modelo de Mutação ser aplicado no direito constitucional continental¹¹⁸.

3.1.2.2 Mutação Constitucional por Desuso

Outra possibilidade de Mutação Constitucional dentre os casos de prática constitucional, deparamo-nos com os casos de desuso, entendido aqui inaplicabilidade de preceitos constitucionais formalmente instituídos. Dau-Lin

¹¹⁷ *Ibid.* p. 296.

¹¹⁸ Segundo Urrutia: *“Hsü critica también el intento de parte de la doctrina constitucional de explicar las transformaciones de la Constitución por medio de la importación de la categoría utilizada en Inglaterra para describir el derecho constitucional no escrito: las «convenciones constitucionales». Sus críticas se centran principalmente en Hatschek (74) que fue quien con más fuerza defendió la introducción de este concepto en el derecho constitucional alemán. Para Hsü la convención constitucional no era una categoría exportable al derecho constitucional europeo porque partía de premisas que se daban exclusivamente en el sistema constitucional británico. Lo mismo sucede con la utilización de la categoría de los Usages of the Constitution elaborada por la doctrina americana”* in URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una Aproximación al Origen del Concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 20. Núm. 58. Jan/Abr. 2000. p. 131.

classifica tal hipótese como impossibilidade de exercício de competências de poder¹¹⁹.

A questão é mais complexa do que parece inicialmente, pois, como a falta de exercício de uma norma constitucional leva a alteração de seu significado?

Nesse caso, a falta de uso de uma norma constitucional acaba por alterar o significado dessa norma, criando-se com um desuso, praticamente um veto a hipótese antes prevista, invertendo-se nesse caso, a função do direito consuetudinário¹²⁰. Dau-Lin traz o exemplo do Direito Constitucional francês¹²¹, onde o presidente tinha, pela Constituição antiga, o direito de dissolver a Câmara dos Deputados e, por não utilizar tal direito, bem como a perda de força política do presidente, houve mutação na norma impedindo a dissolução da Câmara dos Deputados.

Outro bom exemplo de Mutação por desuso   o caso da reelei o presidencial no EUA. Inicialmente a Constitui o daquele país nada previa, porém, tal possibilidade jamais foi exercida por mais de uma vez até que, o presidente Roosevelt, lançou sua candidatura   segunda reelei o, causando grande impacto pois, havia se formado o consenso que a reelei o somente seria disputada uma única vez. A partir de então, com essa mudança constitucional foi realizada uma reforma formal, limitando a reelei o a uma única vez, transformando-se a altera o por Muta o Constitucional em reforma formal.

Há que ser tratado dentro deste t pico a questão da validade da norma, seja juridicamente seja socialmente, isto  , a aceita o social da norma e

¹¹⁹ DAU-LIN, Hs . *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina F rster. O ati: IVAP. 1998. p. 36.

¹²⁰ Segundo Cristiano Vecchi: “ O fen meno do desuso de uma norma jurídica representa a inversão o processo de forma o do direito consuetudinário. Se o direito consuetudinário se forma a partir de uma prática social reiterada no tempo, ocorrendo a transforma o de uma regra material em formal; no desuso acontece justamente o contrário, ou seja, uma regra jurídica formal perde paulatinamente seu conteúdo normativo material, tornando-se obsoleta.” In VECCHI, Cristiano Brandão. *Muta o Constitucional – A Origem de Um Conceito Problemático*. 2005. Disserta o (Mestrado em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional) – PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2005. p. 89 *et seq.*

¹²¹ DAU-LIN, Hs . *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina F rster. O ati: IVAP. 1998. p. 38.

sua existência formal, sendo tais pontos, um dos mais explícitos conflitos entre o Ser e o Dever-Ser.

Já colocamos acima que a contradição entre o direito formal e o real leva a transformação do primeiro numa mera folha de papel. Com isso, se no passar do tempo o direito real vai se afastando do texto legal (formal) temos o caso de perda de validade social da norma, o que implica num caso de Mutação Constitucional por desuso, restando a norma jurídica, como disse Hsü Dau-Lin: obsoleta¹²².

Referida perda da validade social da norma ocorre uma vez que não podemos concluir que o Dever-Ser de uma norma decorra de seu elemento Ser presente no texto legal. Referida força normativa sempre decorre de uma valoração de um direito pré-existente, sendo construído a cada momento histórico, motivo pelo qual, o Dever-Ser de uma norma pode vir a esvaziar-se de conteúdo. Dau-Lin se posiciona com clareza sobre a questão¹²³:

“El elemento básico estriba en que confunde lo ideal con lo existencial. El elemento del deber ser (sollen) de una norma jurídica nunca resulta del elemento del ser (sein) de un hecho, sino que brota, inmediatamente de la valoración inmanente del derecho preexistente de la naturaleza humana.”

Interessante notar que a Mutação Constitucional por desuso é decorrente de uma prática ou interpretação não estatal, operada fora do Estado, uma vez que, a prática social é que vai gerar a lacuna constitucional ou preenche-la.

¹²² Para Dau-Lin: *“Si consideramos, desde un punto de vista e la realidad jurídica, una norma jurídica carente por completo de validez social, que no tiene existencia material, con la pérdida de su validez social, desaparece, también, su contenido de valor e sentido. Su significado para la contemplación de las normas jurídicas positivas, se limita a solo a su existencia formal, a su realidad escrita. Este fenómeno a saber: cómo una proposición jurídica pierde su entero significado real mediante la pérdida de la validez social es una inversión del proceso consuetudinario de la formación de derecho – sin registro formal – allí una proposición jurídica que poço a poço se hace <<obsoleta>>, a pesar de que sigue existiendo formalmente, pierde su validez, se hunde materialmente. Si en general se sostiene la tesis que una proposición jurídica consuetudinaria es jurídica y real, entonces hay que admitir, consecuentemente, que una proposición jurídica que dviene obsoleta en realidad ya no es una proposición jurídica.”* In DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. p. 70.

¹²³ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. p. 123.

Isto é, cria-se uma normatividade paralela na sociedade a qual retira a normatividade do texto constitucional criando lacuna ou ainda, vindo a preencher lacuna criada anteriormente pelo mesmo processo. A não integração entre o texto constitucional e a realidade social, pode criar uma normatividade constitucional marginal, como ensinou Marcelo Neves¹²⁴:

“A mudança da Constituição no processo de sua concretização ou realização resulta também da práxis constitucional não-vinculada à atividade de interpretação/aplicação normativa. A maneira como se desenvolvem concretamente as relações básicas de poder, como atuam os órgãos estatais, como se relacionam os cidadãos com o Estado e entre si podem implicar transformações constitucionais relevantes. É possível tanto que isso resulte em mutações de sentido normativo do texto da Constituição ou no preenchimento de “lacunas constitucionais”, quanto no surgimento de uma normatividade constitucional marginal em face do texto constitucional ou no desuso em relação a certos dispositivos da Constituição.”

Embora existente no ordenamento formal, tal norma obsoleta, já expurgada da realidade social, caso possua aplicação posterior, incorrerá em quebra constitucional, pois contrária à realidade constitucional que já alterou o significado do texto constitucional.

3.1.2.3 Mutações Constitucionais para Preenchimento de Lacunas – Os costumes

Para analisar a questão das Mutações Constitucionais por prática constitucional e, em específico nos casos de constatação de lacunas constitucionais, partimos da constatação de Jellinek de que a Constituição é uma norma feita no presente para operar no futuro, sendo por isso, imperfeita, o que leva, com o passar do tempo, a constatações de que diversas situações não foram previstas ou quando o foram, foram mal feitas¹²⁵.

¹²⁴ NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica da Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. vol. 132. p. 321/330. out./dez. 1996. p. 322.

¹²⁵ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p. 55.

Quando se depara com a situação não prevista na Constituição, tal situação de alguma forma será regulada na sociedade¹²⁶, seja através de regras gerais de direito, de princípios constitucionais ou ainda, de um direito costumeiro.

Entendemos aqui que as expressões, direito consuetudinário e costume¹²⁷ são sinônimos, sendo que ambas significam a prática reiterada de atos, os quais possuem força jurídica na sociedade. Sobre a questão assevera Vega¹²⁸:

“Caracteriza, como se sabe, a la costumbre la existencia de dos elementos: por un lado, la representación inveterada de comportamientos (elemento material) y, por otro lado, el convencimiento de que esos comportamientos tienen fuerza jurídica viculante (elemento espiritual). Con ella, usos, conductas y prácticas de naturaleza social adquieren, a través de la opinio júris seu necessitas, uma evidente dimensión jurídica.”

Com isso, a partir do momento de há na sociedade uma questão constitucional, que é resolvida através de prática consuetudinária não prevista formalmente na Constituição, temos que, tal prática adentrou na realidade jurídica

¹²⁶ Devemos trazer aqui a possibilidade de Mutação Constitucional pela *loose construction*, a qual é modalidade de interpretação constitucional a qual a Corte Constitucional, diante de ausência de previsão da Constituição, cria a nova norma jurídica. Hsü Dau-Lin, utilizando de Brice vem a definir a *losse construction*: *“BRYCE describe la naturaleza de la <<loose construction>> y de la <<narrow interpretation>> de la siguiente manera: en la loose construction <<el caso surgido aparentemente no fue contemplado por los autores de la Constitución o aunque se hubiese posiblemente considerado fue, debido a su brevedad, omitido, pero la Constitución sin embargo, ha de aplicarse para resolverlo>>”* in DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. p. 96.

¹²⁷ Há contudo, que se trazer nesta nota que existe uma diferença entre as Convenções Constitucionais e os Costumes, sendo tal diferença na visão de Vega: *“A diferença de la costumbre, que da lugar a creación de una norma jurídicamente sancionable, y cuyo cumplimiento puede ser exigido ante el juez, las convenciones, si se quebrantan, no producen ninguna consecuencia o sanción jurídica. La convención – como consagrara Jennings – puede romperse impunemente (the convention may be broken with impunity). Como es lógico, a la facilidad para prescindir o destruir las reglas convencionales en relación a la costumbre, tiene que corresponder también una facilidad mucho mayor para sua creación. En esto sentido, frente a la costumbre, que requiere para su aparición la concurrencia de un elemento material, determinado por la repetición inverterada de comportamientos, y un elemento espiritual (la opinio iuris seu necessitatis), es opinión generalizada en la doctrina, como recuerda Rescigno, que las reglas convencionales surgen de un solo precedente, se gestan por pocos sujetos (que ocupan situaciones de poder) y no necesitan el transcurso del tiempo para poder ser consideradas como tales.”* In VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional Y La Problemática Del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos. 1985. p. 202 et seq.

¹²⁸ VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional Y La Problemática Del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos. 1985. p. 196.

via Mutação Constitucional, desde que, tal prática atenda ao requisito espiritual de ser aceito socialmente como prática jurídica, suprimindo a lacuna detectada.

Mesmo que, não exista a lacuna, cumprido o elemento espiritual, o direito consuetudinário entrará na realidade jurídica mesmo que contrarie uma norma constitucional formalizada na Constituição, pois, devido ao princípio básico de lógica, não haverá a dupla negação, isto é, ou a norma formal da Constituição é aceita, ou o direito consuetudinário é aceito, não havendo possibilidade de ambos serem aceitos. Há que se ressaltar de que não existe direito consuetudinário que não seja aceito socialmente, pois tal hipótese seria a negação do próprio direito consuetudinário.

A partir de então podemos classificar os costumes em interpretativo, introdutivo, integrativo ou complementar e, derogatório. Fazemos nossas, as lições de Anna Cândida da Cunha Ferraz¹²⁹:

“Em matéria constitucional, o costume interpretativo, ou seja, aquele que se forma para embasar interpretação de uma norma escrita, é a espécie que surge com mais frequência, sendo relevante o trabalho desenvolvido por ele para criar preceitos novos. Importante pois o papel do costume e das práticas na interpretação dos textos constitucionais. “A prática constitucional longa e uniformemente aceita pelo Poder Legislativo ou pelo Executivo tem mais valor para o intérprete do que as especulações engenhosas dos espíritos concentrados”, acentua Story.

O costume que visa preencher lacunas constitucionais ou regular matéria não disciplinada na Constituição é designado por costume integrativo ou introdutivo. Assim, o costume integrativo ou introdutivo intervém para preencher lacunas no texto constitucional, complementar disposições, corrigir omissões ou substituir o silêncio do legislador constituinte, mediante usos e práticas consentidas ou não infirmadas pelas disposições constitucionais.”

No tocante ao costume de natureza derogatória, ou seja, aquele costume contrário a uma norma formal da Constituição, resultará tal costume, no desuso da Constituição, cujos efeitos foram apontados acima, ou seja, uma mutação

¹²⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad. 1986. p. 191 et seq.

adaptativa dessa nova prática sob pena de transformar a Constituição em mera folha de papel.

A fim de encerrar essa seção há que se colocar a posição de Dau-Lin o qual, possui restrições às Mutações Constitucionais decorrente do preenchimento de lacunas constitucionais. Para ele o conceito de lacunas somente existe nos casos de se aceitar como válido o formalismo jurídico, fato este rechaçado por Dau-Lin, para quem, usando das lições de Smend, a Constituição é uma unidade espiritual, não havendo de falar em lacunas já que tal unidade decorre da soma das individualidades. O que a doutrina tradicional chama de supressão de lacunas é para Dau-Lin uma nova situação político-constitucional em divergência com a situação anterior¹³⁰.

3.1.2.4 Mutações Constitucionais pela legislação ordinária

Partindo da idéia de que a Constituição como integração, esta deve possuir regras que permitam tal integração os diferentes atores sociais, bem como as alterações ocorridas ao longo do tempo na sociedade integrada na Constituição. Para isso a Constituição traz em sua sistemática formas abertas que permitam tal integração pela legislação infra-constitucional que efetivem princípios gerais previstos na Constituição¹³¹.

¹³⁰ Comentando o assunto Urrutia afirma que: *“Por esto Hsü considera que la teoría de las lagunas constitucionales adolece de insuficiencias y critica la relación que Jellinek establece entre las lagunas constitucionales y la mutación de la Constitución. Para Hsü, los casos de mutación constitucional por medio de la praxis que no viola la Constitución no son supuestos de lagunas constitucionales. En estos casos la mutación surge por la existencia de una nueva situación jurídica que no corresponde al sentido de la Constitución. No se modifica un determinado artículo de la Constitución, sino un principio de la Constitución resultante del sistema general de normas constitucionales.”* In URRUTIA, Ana Victória Sanchez. Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una Aproximación al Origen del Concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 20. Núm. 58. Jan/Abr. 2000. p. 127.

¹³¹ José Afonso da Silva traz razoável síntese do problema em seu artigo: *“Já ressaltei, de outra feita, a relevância a lei no Estado Democrático de Direito. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. E se a Constituição se abre para transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade requer, a lei se elevará de importância, na medida em que se caracteriza como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição. Muitas normas constitucionais, outorgantes de direitos econômicos e sociais, dependem de uma legislação ulterior que integre sua eficácia e realize na*

Ao enviar para a legislação infra-constitucional a regulação de inúmeros preceitos constitucionais, a Constituição abre uma possibilidade quase infinita de hipóteses de ocorrência de Mutações Constitucionais.

A cada alteração na legislação infra-constitucional, desde que alterado o significado da norma matriz estabelecida na Constituição e, aceita socialmente de forma espontânea, há uma Mutações Constitucionais. Interessante notar que esta é uma das raras hipóteses de Mutações Constitucionais via processo legislativo formal, uma vez que, a norma infra-constitucional que vai provocar a Mutações Constitucionais é alterada via reforma legislativa, passando pelos tramites formais do Poder Legislativo.

Vega enumera as hipóteses em que ocorre Mutações Constitucionais pela ação da legislação infra-constitucional sendo a primeira delas a própria natureza da norma constitucional, que por serem meros enunciados gerais, ficam à mercê de interpretações e realizações diversas da originalmente prevista, uma vez que a norma constitucional é capaz de se estabelecer por si só¹³².

A segunda hipótese enumerada por Vega é a formação de novos consensos nas forças políticas que originalmente atuaram na formação da norma constitucional, sendo que, a partir da necessidade de alterar o conteúdo e significado da norma, acabando realizando tal necessidade via alteração da legislação ordinária. Vega traz o excelente exemplo da nova conceituação de economia de mercado, a qual sofreu mutação na Espanha¹³³.

A terceira possibilidade é o da própria Constituição determinar que a norma em questão seja realizada pela legislação infra-constitucional. É o caso de

prática sua aplicação. Neste caso, a lei até poderá ser considerada como um instrumento de realização da eficácia da Constituição, exercendo a função transformadora da sociedade, alterando-lhe o controle social, impondo mudanças sociais democráticas. A Constituição prevê, em vários de seus artigos, uma lei de tipo especial, a lei complementar, para desenvolver seu conteúdo, com natureza paraconstitucional.” In SILVA, José Afonso da. Mutações Constitucionais. In Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição). São Paulo: Malheiros. 2007. p. 289.

¹³² VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional Y La Problemática Del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos. 1985. p. 191.

¹³³ *Loc cit.*

Mutação por impossibilidade de exercício das competências constitucionais, acima referido. Havendo divergência do alcance da norma infra-constitucional ao aplicar a norma constitucional estamos diante a possibilidade de Mutação Constitucional¹³⁴.

O grande risco desse tipo de Mutação Constitucional, conforme constado por Vega é a substituição dos processos formais de reforma da Constituição por processo de Mutação Constitucional via ação da legislação infra-constitucional. Segundo Vega¹³⁵:

“ El riesgo de las leyes orgánicas estriba en que, siendo por su contenido más idôneas para que surja la mutación, y al no estar dotadas de la rigidez de las normas constitucionales, pueden convertirse en un mecanismo subrepticio de substitución de la reforma, con los consiguientes peligros que ello comportaría para el mantenimiento del principio de supremacia constitucional.”

Há que se abrir um parênteses aqui, para colocar que a mudança na interpretação das normas infra-constitucionais que regulamentem normas constitucionais, também leva a ocorrência de Mutação Constitucional.

Também de forma parentética, há que se trazer dentro desse capítulo, devido a semelhança de formação, a proposta de Milton Campos sobre a Mutação Constitucional por interpretação judiciária.

Trata-se tal hipótese exposto por Milton Campos, na ocorrência de Mutação Constitucional por criação jurídica dos Tribunais, seja através de interpretação seja através da aplicação do Direito. Em ambos os casos há uma construção pelo Judiciário de um novo direito constitucional. Como exemplo, Campos¹³⁶ traz a questão da construção judicial pela Suprema Corte norte-americana do Controle de Constitucionalidade, fato este ocorrido no famoso julgamento Marbury X Madison no ano de 1803.

¹³⁴ *Ibid.* p. 192.

¹³⁵ *Ibid.* p. 194.

¹³⁶ CAMPOS, Milton. Constituição e Realidade. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 187, p. 19/22, jan./fev. 1960. p. 20

No Brasil, temos como exemplo de construção judicial a famosa doutrina brasileira do *habeas corpus*, a qual estendeu tal ação judicial para toda garantia individual do cidadão, não só a garantia de ir e vir, estendendo assim a gama de possibilidade de interposição do *writ*.

3.2 LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A presente seção busca analisar se as Mutações Constitucionais vêm a sofrer alguma limitação após sua ocorrência. A questão para a qual se busca resposta é: existem Mutações Inconstitucionais? Os mecanismos de Controle Constitucional podem atuar sobre uma Mutação Constitucional?

3.2.1 Os limites e as Mutações Inconstitucionais

Aqui temos que promover uma divisão na doutrina das Mutações Constitucionais entre os antigos e novos doutrinadores, no esteio da divisão proposta por Hesse em seu artigo sobre os limites da Mutação Constitucional. Para Hesse, há quatro visões sobre os limites da Mutação Constitucional, sendo uma encontrada na doutrina mais antiga onde encontramos Laband e Jellinek¹³⁷, para os quais não há limitação para as Mutações Constitucionais; uma posição posterior envolvendo Rudolf Smend e Hsü Dau-Lin¹³⁸; a terceira visão de Hermann Heller¹³⁹ que aduz que os limites da Mutação Constitucional estão contidos na normatividade da lei e, por fim; a posição do próprio Hesse¹⁴⁰, para quem os limites das Mutações Constitucionais   político e; por fim, a posição do próprio Hesse para quem o limite da Mutação Constitucional está no próprio texto da lei.

¹³⁷ HESSE, Konrad. Limites de La Mutacion Constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2^a Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1992. p. 88.

¹³⁸ *Ibid.* p. 92.

¹³⁹ *Ibid.* p. 96.

¹⁴⁰ *Ibid.* p. 101.

Para Laband e Jellinek, os primeiros a tratar das Mutações Constitucionais, não havia limites para tais mudanças uma vez que, para eles, a Mutação Constitucional deriva de uma alteração na correlação de forças políticas que dão sustentação do texto constitucional, sendo que o direito deve acompanhar tais mudanças sob pena de se transformar em mera folha de papel. Afirma Hesse ao tratar da análise dessa primeira etapa da doutrina das Mutações Constitucionais:

“No hay limites a la mutación constitucional y es imposible trazarlos. Las mutaciones constitucionales son, en esencia, el resultado de una actuación de fuerzas elementales difícilmente explicables y en todo caso irresistibles cuyo sometimiento al Derecho sería un esfuerzo inútil. El único criterio que cuenta es el de su imposición de hecho, con el resultado de que sobre la juridicidad o antijuridicidad de una determinada modificación lo que decide es su éxito o fracaso: El “fait accompli”, el hecho consumado – dice G. Jellinek – es un fenómeno histórico de potencialidad constituyente frente al cual toda oposición por parte de las teorías de la legitimidad es un vano intento¹⁴¹.”

Já para Smend, a problemática da Mutação Constitucional é tratada de outra forma, isto é, para ele a Mutação Constitucional decorre de uma questão inerente à própria natureza do Estado. Como sistema de integração, a Constituição tem uma função de constantemente evoluir na mesma medida que as individualidades que o compõem evoluem. Dau-Lin completa essa visão de Smend ao trazer que a Constituição possui um caráter elástico e inacabado que interage com as necessidades vitais do Estado, ocorrendo a Mutação Constitucional exatamente nessa interação. Portanto, os limites da Mutação Constitucional estariam no próprio sistema constitucional e na política, uma vez que o primeiro absorve a política através da incorporação das necessidades vitais do Estado, trazendo para dentro do Direito a realidade política. Assim, o limite seria a própria política. Para Hesse¹⁴²: *“Allí donde, como en el intento de solución de Hsü Dau-Lin, la realidad política se convierte en parte integrante de la Constitución bajo la forma de las “necesidades vitales del Estado” a través del “sentido” de la Constitución.”*

¹⁴¹ *Ibid.* p. 88.

¹⁴² *Ibid.* p. 99.

A terceira posição sobre os limites, tem por base a obra de Hermann Heller para quem a Constituição normada juridicamente necessita para sua vigência de elementos externos¹⁴³, também conhecidos como normalidade, que é local onde se opera a evolução das normas que acarretam Mutação Constitucional. Essa rela o entre normatividade e normalidade possuem uma rela o de coordena o de a es, não tendo que se falar em tensão entre Ser e Dever-Ser, concluindo Hesse: *“La mutación constitucional encuentra su límite en la normatividad de la Constituci n¹⁴⁴.”*

Por fim, temos a última posi o, que   do próprio Konrad Hesse, para quem o limite da Muta o Constitucional está no próprio texto constitucional. Para Hesse n o haveria sentido falar em Muta o Constitucional sem a exist ncia de uma texto escrito, com força normativa e, considerando que a Muta o   a altera o de significado da norma escrita sem a altera o da reda o da própria norma, o limite   a própria norma. Vejamos o que o próprio Hesse diz¹⁴⁵:

“En este sentido puede, pues, que sólo estemos ante un punto de arranque y no ante una teoría acabada de la mutación constitucional. Pero si este punto de arranque es correcto, el mismo permitirá una respuesta válida a la cuestión que nos habíamos planteado, la de los límites de la mutacion constitucional. Si las modificaciones de la realidad social solo deben considerarse relevantes para el contenido de la norma en cuanto Forman parte del  mbito normativo, si el “programa normativo” resulta a este respecto determinante y si para este último resulta fundamental el texto de la norma, entonces el contenido de la norma constitucionals lo podrá modificarse en el interior del marco trazado por el texto. La fijación de este marco es una cuestión de interpretación, valiendo también para ella lo que es de aplicación a toda interpretación constitucional: Donde la posibilidad de una compresión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecerá en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional.

Al mismo tiempo es ésta la única solución que permite el mantenimiento de funciones esenciales de la Constitución, concretamente las de estabilización y limitación del poder que, como

¹⁴³ *Ibid.* p. 96.

¹⁴⁴ *Ibid.* p. 97.

¹⁴⁵ *Ibid.* p. 102.

ya se há indicado, exige por principio, en un sistema de constitución escrita, la estricta vinculación al texto de la Constitución. Por tanto, el texto de la Constitución se erige en limite absoluto de una mutación constitucional no solo el punto de la relación entre “Derecho” y “realidad constitucional”, la cual encuentra expresión en la estructura de la norma constitucional, sino también desde el punto de vista de las funciones de la Constitución.”

A linha de Hesse possui adeptos no Brasil, como Anna Cândida da Cunha Ferraz, a qual rechaça as mutações inconstitucionais, ou seja, aquelas que são contrárias a Constituição¹⁴⁶; também José Afonso da Silva, adotando as posições de Pedro Vega e Konrad Hesse também afirma que o limite da Mutação Constitucional é o próprio texto da Constituição¹⁴⁷ e, por fim encontramos Adriana Zandonade a qual avança na constatação de Hesse colocando que o limite não é o mero texto mas sim, os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da Constituição¹⁴⁸.

Discordamos da posição adotada por Hesse, aceitando como válida a colocação de Hsü Dau-Lin, qual seja, o limite da Mutação Constitucional, no fundo, é político. Para Dau-Lin as questões políticas estão integradas dentro da própria Constituição, sendo o núcleo essencial do que ele chama de “necessidades vitais do Estado”. Essa necessidade cambiante que permite a alteração da Constituição é no fundo política e independe do texto constitucional. Não que o texto da Constituição não tenha força vinculante, ou normativa, para manter a linguagem clássica, porém a configuração do conteúdo da norma que irá vincular a realidade social é aberta à influência política.

Para Dau-Lin o Direito Constitucional possui uma posição privilegiada frente aos demais ramos do Direito¹⁴⁹, fato este que permite a integração dentro da Constituição da realidade vital do Estado, a qual, é política. Com isso, existe dentro

¹⁴⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad. 1986. p. 243 et seq.

¹⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Mutações Constitucionais*. In *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)*. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 297 et seq.

¹⁴⁸ ZANDONADE, Adriana. *Mutações Constitucionais*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 35. São Paulo: RT. p. 195/227. abr./jun. 2001. p. 206

¹⁴⁹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. p. 158 et seq.

da ordem constitucional uma ordem política que é mutável. Segundo o próprio Hsü Dau-Lin¹⁵⁰:

“El fundamento último de la mutación constitucional, estriba, por de pronto, en la naturaleza del Estado como realidad vital. Ésta no necesita fundamentarse en cualquier tipo de teoría del Estado invocando la organología que nos arrasta a otro problema todavía más difícil, en lugar el que nos ocupa. La existencia de nuestra historia, el transcurso de nuestro desarrollo cultural, las conexiones del Estado con el sistema omnicomprensivo son pruebas evidentes.”

A realidade vital por sua vez é condicionante da transformação do Estado e suas instituições e, a Constituição ao trazer para dentro de si a realidade vital acaba por se transformar na mesma forma e velocidade que a realidade vital do Estado, principalmente se considerarmos o fato de que as normas constitucionais são incompletas frente as exigências vitais do Estado¹⁵¹, complementando-se com a realidade social.

Ocorre que, a grande contribuição de Dau-Lin é colocar que a normatividade não se encontra no texto legal, mas sim na realidade vital, integrada a Constituição, possuindo assim, a norma, uma função secundária frente a realidade vital¹⁵². Com isso, a constitucionalidade da Mutação não está no texto da lei, mas sim na realidade vital, que é essencialmente político.

¹⁵⁰ *Ibid.* p. 161.

¹⁵¹ *Ibid.* p. 163.

¹⁵² Segundo Dau-Lin: *“Aunque la Constitución há diseñado suficientemente ciertas directrices para la materia normativizada por ella, éstas, a pesar de todo, no logran efecto alguno tan pronto como las relaciones de la vida real sobre la materia cambian. El fracaso de estas normas jurídicas no se debe a la insuficiencia del derecho frente a la realidad, sino a la necesidad categórica de las tareas vitales de la realidad estatal, a la naturaleza autofinalista del Estado. Cuando se cuestionan las necesidades vitales del Estado, entonces las normaciones de una regulación legal solo tienen valor secundario, pues el sentido de la Constitución estriba en abarcar al Estado como totalidad vital y no en la fijación de proposiciones jurídicas rígidas y heterónomas que pretenden ser válidas. Así el cumplimiento de estas tareas dictadas por la necesidad – a pesar de algunas desviaciones de las normas jurídicas escritas – a la adhesión fiel a su articulado, <<corresponde antes al sentido de la Constitución que al seguimiento fiel de sus párrafos y en consecuencia al déficit de vida constitucional>> (Smend, ob cit. pág. 78)” in DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. p. 165.*

Dau-Lin coloca que o Direito Constitucional é uma singularidade estimativa¹⁵³, ou seja, uma previsão para o futuro de acontecimento previsto no presente, sendo que tais acontecimentos podem ocorrer ou não, e ainda, sofrer Mutações Constitucionais devido a alterações políticas nessa previsão de futuro.

Pelo exposto, acompanhamos a posição de Hsü Dau-Lin de que o limite e fundamento da Mutação Constitucional é a Política, existindo também, o limite do próprio texto constitucional.

Entretanto, discordando novamente de Hesse, Dau-Lin também entende que há o limite do próprio texto da lei constitucional. O fundamento da Mutação Constitucional é o novo contexto político, não podendo a mudança ultrapassar os limites da nova correlação de forças que está em contradição com a anterior e o texto constitucional.

Porém, as alterações promovidas pela nova correlação de formas devem ocorrer de tal modo que venham a ser suportados pelo texto original da Constituição, sob pena de incorrer tal mudança em quebra constitucional.

Dessa forma, o sistema constitucional vem também a ser limite à Mutação Constitucional, já que, a mudança social, mesmo sendo contra-fática, não vai além do sistema constitucional, sendo que assim, a Mutação Constitucional, será sempre parcial, não atingindo toda a Constituição, caso este, que teríamos uma revogação tácita da Constituição. Portanto, como também aduziu Konrad Hesse¹⁵⁴, a Mutação Constitucional, ocorre no interior da Constituição, mesmo que originada fora dela, motivo pelo qual, é limitada pelo sistema constitucional.

De outro lado, caso a mudança social (nova conjuntura política) ocorra de tal forma que necessite alterar o texto constitucional o caminho é a reforma da constituição caso essa nova correlação de forças possua força e legitimidade

¹⁵³ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. p. 166 *et seq.*

¹⁵⁴ HESSE, Konrad. Limites de La Mutacion Constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1992. p. 99.

suficiente no Congresso Nacional, citando como exemplo os dois governos de Fernando Henrique Cardoso, o qual, possuindo ampla maioria no Congresso Nacional reformou a Constituição Federal com extrema facilidade.

Dessa forma, podemos concluir que não existem Mutações Inconstitucionais, nos moldes proposto por Hesse e seguido entre nós por Anna Cândida Ferraz e José Afonso da Silva, pois nestes casos, estaríamos diante de uma quebra constitucional, que é ato inexistente.

Portanto, o que é chamado de Mutação Inconstitucional, é em verdade, Quebra da Constituição, isto porque, a Mutação busca uma solução de continuidade da Constituição e não sua ruptura.

Com isso, o limite da Mutação Constitucional é a nova correlação de forças surgidas num determinado momento social e o próprio texto da Constituição.

3.2.2 As Mutações Constitucionais e o Controle de Constitucionalidade

Problema a ser superado no presente trabalho é a relação entre a Mutação Constitucional e o Controle de Constitucionalidade. A questão central nesta parte do trabalho é saber se após ocorrer uma Mutação Constitucional é possível a atuação do Controle de Constitucionalidade, em especial o controle repressivo concentrado.

A Mutação Constitucional vem a ser um processo informal de alterações constitucional, não se submetendo ao rígido mecanismo formal de mudança da Constituição. A mudança na realidade social naturalmente causa transformação na Constituição, podendo provocar mudança no significado da norma sem, contudo, alterar sua redação original. Referido processo de alteração de conteúdo da norma constitucional não se submete ao processo legislativo, ocorrendo de forma difusa e ao longo do tempo, sendo percebidas após a sua consumação.

A Mutação Constitucional dessa forma, não vem a ser uma afronta direta à Constituição, uma infração objetiva ao texto constitucional, mas sim, a adequação do texto a nova realidade social, como forma de manutenção¹⁵⁵ e racionalização do sistema constitucional.

Semelhante é a finalidade do Controle de Constitucionalidade, qual seja, a manutenção da integridade da Constituição. O Controle de Constitucionalidade, seja ele preventivo ou repressivo, difuso ou concentrado, busca no fundo, garantir a supremacia da Constituição e sua unidade¹⁵⁶.

Embora tanto a Mutação Constitucional como o Controle de Constitucionalidade tenham finalidades semelhantes, permanece a questão se o Controle de Constitucionalidade pode atuar sobre uma Mutação Constitucional.

Antecipando-se aos argumentos, trazemos que a resposta é não, ou seja, uma Mutação Constitucional não se sujeita ao Controle de Constitucionalidade repressivo, seja ele difuso ou concentrado.

Em relação ao Controle de Constitucionalidade Preventivo o mesmo não é possível em caso de Mutação Constitucional vez que, o mesmo é um processo informal, não passando pelo crivo do Poder Legislativo.

Partindo da idéia de existência de um sistema (ordem) constitucional, composto por Preceitos Fundamentais¹⁵⁷ e a Constituição escrita, temos por certo

¹⁵⁵ Mantemos aqui o entendimento defendido por Rudolf Smend de que a Constituição é o local da integração nacional, devendo portanto o texto constitucional adaptar-se as constantes alterações sociais. In SMEND, Rudolf. *Costituzione e Diritto Costituzionale*. Milão: Giuffrè Editore. 1988. p. 284.

¹⁵⁶ No mesmo sentido encontramos Alexandre de Moraes: “A idéia de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.” In MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª. Ed. São Paulo: Atlas. 2006. p. 635.

¹⁵⁷ Usamos a definição de Preceito Fundamental feita por Paulo Hamilton Siqueira Júnior ao analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para quem: “O vocábulo “preceito” pode ser tomado como sinônimo de norma, visto que se verificam duas espécies de normas: regras e princípios. Os preceitos, regras e princípios fundamentais são aquelas normas basilares do sistema jurídico consagradas pelo texto constitucional. Note-se que fundamental é o preceito basilar imprescindível, visto que não se trata de preceito fundamental qualquer norma contida na

que a integração proposta por Smend¹⁵⁸ ocorre em verdade dentro do sistema constitucional e não no texto legal da norma constitucional.

Ocorrendo a integração dentro do sistema constitucional, as alterações na realidade social e política são incorporados dentro da Constituição, respeitando por óbvio, o texto da Constituição, passando assim, a alteração social, a ser parte integrante da Constituição.

Integrando-se a alteração social ao sistema constitucional não há que se falar em comparação da alteração com a Constituição, pois, o próprio significado do objeto da impugnação alterou-se. O paradigma para a comparação também se alterou e mais, se alterou dentro da própria Constituição.

A Constituição é o limite para o Controle de Constitucionalidade. Se a realidade social foi integrada a Constituição através de Mutação Constitucional, esta alteração passou a ser parte da Constituição, não podendo a atuação, em especial do Supremo Tribunal Federal, dispor contra a alteração ocorrida na Constituição. Inconstitucional seria a decisão da Corte Constitucional.

A Mutação Constitucional é manifestação originária do Poder Constituinte do povo, seja a alteração social decorrente de prática constitucional direta do povo ou, reconhecida pelo Poder Judiciário ou Legislativo. Isto porque, vale

*Constituição. Os preceitos fundamentais pela própria denominação decorrem do texto constitucional. Esses preceitos são consagrados na Constituição Federal, uma vez que a lei não pode ampliar o conceito de preceito fundamental que se encontra calcado no texto constitucional.” In SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 260. De outro lado temos Gilmar Ferreira Mendes que amplia o conceito de Preceito Fundamental ao analisar a Lei Fundamental alemã: “O conceito de Lei Fundamental não se limita às disposições singulares do direito constitucional escrito. De um lado, essa idéia abrange todos os princípios constantes do texto constitucional. Por outro, esse conceito abarca, igualmente, todos os princípios derivados da Constituição enquanto unidade, tais como o princípio da democracia, o princípio federativo, o princípio da fidelidade federativa, o princípio do Estado de Direito, o princípio da ordem democrática e liberal e o princípio do estado social. Por isso, estão compreendidos no conceito de Lei Fundamental não apenas disposições constantes do texto constitucional mas também as regras jurídicas nele formuladas, o preâmbulo da Lei Fundamental, os dispositivos da Constituição de Weimar, incorporados expressamente ao texto da Lei Fundamental (art. 140), os princípios gerais inerentes ao sistema adotado e as idéias principais que inspiram o constituinte, ainda que não concretizadas numa determinada disposição ou preceito.” In MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 136.*

¹⁵⁸ SMEND, Rudolf. *Costituzione e Diritto Costituzionale*. Milão: Giuffrè Editore. 1988. p. 284.

lembrar, a alteração social é delimitada pelo texto da Constituição, o qual permanece inalterado.

Tanto o Controle de Constitucionalidade como a Mutação Constitucional são processos eminentemente políticos, motivo que leva a cria o de uma sinergia de a es entre a Muta o Constitucional e o Controle de Constitucionalidade. Melhor esclarecendo, a análise política tanto de um processo de Muta o Constitucional como de Controle de Constitucionalidade são idênticos.

Caso ocorresse disparidade entre a Muta o Constitucional e o Controle de Constitucionalidade, o processo de Controle de Constitucionalidade geraria uma nova Muta o Constitucional pois resultaria na mudança política do fato social em análise, seja para alterá-lo para sua significa o anterior, seja para promover a cria o de uma terceira situa o social.

Concluímos assim, que   inócuo falar em Controle de Constitucionalidade de Muta o Constitucional, pois, a norma que se procura proteger foi alterado no processo de Muta o Constitucional e integrado   Constitui o. Além disso,   o próprio Supremo Tribunal Federal, encarregado do julgamento final do Controle de Constitucionalidade quem vai dizer se houve ou não Muta o Constitucional.

O controle lógico-formal, promovido principalmente pelo Poder Judiciário   esvaziado, pois o paradigma de compara o (silogismo maior) alterou-se. Vindo o controle político de constitucionalidade, promovido ou não pelo Poder Judici rio¹⁵⁹, alterar o significado da norma constitucional, estaremos diante, ou de

¹⁵⁹ Com intuito de demonstrar que o Poder Judiciário não   o único ator social capaz de promover o Controle de Constitucionalidade, trazemos a li o de Dimitri Dimoulis: *“Tese VI. O poder judiciário não   o principal fiscal da Constitui o. Nas últimas décadas adquiriu particular visibilidade e popularidade o controle judicial da constitucionalidade. Nos recentes debates jurídicos e nos estudos doutrinários o termo “controle de constitucionalidade”   utilizado de maneira restritiva para designar única e exclusivamente a modalidade judicial de fiscaliza o da constitucionalidade. Não se nega a utilidade de estudos sobre o controle judicial. Especificamente no Brasil, o tradicional desinteresse da doutrina pelo controle de constitucionalidade está sendo recuperado graças a dezenas de estudos recentes sobre a legitimidade da justiça constitucional, suas fun es, seus aspectos processuais e a avalia o crítica das solu es dadas pela jurisprudência constitucional. O problema   que o controle não judicial   muitas vezes (des)qualificado como “político”, sendo que praticamente ignorado no recente debate doutrinário e atividade de pesquisa. A expansão e valoriza o do controle judicial contrasta a situa o*

uma quebra constitucional ou de uma nova Mutação Constitucional, motivo pelo qual afirmamos que não há Controle de Constitucionalidade de Mutações Constitucionais.

Assim, não há que se falar em modulação dos efeitos da Mutação Constitucional pelo Controle de Constitucionalidade, uma vez que, não submetido ao Controle de Constitucionalidade bem como, os efeitos da Mutação Constitucional já ocorrem na realidade social, sendo, simplesmente transferidos para a Constituição.

3.3 REFORMA CONSTITUCIONAL E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O ponto de partida, seja para a reforma ou a Mutação Constitucional, é a necessidade de alteração decorrente de um ponto de fricção entre o texto constitucional e realidade social, mantendo aqui, a feliz expressão utilizada por Jorge Miranda de “vicissitudes constitucionais¹⁶⁰”, isto é, as necessidades de alteração constitucional decorrentes da mudança da realidade social, comparando-se¹⁶¹ a Constituição ao *panta rhei* de Heráclito.

*que se verificava na grande maioria dos Estados constitucionais no século XIX e mesmo até o fim da Segunda Guerra Mundial. Naquele período predominavam a idéia e prática da guarda da Constituição pelo Legislativo, havendo, em muitos casos, proibição de controle judicial da constitucionalidade (França, Holanda). Do ponto de vista da legitimação, essa mudança se relaciona com dois fatores: Primeiro, a crise de credibilidade do Legislativo. A democracia representativa não convence a maioria da população de seu potencial efetivamente representativo. Segundo, a facilidade de acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário. O eleitor enfrentará intransponíveis barreiras se tentar convencer os legisladores a modificar ou revogar um dispositivo que considera equivocado ou prejudicial aos seus interesses. O mesmo eleitor, na qualidade de jurisdicionado, pode, com pouca despesa, com relativa celeridade e com reais chances de ganho, pedir a declaração de inconstitucionalidade da lei ou seu afastamento no caso concreto recorrendo ao Judiciário. Paradoxalmente (ou não), o Poder Judiciário é atualmente o mais acessível às demandas populares, individuais ou coletivas.” In DIMOULIS, Dimitri. Onze teses sobre o Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum. vol. 02. p. 155/166. abr./jun. 2007. p. 160 et seq.*

¹⁶⁰ “Para se situarem as modificações constitucionais, importa, porém, partir de um conceito mais lato (e mesmo um pouco vago, deliberadamente) – o conceito de vicissitudes constitucionais, ou seja, quaisquer eventos que se projectem sobre a subsistência da Constituição ou de algumas das suas normas. Tais vicissitudes são de uma gama variadíssima, com diferente natureza e manifestação, e podem recortar-se segundo cinco grandes critérios: quanto ao modo, quanto ao objecto, quanto ao alcance, quanto as conseqüências sobre a ordem constitucional, quanto à duração dos efeitos.” in MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 389 et seq.

¹⁶¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel. 1970. p. 164.

Com isso, a vicissitude constitucional é algo perene, devendo as constituições sempre se atualizarem e manterem coerentes com a realidade social e com sua finalidade¹⁶², sob de se agravar esse desequilíbrio entre lei e realidade social.

Torna-se necessário então, observar algumas características da Reforma Constitucional, sendo que a primeira delas é de que a alteração é feita de maneira formal, dentro de regras pré-estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário.

Com isso, temos que a Reforma Constitucional é realizada por um Poder Reformador, também chamado de Poder Constituinte Derivado, Poder Constituinte de Revisão ou ainda, Poder Constituído que em verdade é um *“poder constituído, de natureza jurídica constituída uma vez que criado e subordinado às normas constitucionais que intenta modificar e, portanto, limitado, formal e materialmente, pelo próprio Poder Constituinte¹⁶³.”*

Por depender do Poder Constituinte Originário, a reforma constitucional deve obedecer três características essenciais, a saber: a) derivação; b) subordinação e; c) condicionalidade. Manoel Gonçalves Ferreira Filho aborda o tema com clareza e simplicidade:

“O Poder Constituinte de revisão apresenta, como salientamos a propósito do Poder Constituinte instituído, três caracteres. É ele um poder derivado, criado por outro poder, que é o Poder Constituinte

¹⁶² Segundo Loewenstein: *“Desde um punto de vista puramente teórico – y com ello entramos en el tema propiamente dicho – una constitución ideal sería aquel orden normativo conformador del proceso político según el cual todos los desarrollos futuros de la comunad, tanto de orden político como social, econômico y cultural, pudiesen ser previstos de tal manera que no fueses necesario un cambio de normas conformadoras. Cada constitución integra, por así decirlo, tan solo el status quo existente em el momento de su nacimiento y no puede prever el futuro; em el mejor de los casos, cuando está inteligentemente redactada, puede intentar tener em cuenta desde el principio, necesidades futuras por médio de apartados y válvulas cuidadosamente colcoados, aunque una formulación demasiado elástica podría perjudicar a la seguridad jurídica. Así, pues, hay que resignarse com el carácter de compromiso inherente a cualquier constitución. Cada constitución es um organismo vivo, siempre em movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas. in LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel. 1970. p. 164.*

¹⁶³ SILVEIRA, Vladmir Oliveira. *O Poder Reformador na Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: RCS Editora. 2006. p. 71.

originário. Enquanto o Poder Constituinte originário, com já vimos anteriormente, se cria a si próprio, o Poder Constituinte de revisão é criado pelo Poder Constituinte originário. Dessa situação, dessa derivação resultam os outros dois caracteres do Poder Constituinte de revisão. Por um lado, é ele subordinado, isto é, deve ele obedecer às prescrições de fundo estabelecidas como limitações ao seu alcance, pela Constituição. Por outro lado, esse poder é condicionado, ou seja, é subordinado a um procedimento rígido, obrigatório, que é estabelecido na própria Constituição, para a sua própria modificação¹⁶⁴. ”

No Direito Constitucional brasileiro, podemos observar a existência de dois tipos de reformas formais, a saber, a revisão constitucional (art. 3º do ADCT) e as emendas constitucionais (art. 60 da CF).

A revisão constitucional do art. 3º do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) previa após cinco anos da promulgação da Constituição uma Assembléia Revisora da mesma. A justificativa foi a necessidade de adequação da Constituição à realidade social bem como a possibilidade de ajustar elementos constitucionais a nova conjuntura política e econômica. Em verdade tal artigo do ADCT era uma válvula de escape política para o grupo derrotado na Constituinte de 87/88 o qual, teria nova chance de incluir na Constituição sua carga ideológica. A Revisão Constitucional acabou fracassando decorrente da conjuntura política de 1993 bem como pela feroz crítica dos constitucionalistas brasileiros comprometidos com a Carta de 1988, como por exemplo, Paulo Bonavides¹⁶⁵, o maior responsável pela manutenção do espírito da Constituição de 1988.

¹⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 124.

¹⁶⁵ Necessário é trazer a presente dissertação a posição de Paulo Bonavides acerca do art. 3º. do ADCT: “Estariamos dessa maneira adotando como toda a justeza e metodologia consagrada pela mais prestigiosa corrente de constitucionalistas contemporâneos que recomendam a chamada “interpretação conforme a Constituição”. Ora, esse entendimento interpretativo deveria ter guiado os tribunais ao se ocuparem de estabelecer o exato alcance do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Tal artigo colidia frontalmente com preceitos do corpo permanente da Constituição, constantes do § 4º do art. 60, os quais, sobre terem cunho de permanência, fazem alçar também valorativamente – e é o que mais importa – sua intangibilidade normativa explícita. (...) Em se tratando, como no caso do art. 3º do ADCT, de disposições que mutilavam o princípio federativo ou destroçavam no ato revisor, com a unicameralidade e o voto de maioria absoluta, a autoridade legiferante de uma das Casas do Congresso, a saber, o Senado Federal, contrariando assim normas expressas do art. 60, que regula as alterações constitucionais, a saída constitucional por excelência seria fazer com que tais normas, por seu teor de maior conformidade com o espírito da Constituição, tivessem sobre aquelas acima referidas – as do art. 3º do ADCT – absoluta primazia. Em razão disso caberia conduzir unicamente por meio de emendas o processo de revisão a cargo do constituinte de segundo grau.” in BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 521

As reformas, possuindo maior pacificação na doutrina, são hoje a única forma de alteração formal da Constituição, possuindo em regra, duas fases, a propositiva, que é o momento de apresentação da proposta de emenda à Constituição, por um rol privilegiado de atores e; a deliberativa, a qual determina a forma de discussão e aprovação da proposta de emenda à Constituição.

Em relação as fases de tramitação da Emenda Constitucional, nos valem das lições de Walber de Moura Agra¹⁶⁶:

“Seu procedimento está regulamentado em sede constitucional. Compõe-se de duas fases básicas: propositiva e deliberativa. A primeira explicita quais são os órgãos que dispõem de competência para propor a modificação da Constituição. Esta elencação é taxativa, não admitindo que possa provir de órgãos outros; a existência de restrições ao número daqueles que podem propor modificações tem o objetivo de propiciar uma maior duração à Constituição, garantindo-lhe estabilidade jurídica. A segunda fase regula o modo de concretização das emendas, evidenciando os procedimentos necessários para a sua vigência jurídica.”

Dentre os limites encontrados para a reforma formal da Constituição encontramos na doutrina clássica, três impedimentos¹⁶⁷, a saber: limites circunstanciais, limites matérias e limites temporais.

Os limites circunstanciais são os decorrentes de impedimentos momentâneos à reforma da Constituição, como por exemplo, guerra declarada,

et seq. De outro lado, temos a posição do professor paraibano Walber de Moura Agra para quem: “O atual texto errou ao não inserir a revisão como forma constante de modificação constitucional, desligado do resultado plebiscitário, incidindo na parte material, contribuindo com isto para aumentar a rigidez constitucional e a sua eficácia. A localização da reforma na Constituição de 1988 foi feita de forma separada, pois as emendas foram localizadas no processo legislativo e a revisão nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. A revisão foi regulada no ADCT devido ter a finalidade de se adequar ao resultado do plebiscito acerca da forma e regime de governo; e, portanto, tem uma notória efemeridade no texto, por isso a localização escolhidas foi acertada.” in AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2000. p. 141.

¹⁶⁶ AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2000. p. 134 e. seq.

¹⁶⁷ Posição adotada por Ferreira Filho in FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 135.

estado de sítio, dentro outros, todos previstos no texto da constituição. Os limites materiais versam sobre impedimentos decorrentes de matérias que não podem ser alvo de reforma constitucional, como por exemplo, o modelo federativo. Por derradeiro, temos a limitação temporal, isto é, decorrente de impedimentos temporais à reforma, como por exemplo, o art. 60, § 5º de nossa Constituição que impede que proposta de emenda constitucional rejeitada seja apresentada novamente na mesma sessão legislativa. Outros autores trazem outros limites, como o dever de acomodação sistêmica, respeito às cláusulas pétreas e respeito ao direito adquirido¹⁶⁸.

Porém, há que se cuidar para que o limite da reforma não se torne maior que a necessidade política da mesma, enrijecendo o texto constitucional de tal forma, que este se transforme em algo imutável, gerando o que Pedro de Vega¹⁶⁹ chama de divórcio entre a realidade jurídico-constitucional e a realidade política.

Diversamente da reforma constitucional, a Mutação Constitucional não vem a encontrar os limites acima colocados para a reforma constitucional, sendo o limite final da Mutação, o elemento político e o texto original.

Caso a alteração política seja politicamente forte a fim de garantir o resultado positivo numa votação no Congresso Nacional, essa nova conjuntura política permite com que seja realizada a reforma da Constituição, alterando-se o texto legal para adequá-lo à nova conjuntura. Caso a nova conjuntura de forças não permita a propositura de uma reforma formal ou, o risco de derrota no processo de reforma seja grande, abre-se o caminho para a Mutação Constitucional, a qual ocorrerá de maneira difusa e, a longo prazo¹⁷⁰.

¹⁶⁸ ver SILVEIRA, Vladimir Oliveira. *O Poder Reformador na Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: RCS Editora. 2006. p. 93 et seq.

¹⁶⁹ Para Vega: *“No acudir al procedimiento de reforma cuando lãs exigências históricas, sociales y políticas así lo requieren, lejos de constituir una actividad de defensa del ordinamiento constitucional, lo que representa realmente es la creación de un divorcio entre realidad jurídico-constitucional y realidad política, com la consiguiente perdida de prestigio y de capacidad normativizadora concreta del ordenamiento constitucional.”* In VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional Y La Problemática Del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos. 1985. p. 93.

¹⁷⁰ No mesmo sentido encontramos Jorge Miranda: *“Quanto ao modo como se produzem, tendo em conta a forma como atravésdelas se exerce o poder ou se representa a vontade constitucional, as vicissitudes– e, portanto, as modificações – podem ser expressas e tácitas. No primeiro caso, o evento constitucional produz-se como resultado de acto a ele especificamente dirigido; no segundo, o*

A principal diferença entre a reforma e a Mutação Constitucional está no tamanho do poder político da nova conjuntura social a qual permite que os atores de uma nova conjuntura sócio-política se lancem ou não em um processo de reforma formal da Constituição, adaptando o texto constitucional, aos novos interesses predominantes.

Na Mutação Constitucional a nova realidade social não é forte o suficiente para garantir a opinião majoritária no Congresso Nacional ou, não possui força político-econômica para negociar a aprovação da reforma formal da Constitucional ou por fim, não possui apelo popular suficiente para mobilização e uso das massas como forma de pressão pela reforma formal.

Já no processo de reforma constitucional, existe tal força política capaz de conduzir com segurança o processo de mudança do texto da Constituição, embora também, mesmo existindo tal força de conjuntura, se possa optar por nada fazer caindo num processo informal de mudança constitucional.

A diferença entre a reforma e a Mutação Constitucional leva também a diferenciação entre o Poder Constituinte Material e o Poder Constituinte Formal, como bem traz Jorge Miranda¹⁷¹:

“ O poder constituinte material precede o poder constituinte formal. Precede-o logicamente, porque a ideia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre os factos, a legitimidade a legalidade. E precede-o historicamente, porque (sem considerar, mesmo, a Constituição institucional de antes do constitucionalismo), há sempre dois tempos no processo constituinte, o do triunfo de certa ideia de Direito ou do nascimento de certo regime e o da formalização dessa ideia ou desse regime; e o que se diz da

evento é um resultado indirecto, uma consequência que se extrai a posteriori de um facto normativo historicamente localizado. No primeiro caso, fica ou pode ficar alterado o texto; no segundo, permanecendo o texto, modifica-se o conteúdo da norma.” In ¹⁷⁰ MIRANDA, Jorge. *Momentos Constitucionais e Mudanças Políticas*. Disponível em: <<http://www-en.us.es/cidc/Ponencias/momentos/jorgeMIRANDA.pdf>> p. 30 Acessado em 03/05/2008.

¹⁷¹ MIRANDA, Jorge. *Momentos Constitucionais e Mudanças Políticas*. Disponível em: <<http://www-en.us.es/cidc/Ponencias/momentos/jorgeMIRANDA.pdf>> p. 04 Acessado em 03/05/2008.

construção de um regime político vale também para a transformação de um Estado.”

A partir da lição de Jorge Miranda temos que a Mutação Constitucional vem a ser a manifesta o do Poder Constituinte Material enquanto a reforma constitucional   a manifesta o tanto do Poder Constituinte Material e do Formal, o qual, sempre   dependente do Poder Constituinte Material.

Tal fato pode levar a outra questão, qual seja, a Muta o Constitucional pode representar uma fase de transi o, ou seja, inicialmente da mudança opera-se como Muta o Constitucional e, a partir de uma nova conjuntura política mais sólida, vem a se transformar em uma reforma formal do texto constitucional, utilizando-se aqui o exemplo da limita o anual dos juros em 12%, como se via no revogado art. 192,   3  da Constitui o Federal.

Necessário também colocar que a Muta o Constitucional sempre atuará em altera es parciais da Constitui o não alterando integralmente o texto constitucional, pois, no caso da altera o informal integral, estaríamos diante da atua o de poder revolucion rio¹⁷².

Uma Muta o Constitucional total da Constitui o, significa a outorga de uma nova Constitui o, s  pelo Supremo Tribunal Federal, o qual det m a última palavra sobre o que   a Constitui o e o que   Muta o Constitucional.

¹⁷² Valiosa   a li o de Marcelo Neves: *“A rigor, cabe, sim, uma distin o entre reforma constitucional como muta o jurídico-positiva, e as muta es fáticas ou meramente políticas da Constitui o. Produz-se, então, um novo texto constitucional sem vínculo com a normatividade que decorria do anterior, sobretudo sem qualquer base em procedimentos jurídicos preestabelecidos. Normalmente, a doutrina constitucional reduz tal situa o ao poder constituinte revolucionário – do qual vai distinguir o poder fundacional, que, na verdade, assume características revolucionária quando implica uma ruptura com a ordem jurídico-política colonial imposta pela metrópole. Contudo, além da muta o constitucional de fato que resulta de uma ruptura com o conteúdo da ordem jurídica anterior, há também a possibilidade de poder constituinte resultante de processo de transi o política, sem respeitar o procedimento de altera o constitucional previsto no sistema anterior . No caso de revolu o, além de realizar-se em desconformidade com o procedimento de muta o constitucional preestabelecido, há uma ruptura radical e brusca com o conteúdo da ordem jurídica anterior. Na hipótese do poder constituinte (originário) de transi o política, também não se atua conforme os procedimentos preestabelecidos, mas há acordos políticos entre agentes a antiga nova ordem em torno do conteúdo da futura Constitui o; há então, continuidade política e descontinuidade jurídica.”* In NEVES, Marcelo. *Constitucionaliza o Simbólica e Desconstitucionaliza o Fática: Mudança Simbólica da Constitui o e Permanência das Estruturas Reais de Poder. Revista de Informa o Legislativa*. Brasília: Senado Federal. vol. 132. p. 321/330. out./dez. 1996. p. 322.

4. A RELAÇÃO ENTRE ECONOMIA E DIREITO

4.1 O CONDICIONAMENTO RECÍPROCO ENTRE ECONOMIA E DIREITO

Este capítulo versará sobre a relação entre a Economia e o Direito¹⁷³, a qual nem sempre foi pacífica. Através dessa relação de coordenação entre Economia e o Direito é que se buscará chegar à análise de como ocorrem as Mutações Constitucionais.

Originariamente podemos colocar que a relação entre Economia¹⁷⁴ e Direito sempre existiu, possuindo ambas, uma relação de mútua influência (coordenação¹⁷⁵), sendo que a Economia e Direito desenvolve-se separadamente, porém se sempre relacionando.

¹⁷³ Utilizamos aqui o conceito de Direito ensinado por Eros Roberto Grau: “Direito, assim, no texto que segue, quer significar sistema de princípios (normas) coercitivamente impostos a determinado grupo social por qualquer organização, social, dotada de poder para tanto.” In GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4^a Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 16.

¹⁷⁴ Dentre os vários conceitos de Economia existentes, o que mais se aproxima dos problemas estudados na presente dissertação é o de Economia Política o qual pode assim ser definido: “Economia Política é a ciência que trata das leis que governam a produção, a circulação e o consumo das riquezas. Essas leis, eminentemente econômicas, pressupõem, como é óbvio, a existência de uma atividade humana especificamente econômica. Ademais, a economia, é eminentemente social, pois o homem não desenvolve qualquer atividade objetivando a satisfação das suas necessidades, a não ser dentro da sociedade e com a ajuda direta ou indireta desta.” In GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de Economia Política*. 16^a Ed. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 03.

¹⁷⁵ Vale trazer aqui a lição de Washington Peluso Albino de Souza que ao estudar a relação entre direito e economia ensina que: “Pensamos que a maioria das manifestações de mútua influência jurídico-econômica dever ser tomada como correlação. Seus efeitos, mais ou menos sensíveis, não são registrados com a precisão matemática das funções, porém com aquela reação que denota os desgastes de ordem psíquica e sua posterior caracterização social, decorrentes da acomodação aos fatos, da decrescente capacidade de antepor obstáculos igualmente enérgicos a causa repetidas, da formação do hábito ou da sua transformação em costumes. A recíproca influência verificada e inegável, não nos oferece à análise um material cristalizado ao primeiro contacto com a realidade, contendo formas e expressões definitivas. Ao contrário, a mais freqüente forma de manifestação é a da influência demorada, acrisolando modos de ver e de julgar, por força mesmo da insistência com que os fatos agirão, fatos estes, por sua vez, apresentados como outras tantas formas de acrisolamento da realidade, na constante ebulição da própria vida.” In SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 13.

A Economia capitalista¹⁷⁶, ou de mercado, sendo ambos os nomes sinônimos, desenvolve-se com a consolidação da propriedade privada, a qual ainda não traduzia um sistema capitalista de produção, sendo que tal relação somente surge quando a propriedade passa a ser utilizada como meio de produção¹⁷⁷. De outro lado, após o triunfo da burguesia na Revolução Francesa, consolida-se o que chamamos de Direito Privado, ou Código Civil.

A partir de então a economia capitalista, com base na propriedade privada, desenvolve-se conjuntamente com o Direito, o qual em seu texto, nada mais faz do que regular a Economia capitalista através da criação de institutos como propriedade privada e contratos.

A relação com o Código Civil aqui se dá na medida em que este é constitutivo da própria Economia, isto é, o Direito regula as regras econômicas; o mercado, é a própria instituição jurídica. A chamada “mão invisível do mercado” é o Código Civil, o qual, cria, regula e dá existência à Economia.

¹⁷⁶ Defimos capitalismo como: “Capitalismo é comumente definido como um sistema de organização de sociedade baseado na [propriedade privada](#) dos [meios de produção](#) e [propriedade intelectual](#), e na liberdade de contrato sobre estes bens ([livre-mercado](#)). “Capitalismo” é o nome que se dá às atitudes econômicas decorrentes naturalmente numa sociedade que respeita a propriedade privada e a liberdade de contrato. As pessoas quando sujeitas a estas condições, com o intuito de satisfazer seus desejos e/ou necessidades, tendem espontaneamente a dirigir seus esforços no sentido de acumular capital, o qual é então usado como moeda de troca a fim de adquirir os serviços e produtos desejados. Como se percebe, o nome veio a calhar, pois informa diretamente uma das principais características iminentes, que é o acúmulo de capital (embora nenhum indivíduo seja obrigado legalmente a acumulá-lo). O capital, por sua vez, pode ser adquirido e/ou expandido basicamente pelo trabalho produtivo e o comércio, mas como o primeiro também pode se enquadrar na classificação de comércio, a rigor e em última instância, o acúmulo se dá pelo comércio voluntário. O Capitalismo, segundo seus defensores, é o meio mais eficiente e eficaz de prosperidade, desenvolvimento e eliminação de pobreza nas sociedades, devido ao seguinte argumento central: cada indivíduo, por depender basicamente do seu próprio esforço, por ter direito a acumular e desfrutar dos produtos gerados por este esforço, por ter de assumir e colocar em risco seu próprio patrimônio é altamente motivado a utilizar seus recursos (materiais e intelectuais) da melhor forma (mais eficiente) possível, e a melhor possível é a que gera maior riqueza para a sociedade, já que os indivíduos dependem de transações voluntárias.” In <http://pt.wikipedia.org/wiki/Capitalismo> acessado em 25/05/2008 as 12:04hs.

¹⁷⁷ “A expressão jurídica primeira do sistema capitalista é a propriedade privada (e a sucessão hereditária). Contudo, nem a propriedade privada traduz necessariamente relações capitalistas de produção nem a propriedade <<pública>> as deixa de traduzir necessariamente. Quanto ao primeiro ponto, a propriedade privada é a base também (entre outros) da pequena produção independente, propriedade do trabalhador-empresário, propriedade não capitalista, pois não existe separação entre os trabalhadores e os meios de produção.” ... “Em conclusão: embora o capitalismo seja também uma realidade jurídica, não existe um reflexo jurídico das relações de produção. Para efeitos estritamente teóricos, há que estabelecer uma distinção entre as relações econômicas e as relações jurídicas.” In MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Lisboa: Caminho. 1987. p. 31

Portanto, a mão invisível do mercado tem nome e endereço certo, qual seja, o Código Civil.

Ao mesmo tempo a Economia funciona como um mecanismo de *feedback* do Direito, aceitando ou não a coordenação imposta, bem como, fornecendo também, os parâmetros para esta coordenação; funcionando a Economia como um mecanismo de controle político do Direito, atuando antes e após a criação do Direito.

Referido modelo pode ser baseado no dualismo constitucional de Bruce Ackerman¹⁷⁸, para quem a Constituição gera dois momentos. Num primeiro momento é a tomada das decisões fundamentais de constituição do estado, feita pelo povo. Um segundo são as decisões burocráticas tomadas pelo governo.

Num primeiro momento, as decisões são constitutivas de Direitos e, num segundo momento as decisões são garantidoras dos Direitos constituídos. Com isso, há um permanente controle do povo, constituidor de Direito para Ackerman¹⁷⁹, sobre as ações do governo para garantia dos Direitos, vez que o povo, pode em determinado momentos especiais alertar as normas fundantes vinculando a burocracia estatal que garante a aplicabilidade destes direitos.

Isto faz com que exista um controle anterior à criação do Direito e, um controle posterior à criação do Direito, ambos de natureza eminentemente política, a fim de manter ou alterar os Direitos instituídos¹⁸⁰.

¹⁷⁸ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano – Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p. 07.

¹⁷⁹ *Ibid.* p. 12

¹⁸⁰ Gisele Cittadino aclara a posição de Ackerman ao introduzir a versão brasileira do professor americano: “... ao propor um modelo de democracia dualista, Ackerman estabelece uma distinção entre, por um lado as políticas rotineiras cujas decisões cabem aos representantes do povo ou à burocracia estatal e, por outro lado, as transformações no sistema, cuja responsabilidade é exclusiva do povo. [...] A Constituição também é dualista, pois assegura autonomia privada dos indivíduos nos momentos em que não há mobilização política da comunidade em seu conjunto – e, nesse sentido, protegem os seus direitos -, mas também garantem a plena autonomia pública dos cidadãos quando estes decidem alterar e redefinir a sua própria identidade política. E, nesse último caso, não há limites ao processo de autodeterminação da comunidade política.” In CITTADINO, Gisele. Prefácio de ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano – Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p. XVII e XX.

Existe assim, toda uma realidade social, a qual vai se constituindo ao longo da história, a qual busca a sua preservação através de regras de manutenção/preservação dessa sociedade, regras estas, com força cogente. Em determinados momentos históricos, tais regras sociais são incorporadas pelo Estado e transformadas em regras de direito positivo¹⁸¹, as quais, também possuem capacidade de futuramente influenciar a realidade social (força normativa). É o que Eros Grau chama de direito pressuposto (realidade social) e direito posto (direito positivo). Para Grau¹⁸²:

“Pretendi encontrar o fundamento do direito posto na sociedade que historicamente o pressupõe, o que me leva a tratar não de um direito absoluto, mas do direito de uma determinada sociedade (o direito não existe; existem os direitos), aquela sociedade na qual ele está inserido. No direito pressuposto encontramos os princípios (jurídicos) dessa determinada sociedade.

Ademais, após observar que o direito é produzido a partir de múltiplas inter-relações, compreendi a necessidade de o pensarmos dialeticamente, estudando-o em movimento, em constante modificação, formação e destruição – isto é, como de fato ocorre na realidade concreta.”

Fechada a comparação com o modelo de Ackerman e Grau, esta fase inicial do capitalismo baseado na propriedade privada e, garantida pelo Código Civil, com o tempo começa a se alterar, surgindo a concentração do capital e a grande

¹⁸¹ Eros Grau, utilizando de Duguit explica que: *“Toda norma jurídica é moral ou econômica; mas toda norma moral ou econômica não é necessariamente jurídica (1927/92). Assim, impõem-se determinarmos o momento e que uma norma moral ou econômica torna-se jurídica. O que transforma uma norma social em norma jurídica é o fato de a massa das consciências individuais chegar à compreensão de que a sanção material desta norma pode ser socialmente organizada – isto é, que a reação social contra sua violação pode ser socialmente organizada pelo emprego da coerção (1927/81). Há regra de direito quando a massa dos indivíduos que compõem o grupo compreende e admite que uma reação contra os violadores da regra pode ser socialmente organizada. Esta organização não pode existir, ela pode ser embrionária e esporádica; pouco importa. É no momento em que a massa do espíritos a concebe, a deseja, provoca sua constituição, que aparece a regra de direito (1927/94).”* E mais: *“Daí, no que pretende valer-me da exposição de Duguit é no quanto ela contribui a demonstrar quando uma norma social se transforma em jurídica. Isso ocorre quando a massa das consciências individuais, em determinada sociedade, admite que a reação social contra sua violação pode – e, portanto, deve – ser socialmente organizada. Neste momento surge a norma (isto é, o texto normativo) de direito pressuposto.”* In GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4^ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 72/73 e 77.

¹⁸² GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4^ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 43 et seq.

empresa capitalista, paralelamente aos problemas sociais decorrentes do sistema capitalista. Vital Moreira traz uma excelente síntese do ocorrido¹⁸³:

“A grande empresa, produto da lógica de acumulação do capital, inerente ao sistema capitalista, bem como das novas exigências técnicas, já não é, por outro lado, a empresa individual e autônoma do capitalismo de livre concorrência. O capital da empresa é agora a conjunção de vários capitais individuais, ao mesmo tempo que a empresa surge intimamente ligada ao capital bancário e a outras empresas o mesmo ramo, em associações de produção ou acordos de partilha de mercado. O monopólio substitui-se à pequena empresa em concorrência; o acordo substitui a competição; e o capital financeiro passa a dominar o capital puramente industrial. Paralelamente a este processo, outro de não menor importância se desenrola no mercado de trabalho. É que o operariado, que a custo tinha conseguido criar associações mútuas de beneficência e seguros, vai aproveitar essas associações para fortalecer seu papel face ao capital. (...) Estes dois processos vão levar a dois resultados importantes, um econômico, outro social por um lado, o mercado, ponto-chave da forma do capitalismo de concorrência, perde parte de sua função de ponto de direção do processo econômico, que passa para os novos agrupamentos econômicos. (...) Por outro lado, no plano social, o aparecimento das grandes organizações sindicais operárias patronais vem estabelecer em moldes sensivelmente diversos conflito entre o capital e o trabalho.”

A partir dessa nova estrutura do sistema econômico capitalista que se deparava com a concentração de capital nas mãos de grandes conglomerados e a organização dos trabalhadores que passam a reivindicar direitos e questionar a propriedade privada, o sistema capitalista continua a socorrer-se do Direito para equacionar seus problemas decorrentes dessa nova estrutura, como constata Vital Moreira em sua obra “A Ordem Jurídica e o Capitalismo¹⁸⁴”.

¹⁸³ MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Lisboa: Caminho. 1987. p. 46 et seq.

¹⁸⁴ “Teoricamente, a ordem jurídico-econômica encontra o seu fundamento num fenómeno simples: na produção econômica surgem, em virtude do processo de divisão do trabalho, determinadas relações entre aqueles que nela participam. Essas relações, como relações sociais que são, podem estar sujeitas à regulamentação do direito. A ordem jurídica da economia é o resultado do facto de que o sistema social adstrito à satisfação das necessidades materiais dos seus membros, através da produção e da distribuição de bens de produção e mercadorias e através da prestação de serviços, consiste numa estrutura de actividades regulada e, portanto, dirigida de determinado modo pela ordem jurídica. A extensão da ordem jurídica da economia, isto é, a medida em que a ordem econômica assume forma jurídica, ou melhor, se exprime juridicamente, não é um dado, varia de época para época. Uma econômica integralmente ajurídica é apenas um limite e igualmente o é uma ordem econômica integralmente juridicizada; dentro desses limites, porém, podem existir múltiplas formas de combinação.” in MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Lisboa: Caminho. 1987. p. 61.

Com isso, o Estado, através do direito, sai de sua posição de não intervenção do modelo liberal clássico, para uma forma de intervenção na Economia face à sua nova configuração, seja através do controle direto dos meios de produção, ou seja, o Estado como dono dos meios de produção, seja através da regulação dos mercados e da força de trabalho, mas, sempre garantindo a existência e manutenção da propriedade privada.

Tal fenômeno ocorre principalmente devido a I Guerra Mundial, a primeira guerra total da história, onde, todas as atividades são voltadas para a guerra. Toda a atividade econômica e social deve ser centralizada e controlada pelo Estado com um objetivo único de vencer a guerra, estendendo assim, o Direito, sua atuação sobre todos os setores sociais. Fábio Konder Comparato expõem com precisão o fenômeno que ocorreu com o Direito¹⁸⁵:

“Até então, a guerra era uma atividade marginal, que interessava alguns grupos sociais por tradição ou profissão, e que podia se desenvolver paralelamente às outras atividades da nação. A partir de 1914, a guerra é um fenômeno social totalitário, que submete todas as classes sociais, sem exceção. Doravante, em período bélico, todas as funções do Estado são monopolizados pelo conflito armado. [...]

A economia, mais do que qualquer outra atividade tradicionalmente civil, transformou-se sob a ação do novo fenômeno bélico. Demonstrado que a guerra não se ganha somente nas frentes de combate, mas também e sobretudo nos campos, nas usinas, nas fábricas e dos laboratórios, ao Estado não era mais indiferente a evolução das atividades econômicas ou as decisões dos agentes da economia privada. Cumpria, ao contrário, submetê-los antes de tudo às exigências da guerra.

Daí o surgimento de uma regulamentação abundante, estrita e minuciosa das atividades econômicas, que transforma em pouco tempo o panorama clássico do direito patrimonial, abolindo princípios, deformando institutos e confundindo fronteiras.”

Essa relação de coordenação entre Economia e Direito é evidente ao considerar o fato de que o Direito Comercial e Civil surgem antes do que o Direito

¹⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. O Indispensável Direito Econômico. In: _____. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense. 1978. p. 455 et seq.

Constitucional ou ainda, os Direitos Sociais, acompanhando cronologicamente, a evolução do modelo liberal concorrencial¹⁸⁶, dos primórdios da economia capitalista, o qual era regulado pelo Direito Civil e Comercial, para o modelo econômico monopolista pós-guerra, fase na qual a economia é baseada no Direito Constitucional e Direito Social, o qual incorpora os princípios do Direito Privado e também cede a algumas reivindicações sociais.

O Brasil é um ótimo exemplo de tal fato, tanto é que, por aqui o Código Comercial surge antes mesmo que o Código Civil, demonstrando claramente a relação de mútua influência entre Economia e Direito. Somente após 1934 é que o Brasil entra na fase do Constitucionalismo moderno, onde passa a ocorrer a concessão de uma série de Direitos Sociais, como direitos trabalhistas e previdenciários.

Isto porque, a demanda da Economia em 1850 era somente pela regulamentação das atividades comerciais, não necessitando de regulamentação mais precisa da vida civil. Assim, as necessidades econômicas existentes em 1850 foram satisfeitas com o Código Comercial, deixando o Código Civil para um segundo momento.

A partir de então, todas discussões atuais da economia como a racionalização dos mercados, defesa da concorrência, superação de desigualdades econômicas, defesa da propriedade, liberdade de empresa, começam a passar pelo Direito uma vez que, são criados, exercidos e limitados dentro do direito¹⁸⁷, o qual mudou seu padrão de intervenção na Economia.

¹⁸⁶ Eros Grau percebe com nitidez esse acontecimento: *“A virada do século assiste ao declínio do capitalismo concorrencial liberal. A economia de guerra e o evento da revolução bolchevista desferem-lhe golpes mortais. Sombrio o futuro do capitalismo, impunha-se a sua renovação, para o quê é chamado a atuar o Estado. A “mão invisível” de Smith é substituída pela mão visível do Estado. O Estado assume a responsabilidade pela condução do processo econômico e, com isso, os planos econômico e político se correlacionam (ainda que jamais se tenham dissociado). O conhecimento a respeito dos mecanismos econômicos, ademais, permitiu que da economia política caminhássemos para a política econômica. O Estado, então, já não “intervém” na ordem social exclusivamente como produtor do direito e provedor de segurança. Passa a desenvolver novas formas de atuação, para o quê faz uso do direito positivo como instrumento de sua implementação de políticas públicas – atua não apenas como terceiro-árbitro, mas também como terceiro-ordenador”* in GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4^a Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 25 et seq.

¹⁸⁷ MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Lisboa: Caminho. 1987. p. 72.

Essa coordenação entre Economia e Direito, entretanto é total, existindo uma harmonia perfeita no campo do ser e do dever-ser, sendo que em verdade, porém, tanto o Direito como a Economia permanecem como institutos diversos e autônomos, se influenciando e condicionando de forma recíproca.

Novamente Comparato traz descrição precisa do fenômeno ocorrido após a I Guerra Mundial no tocante a relação Direito e Economia¹⁸⁸:

“O impulso econômico estatal, que iria receber desde logo a competente justificação teórica na obra de Lord Keynes, manifestou-se por uma autêntica proliferação de textos jurídicos de todos os graus, extravagando da condição clássica e acarretando sérias distorções à dogmática tradicional. Em matéria de moeda, de crédito, de relações de trabalho, de produção agrícola, de concessões administrativas, de comércio exterior, de criação e funcionamento de bancos e companhias de seguro, e tantos outros domínios, o ordenamento jurídico tornou-se em pouco tempo preñado de disposições de ordem pública, não raro sancionadas penalmente, de caráter particularista e muitas vezes contraditório. Ao mesmo tempo, novas técnicas jurídicas de economia mista obtinham foros de cidade, notadamente no campo do direito contratual.

Sucedendo à crise de deflação e de superprodução de 1929, o advento da segunda guerra mundial veio abalar as economias européias com os problemas opostos de penúria e de inflação. Face às tarefas da guerra e da reconstrução que se lhe sucede, a fim de eliminar a procura excedentária e a abundância de signos monetários no mercado, o Estado lança mão de novos processos de captação de poupança popular, do empréstimo compulsório, à emissão sistemática de títulos da dívida pública em concorrência com os títulos privados (open market). Por outro lado, a repartição do produto nacional é racionalizada através de medidas compulsórias de contingenciamento, de estocagem, de licenciamento da produção, da venda ou do comércio exterior. O Direito deixa-se assim penetrar de conteúdo econômico, ao mesmo tempo em que a Economia torna-se sempre mais administrativa ou regulamentada, isto é, jurídica.” [grifo nosso]

O que vimos até agora foi a influência do Direito¹⁸⁹ na Economia, a qual iniciou-se com a intervenção através do Código Civil e, posteriormente com as

¹⁸⁸ COMPARATO, Fábio Konder. O Indispensável Direito Econômico. In: _____. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense. 1978. p. 457 et seq.

¹⁸⁹ Neste sentido encontramos Eros Grau: “Enquanto nível do todo social, o direito é elemento constitutivo do modo de produção, porém, por ele informado e determinado. A compreensão dessa

conquistas sociais, o Direito Constitucional é quem passou a influenciar a Economia, nos moldes da estrutura proposta por Ackerman e Grau.

O Direito tenta, mesmo que de forma fictícia, regular todas as hipóteses sociais para que assim garanta o desenvolvimento da Economia capitalista, inicialmente começando pelo Código Civil e Comercial, avançando para os demais ramos do Direito, sendo interessante introduzir o exemplo de Márcio Bilharino Naves¹⁹⁰:

“A greve só acede à legalidade, isto é, ela só se torna um direito, o direito de greve, quando ela é exercida dentro dos estritos limites de sua regulamentação, isto é, quando ela não ultrapassa os limites de sua natureza jurídica. Que limites são esses? Uma greve só é admitida pela ordem legal – ela só é um direito – quando se limita a reivindicações profissionais; a greve é inadmissível pela ordem legal – ela não é um direito – quando ela se torna política, e ela se torna política quando desorganiza a produção, quando ela interrompe o processo de valorização, passando a questionar, assim, a própria exploração do trabalho.”

Como dissemos anteriormente, a relação é mútua, existindo também, a influência da Economia no Direito. Essa influência da Economia no Direito, se dá na mesma metodologia exposta por Ferdinand Lassalle em sua obra “O que é uma Constituição?”, onde por trás de toda norma jurídica há uma conjuntura de forças sociais, que representam o verdadeiro poder, independentemente da existência ou não da lei.

O uso de Lassalle neste momento, é exclusivo à constatação, ou seja, existem fatores reais de poder que influenciam o Direito, não entrando agora, no conteúdo do que vem a ser os fatores reais de poder que influenciam o Direito, isto

realidade nos permite verificar que o direito é, sempre e também no modo de produção capitalista, um instrumento de mudança social, para ser dinamizado, nessa função, ao sabor de interesses bem definidos. É justamente essa virtude, de interagir em relação às demais estruturas regionais da estrutura social global, que, em especial no modo de produção capitalista, qualifica o direito como mediação específica e necessária das relações de produção capitalistas não se podendo reproduzir sem a “forma” do direito.” In GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 4^ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 57.

¹⁹⁰ NAVES, Márcio Bilharino. Direito, Circulação Mercantil e Luta Social. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (org.). *Direito, Sociedade e Economia. Leituras Marxistas*. Barueri: Manole. 2005. p. 33 et seq.

é, se os fatores reais são meramente econômicos ou se os fatores econômicos estão englobados em outros fatores.

O Direito por sua vez, também é influenciado¹⁹¹ em sua estruturação pela Economia, bem como, o Direito também é legitimado pela Economia, sob pena de transformar-se no que Lassalle chama de “mera folha de papel”.

Há assim, uma mútua influencia condicionante entre a realidade econômica e realidade jurídica, porém, possuindo ambos, tempos¹⁹² diferentes um do outro, o que leva a superação do primeiro problema dessa dissertação.

Ocorre que nem sempre Direito e Economia caminham no mesmo passo, principalmente quando as questões envolvidas também envolvem participação direta do Estado. Surge então a questão a ser respondida no presente trabalho: Quais as conseqüências de quando há disparidade entre a evolução da Economia e do Direito? Quais as soluções?

4.2 A RELAÇÃO TEMPO, ECONOMIA E DIREITO

Analisemos agora como se desenvolve a relação entre Tempo, Direito, Economia e Estado.

Atualmente assistimos a um acalorado debate entre os economistas governamentais que defendem uma governabilidade substantiva e os advogados, historicamente defensores dos direitos individuais liberais representando a legitimidade legal racional decorrente do liberalismo clássico, esquecendo ambas as

¹⁹¹ Para Lassalle: “Os fatores reais de poder que atua no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes” in LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4^a Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 1998. p. 26.

¹⁹² Adotamos o conceito de tempo como: “O Tempo é a sucessão contínua de instantes nos quais se desenvolve eventos e variações das coisas.” ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 197

partes que a relação é de coordenação, embora Direito e Economia caminhem em tempos distintos.

O debate neoliberal da atualidade, alega que na prática que existe uma disparidade de condutas entre a Economia e o Direito, as quais possuem reflexos diretos na Constituição que é o ponto de ligação entre a Economia, o Direito e o Estado, resultando numa *“crescente discrepância entre o paradigma teórico-doutrinário do tipo de direito tradicionalmente cultivado pelos juristas brasileiros e as condições reais da sociedade a que se destinam suas normas”*¹⁹³.

Para Faria, existem duas lógicas, uma da governabilidade que defende o discurso de que o objetivo final da economia deve ser atingido a qualquer preço e, de outro lado os juristas liberais que defendem o legalismo do procedimento legal para que os fins sejam atingidos. Para Faria¹⁹⁴:

“- a lógica da governabilidade, encarada a partir de um contexto econômico estigmatizado por uma hiperinflação que desestabiliza a moeda, destrói as finanças públicas, desorganiza o sistema produtivo, compromete os salários e penaliza basicamente os setores sociais menos favorecidos e menos organizados, exigindo, portanto, medidas drásticas, imediatas e eficazes por parte do governo para evitar a paralisia do processo decisório e a subsequente ruptura da matriz organizacional quer da sociedade quer do Estado.

- a lógica da legitimidade, examinada a partir de um contexto sócio-político recém saído de uma Assembleia Nacional Constituinte especialmente convocada para produzir um ordenamento jurídico capaz de institucionalizar a transição democrática – e cuja efetividade requer em nome da segurança do direito e o império da lei, o respeito estrito às regras do jogo.”

Tem-se de um lado a posição da Economia onde as metas devem ser alcançadas a qualquer fim, mesmo que isso ignore ou fira direitos individuais, pois para eles, o interesse coletivo permite tais ofensas e, de outro lado, se tem o Direito,

¹⁹³ FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros. 1993. p. 36

¹⁹⁴ *Ibid.* p. 29. Ressalte-se que o contexto abordado pelo Prof. José Eduardo Faria é referente ao período pós-constituente, sendo, contudo, válido até os dias atuais sua constatação.

com sua argumentação lógico-formal de que as regras positivas pré-estabelecidas devem ser seguidas à risca para a consecução dos fins econômicos.

Tal colocação é mais no sentido de ilustração das posições contrárias ao autor, pois em verdade, a relação Direito e Economia não é de separação e sim, coordenação, sendo que, é aproveitável da constatação de José Eduardo Faria a mera separação do Direito e Economia em relação ao Tempo e não, em relação à estruturação e formas de atuação.

A posição de Faria leva a um economicismo onde Economia e Direito são totalmente separados, porém, sendo que o Direito é subordinado irrestritamente à Economia, sem considerar, daí o motivo da discordância, que o Direito também influencia a Economia numa relação de coordenação.

Passemos a análise do tempo na relação Economia e Direito.

A Economia cada vez se torna mais complexa, com suas intrincadas cadeias de produção mundiais, atuando de forma dinâmica por todo o globo, com as empresas e bolsas de valores funcionando 24 horas por todo o mundo, novas formas de relações de emprego.

O Direito por sua vez, com sua base positiva, estrutura a Economia através de leis e decretos, regulando as alterações sociais surgidas no tempo, disciplinando-as, a fim de manter a segurança jurídica das relações econômicas que são consubstancias no Código Civil como na Constituição.

A Economia muda a um ritmo frenético na tentativa de atingir novos mercados, novas concentrações de capital, novas fontes de suprimentos de matérias primas e, quiçá, novas forma de propriedade privada, dentre outros motivos. E o Direito? Este possui outra velocidade de mudança, sendo extremamente lento e burocrático, possuindo várias etapas legislativas, desde o lobby até a sanção presidencial, passando aí por vários outros obstáculos possíveis, até que possa, através de uma norma positiva, regular uma situação econômica que já ocorre de fato.

E como ficam as relações de mútua condicionalidade (coordenação), ou ainda, influência, do Direito na Economia e desta no Direito? São quebradas, mantidas ou alteradas?

A resposta para a doutrina clássica, como por exemplo, a obra de José Eduardo Faria, é que o Direito Constitucional faz uso recorrente às chamadas normas programáticas que, segundo Faria, nada mais são do que acomodações políticas para transferirem para o futuro questões político-econômico-sociais do momento por falta de unidade política do momento¹⁹⁵.

Dessa forma, para a visão clássica, a resposta para a relação entre Direito e Economia está na existência das normas programáticas, as quais são linhas gerais de atuação do Estado junto à Economia, não possuindo tais normas programáticas contidas na Constituição, efeito prática e imediato.

Com isso, ainda na visão tradicional, a Economia embora formalmente vinculada ao Direito, não o está na prática, pois, ao jogar os princípios constitucionais para o campo das normas meramente programáticas, a execução das diretrizes econômicas fica desvinculada do Direito, pois, carente de “norma regulamentadora”.

Ousamos discordar e demonstrar outro entendimento.

Ao falar em norma programática é como aceitar que existem normas ineficazes na Constituição ou, que possuem finalidade reduzida, meramente orientativa, sem qualquer vinculação, vazias de pragmaticidade¹⁹⁶.

¹⁹⁵ FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros. 1993. p. 81.

¹⁹⁶ No mesmo sentido encontramos a constatação de Marcos André Couto Santos, para quem: “As normas programáticas são as disposições que indicam os fins sociais a serem atingidos pelo Estado com a melhoria das condições econômicas, sociais e políticas da população, tendo em vista a concretização e o cumprimento dos objetivos fundamentais previstos na Constituição. São normas vagas, de grande densidade semântica, mas com baixa efetividade social e jurídica, não gerando, em sentido estrito, direitos subjetivos públicos para a população. Essas normas programáticas acabam tendo baixo grau de densificação normativa, dizendo respeito a planos e diretrizes futuras a serem implementados pelos governantes.” In SANTOS, Marcos André Couto. *A Efetividade das Normas*

Entretanto, observando a Constituição, vislumbra-se que a grande maioria das normas chamadas programáticas, dizem respeito às conquistas políticas sociais do período pós-guerra.

Curiosos notar que não existe nenhuma norma programática referente ao núcleo central da economia capitalista, qual seja, a propriedade privada. Ao contrário do *dever* que são as normas programáticas, as normas que dizem respeito a esse núcleo essencial (propriedade, contratos, concorrência) constitucionalizados na virada do século XIX para XX, possuem aplicação plena e garantida pelo Estado, o qual disponibiliza todo o seu aparato para protegê-la, como polícia, judiciário, leis ordinárias, etc..

A relação Direito e Economia não é acompanhar o mero *dever* do Direito, previsto na Constituição.

O Direito vincula a Economia de forma constitutiva, sendo que a Economia se utiliza das normas jurídicas, para se desenvolver e se preservar¹⁹⁷. A Economia caminha pelos caminhos criados pelo Direito, atribuindo significado às normas jurídicas conforme o interesse da ocasião ou mesmo, criando direito novo, conforme os mecanismos de controle político debatidos acima.

Isto porque, o direito positivo (direito posto) é reflexo das correlações de força existente na sociedade (direito pressuposto). A relação econômica que prevalece na sociedade atualmente, é de natureza capitalista (relações de exploração de classes e acumulação de capital), a qual, é refletida no direito

Constitucionais (As Normas Programáticas e a Crise Constitucional) *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. vol. 147, p. 05/14, jul./set. 2000. p. 08

¹⁹⁷ Para Grau tem-se que: “A fim de constituir e preservar o modo de produção, certas premissas de existência contínua hão de ser realizadas (o Estado garante o sistema de direito civil, com as instituições básicas da propriedade e da liberdade de contratar; protege o sistema de mercado contra efeitos secundários autodestrutíveis – jornada de trabalho, legislação antitruste, estabilização do sistema monetário etc.; assegura as premissas da produção dentro da economia global – tais como educação, transportes e comunicações; promove a capacidade da economia nacional para competir internacionalmente – política comercial e aduaneira, v.g – e se reproduz mediante a conservação da integridade nacional, no exterior com meios militares, e no interior mediante a eliminação paramilitar dos inimigos do sistema). In GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4^a Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 125.

positivo, realidade social esta, que usa do Direito tanto para se preservar como para se desenvolver. Para Eros Grau¹⁹⁸:

“O modo de produção capitalista, modo de produção essencialmente jurídico, reclama por um direito posto, construído sobre o seu direito pressuposto, direito pressuposto, esse, que é elemento constitutivo dele, modo de produção capitalista.

Daí que – repito – não me parece possível cogitarmos do direito. A análise histórica conduz à verificação de que cada de produção pertence a um direito próprio e específico (Wieacker 1983/76 e ss. e Barcellona 1977/3-32). Cada direito, em cada modo de produção puro, é expressão de um direito pressuposto e é um nível particular no tipo de articulação e de relações entre as instâncias da estrutura social que caracterizam esse mesmo modo de produção puro (Poulantzas 1967/152). Por isso que a definição de certas estruturas e práticas como jurídicas depende do lugar e da função que elas ocupam e cumprem em um todo complexo teoricamente definido, que constitui um determinado modo de produção (Poulantzas 1967/153).”

A Economia, portanto, coincide com o Direito, em específico o Direito Civil e Comercial, os quais trazem as configurações da propriedade e sua garantia, o modo de transmissão do patrimônio e a forma de sua acumulação, a circulação das mercadorias, os contratos, a forma de cumprimento forçado do contrato, o tratamento do capital, dentre outras questões essenciais à Economia.

A relação entre Economia e Direito é de similitude e coordenação de ações.

A Economia, na busca por essa similitude também influencia o Direito seja no momento de criação formal da norma, como também na questão interpretativa. A Economia, em especial a capitalista, necessita transmitir ao Direito suas necessidades e exigir o cumprimento de seus privilégios.

Tais necessidades que influenciam o Direito residem nas alterações sociais ocorridas no núcleo essencial do capitalismo, como, alterações no conceito de propriedade, usando aqui o exemplo da criação do conceito de propriedade

¹⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4^a Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 65.

imaterial (direitos autorais). Ocorrendo alteração nos elementos chaves da Economia esta passar a pressionar o Direito a se atualizar a fim de que continue com a relação de similitude.

Com isso, voltamos ao tema, a relação entre Direito e Economia é de similitude porém, possuindo o Direito, força normativa para alterar a Economia, e esta, pressiona politicamente o Direito, obtendo sucesso nas maiorias das vezes, para alcançar a perfeita regulação jurídica de suas atividades¹⁹⁹.

Contudo, há que se ressaltar que tal equilíbrio, ou similitude, só é alcançado com a introdução de um terceiro elemento, que é a Política. A Política funciona aqui como um freio as pretensões da Economia, sendo que os reflexos da influência da Economia no Direito somente são efetivadas quando esta influência é aceita politicamente pela sociedade.

Caso contrário, a rejeição política leva a ineficácia da pretensão econômica sobre o Direito, podendo servir inclusive a Política, em caso de rejeição de pretensão econômica, como forme de influência sobre o Direito para este amplie a sua atuação normativa sobre a Economia. Portanto, a Economia também está sob a égide de um controle político da sociedade.

É válida aqui, trazer citação de Eros Roberto Grau que em poucas palavras sintetiza tudo o que foi dito:

“Enquanto nível do todo social, o direito é elemento constitutivo do modo de produção, porém por ele informado e determinado. A compreensão dessa realidade nos permite verificar que o direito é, sempre e também no modo de produção capitalista, um instrumento

¹⁹⁹ Eros Grau analisado a relação entre direito posto e direito pressuposto, tem entendimento semelhante: *“Assim, o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. Em outros termos: o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base. O direito pressuposto condiciona a produção do direito posto (positivo). Mas o direito posto transforma sua (dele) própria base. Isso implica – afirmo-o em termos- que o direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto (direito positivo), mas este modifica o direito pressuposto.”* In GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4^a Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 64.

de mudança social, para ser dinamizado, nessa função, ao saber de interesses bem definidos.

É justamente essa virtude, de interagir em relação às demais estruturas regionais da estrutura social global, que, em especial no modo de produção capitalista, qualifica o direito como mediação específica e necessária das relações de produção – e isso de modo tal que as relações de produção capitalista não se podem reproduzir sem a “forma” do direito²⁰⁰.”

É nesse ponto que interessa o problema acima levantado por Faria sobre o tempo que possui a Economia e o Direito. Ou seja, a alteração da Economia pelo Direito através da sua força normativa se dá em uma determinada velocidade, porém, a alteração na realidade econômico-social se dá em outra, sendo a pressão da Economia no Direito, mais rápida do que a capacidade de regulamentação do Direito.

Possuindo tempos diferentes, resta o problema levantado de quando a Economia evolui mais rápido que o Direito. Como o Direito responde a isso?

A intersecção entre Economia e Direito também se dá no texto constitucional, principalmente após os movimentos de constitucionalização, onde é previsto o sistema econômico, as metas de desenvolvimento do Estado, bem como, também deveria estar presente as formas e mecanismos de controle do modelo econômico eleito e as formas para atingir tais objetivos econômicos.

Melhor dizendo, a diferença de tempos entre Economia e Direito se dá tanto em relação ao Código Civil, que originalmente constituiu a Economia, bem como, em relação à Constituição, a qual, como já afirmado acima, incorporou como garantias constitucionais os princípios jurídicos da economia em seu texto, criando assim, um núcleo intangível dos princípios econômicos capitalistas dentro da Constituição, a fim de preservá-los face às novas demandas sociais após a segunda guerra, bem como, qualquer pretensão socialista.

²⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4^a Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 57.

Ficamos assim, diante de dois problemas. O primeiro é referente ao avanço da Economia em contradição com a legislação infra-constitucional e, o segundo, com a contradição entre a Economia e a norma constitucional, ou seja, com a própria Constituição, ocorrendo aqui, o que Eros Grau denomina ilegitimidade superveniente²⁰¹:

“A ilegitimidade superveniente caracteriza-se quando o texto normativo, originariamente legítimo, em função do dualismo normativo, originariamente legítimo, em função do dualismo “imobilidade relativa das normas de direito posto” X “progressão contínua das realidades sociais”, a partir de determinado momento passa a configurar-se ilegítimo – isto é, torna-se adverso ao direito pressuposto.”

A discussão restringe portanto, a como a Economia age no campo jurídico infra-constitucional e no campo constitucional, interessando aqui a segunda parte.

4.3 CAPACIDADE NORMATIVA DE CONJUNTURA DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS

Entretanto, pelo amor ao debate e para que não seja argüida omissão do autor, registre-se que no campo infra-constitucional, a questão é resolvida de forma mais tranqüila do que no campo constitucional, uma vez que, na esfera infra-constitucional há uma capacidade normativa de conjuntura que estabelece os padrões de adaptação da norma infra-constitucional às demandas econômicas, capacidade esta que não existe no campo constitucional.

No campo constitucional, a pressão da Economia deverá submeter-se a processos mais complexos politicamente de reforma formal da constitucional ou, submeter-se a processos mais longos e demorados de Mutação Constitucional.

²⁰¹ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4^a Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 92.

O problema levantado, no campo infra-constitucional, devido a configuração atual do Poder Executivo, permite-se uma maior composição entre a tensão temporal da Economia com o Direito.

A questão na esfera infra-constitucional é resolvida com o que Eros Grau denomina de “capacidade normativa de conjuntura²⁰²”, a qual consiste em resumo, na capacidade do Poder Executivo, resolver através de seu poder de editar regulamentos, em resolver disparidades entre a Economia e a Lei.

Pequenos desvios de conduta em políticas públicas ou econômicas, decorrentes principalmente da conjuntura econômica que sempre é momentânea e flutuante, podem ser corrigidas através da intervenção pontual do Executivo, na correção da condução das suas políticas. Eros Grau assim coloca o problema²⁰³:

“Descortina-se, assim, a evidência de que o direito – tal como divisou von Ihering, em sua teoria organicista – necessita, como todo organismo vivo, estar em constante mutação, impondo-se a superação do descompasso existente entre o ritmo de evolução das realidades sociais e a velocidade de transformação da ordem jurídica. Nesse clima a instabilidade de determinadas situações e estados econômicos, sujeitos a permanentes flutuações – flutuações que definem o seu caráter conjuntural – impõem sejam extremamente flexíveis e dinâmicas os instrumentos normativos de que deve lançar mão o Estado para dar correção a desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas públicas que esteja a implementar. Aí, precisamente, o emergir da capacidade normativa de conjuntura, via da qual se pretende conferir resposta à exigência de produção imediata de textos normativos, que as flutuações da conjuntura econômica estão, a todo tempo, a impor. À potestade normativa através da qual essas normas são geradas, dentro de padrões de dinamismo e flexibilidades adequados à realidade, é que denomino capacidade normativa de conjuntura. Cuida-se – repita-se – de dever-poder, de órgãos e entidades da Administração, que envolve, entre outros aspectos, a definição de condições operacionais e negociais, em determinados setores dos mercados. Evidentemente que esse dever-poder há de ser ativado em coerência não apenas com as linhas fundamentais e objetivos determinados no nível constitucional, mas também com o que dispuser, a propósito do seu desempenho, a lei.”

²⁰² *Ibid.* p. 231.

²⁰³ *Ibid.* p. 232

Referida intervenção opera através das diversas formas de intervenção Estado (Poder Executivo) na Economia, sempre através de regulamentos administrativos, decorrentes da capacidade normativa do Poder Executivo, com intuito de corrigir disparidades entre a evolução da Economia e o Direito.

A capacidade normativa de conjuntura acaba sendo utilizada na prática, muito mais como mecanismo de garantia dos princípios econômicos contidos na Constituição e no Código Civil, do que, propriamente constitutivo de Direitos. Melhor dizendo: o campo infra-constitucional é usado como garantia dos princípios econômicos, por exemplo, os instrumentos de defesa da propriedade privada pelo Estado são tratados em nível infra-constitucional atuando a Capacidade Normativa de Conjuntura para garantir o pleno exercício desse privilégio econômico.

Ocorre que, a capacidade normativa de conjuntura é limitada ao campo infra-constitucional, ou seja, busca reparar tensões entre Economia e Direito a partir de política econômicas ou princípios gerais já pré-estabelecidos, isto é, ajuste pontuais, não servindo assim para a reparação no campo constitucional.

Tal capacidade normativa de conjuntura não se aplica conduto no nível constitucional, permanecendo a tensão entre Economia e Direito, a qual somente é resolvida através de reforma constitucional ou Mutação Constitucional.

4.4 A APLICAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O presente tópico busca demonstrar a ocorrência da Mutação Constitucional em casos concretos. Para tanto foram eleitos três casos, sendo o primeiro envolvendo a questão da aplicabilidade ou não da limitação dos juros em 12% ao ano nos termos do revogado art. 192, § 3º da Constituição Federal, o segundo a Mutação Constitucional no conceito do art. 52, X da Constituição Federal

e, terceiro, o problema da Fidelidade Partidária, em especial a Resolução 22.610/07 do Tribunal Superior Eleitoral.

O objetivo principal é analisar como os processos de mudança social se relacionam com a Constituição e, se de tal relação resulta em Mutação Constitucional ou não.

4.4.1 Limita o Constitucional dos Juros

O Brasil possui um rico exemplo de tentativa de atua o do Poder Econômico para promover uma Muta o Constitucional, que   exatamente o esvaziamento do hoje revogado art. 192²⁰⁴,   3  da Constitui o Federal. Referido artigo previa a limita o de juros de 12% ao ano sob pena de tipifica o de crime de usura.

No dia seguinte a promulga o da Constitui o, 06 de outubro de 1988, j  se iniciou o processo de Muta o Constitucional, através da publica o no Diário Oficial da União, de resolu o do Banco Central que a lei 4.595/64 a qual prevê que as institui es financeiras não estão sujeitas a limita o de juros, ainda está vigente, vez que, o art. 192,   3  da Constitui o Federal não era norma de eficácia plena²⁰⁵, necessitando de norma regulamentadora.

Dois dias após a promulga o da Constitui o, ou seja, 07/10/88, o Presidente da República publica no Diário Oficial da União, aprova o de parecer do

²⁰⁴ Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

  3  - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunera es direta ou indiretamente referidas   concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

²⁰⁵ Adotamos no presente trabalho a classifica o proposta por José Afonso da Silva em Normas de Eficácia Plena, Normas de Eficácia Contida e, Normas de Eficácia Limitada, expostas no livro: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6  Ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

Consultor Geral da República, Sr. Saulo Ramos, aduzindo que o art. 192, § 3º da Constituição necessita de regulamentação posterior²⁰⁶.

Inicialmente vislumbra-se uma articulação do Poder Econômico, leia-se setor bancário, antes mesmo da promulgação da Constituição, passou a se organizar de outra forma logo após perceber a derrota política e a inclusão da limitação de juros em 12% ao ano. Imediatamente o governo federal lançou a tese jurídica de que o art. 192, § 3º da Constituição não era de eficácia, necessitando de norma regulamentadora, evitando assim a imediata limitação dos juros como queria o legislador constituinte.

Todo esse processo foi feito ser alarde, somente com pequenas notas na imprensa comunicando a população que a limitação dos juros não seria aplicada, sem grandes movimentações sociais como se viu no período da constituinte.

Depois dessa fase veio a maior manobra do Poder Econômico, o convencimento e aprovação do argumento junto ao Supremo Tribunal Federal, num verdadeiro golpe contra a Constituição, valendo-se o Poder Econômico do parecer de renomados juristas pátrios²⁰⁷.

O Supremo por sua vez, aceitou o argumento de que a norma não era de eficácia plena, necessitando de lei complementar, julgando tal artigo como norma

²⁰⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Mandado de Injunção. Limitações da Taxa de Juros. Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas. Considerações Acerca do art. 192, § 3º da Constituição Federal. *In Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 339. p. 53/83. jul./set. 1997. p. 57.

²⁰⁷ Carlos Roberto Siqueira Castro em minucioso trabalho de pesquisa elencou em seu artigo sobre a limitação dos juros os pareceres favoráveis à tese do Poder Econômico, valendo trazer aqui a transcrição da pesquisa: “Vale registrar, pela curiosidade, que apenas o volume 88 da Revista de Direito Público, publicada pela Editora Revista dos Tribunais, foi sede editorial de inúmeros desses encomendados pareceres, todos eles sustentando a carência de auto-aplicabilidade da norma constitucional limitadora dos juros reais. Assim, por exemplo, os trabalhos de Hely Lopes Meirelles, “Tabelamento de juros”, na RDP, vol. 88, p. 147 e segs.; Caio Tácito, “O artigo 192 da Constituição Federal e seu parágrafo 3º” na RDP, vol. 88, pp. 151 e segs.; Ives Gandra da Silva Martins, “Tabelamento de juros reais e sua conformação jurídica”, na RDP, vol. 88, pp. 182 e segs.; Celso Ribeiro Bastos, “Tabelamento de juros” na RDP, vol. 88, pp. 172 e segs.; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Os princípios do Direito Constitucional e o art. 192 da Carta Magna”, na RDP, vol. 88, pp. 162 e segs.; José Frederico Marques, “Tabelamento de juros”, na RDP, vol. 88, pp. 158 e segs.” *In* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Mandado de Injunção. Limitações da Taxa de Juros. Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas. Considerações Acerca do art. 192, § 3º da Constituição Federal. *In Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 339. p. 53/83. jul./set. 1997. p. 57.

programática, na conhecida ADIN n. 04-DF. Não só confirmou a tese do Poder Econômico de que a limitação em 12% não é norma de eficácia plena, precisando de regulamentação para ser aplicada, como, esvaziou o conteúdo do Mandado de Injunção, ao somente notificar o Poder Legislativo que ele estava em mora quanto a regulamentação do art. 192, § 3º da Constituição Federal.

Com isso, houve uma Mutação Constitucional conduzida pelo Poder Econômico para deixar sem qualquer eficácia o art. 192, § 3º da Constitui o Federal, até o momento em que, o Poder Econômico dos bancos estava tão grande, que tal artigo foi totalmente reformado e expurgado do ordenamento jurídico a fim de se evitar qualquer risco, através de via formal, isto  , pela Emenda Constitucional 40 de 2003.

Com isso, o Poder Econômico se utilizou da Muta o Constitucional para alterar o significado do art. 192, § 3º da Constitui o, obtendo sucesso na empreitada já que impediu-se a limita o dos juros em 12% ao ano, como queria o legislador constituinte, sem contudo, alterar o texto da Constitui o.

Caso Poder Econômico se sujeitasse a aprova o política de sua proposta, esta seria rejeitada, pois não existia contesto político para altera o da limita o de juros em 12% ao ano, resultando que o Poder Econômico, em especial as institui es bancárias, se valeu da Muta o Constitucional para alterar a Constitui o Federal.

Primeiramente porque o art. 192, § 3º da Constitui o Federal   uma proibitiva, ou seja, que proíbe a cobrança de juros acima dos 12% ao ano. Norma proibitiva, salvo melhor juízo, não necessita de regulamenta o, pois a proibi o   clara e imperativa, ou seja, juros maiores que 12%, não pode.

Analisando a teoria de José Afonso da Silva sobre a aplicabilidade das normas constitucionais²⁰⁸, a aludida regra do art. 192, § 3º da Constitui o não necessita de qualquer regula o para dizer que o máximo que pode ser aplicado  

²⁰⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 102.

12%, podendo o artigo ser aplicado pelo simples fato de existir no ordenamento jurídico. Para José Afonso da Silva²⁰⁹:

“Na verdade, não nos parece possível estabelecer um critério único e seguro para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena das demais. Mas poder-se-ão fixar regras gerais sobre o assunto, no que as conclusões da clássica doutrina norte-americana sobre ele podem oferecer, ainda, contribuição valiosa. Segundo essa doutrina, uma norma constitucional é auto-aplicável (correspondente, mutatis mutandis, às de eficácia plena) “quando completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime”.

Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa ou juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz.”

Pela doutrina clássica de José Afonso da Silva sobre as características da norma de eficácia plena, temos que, para ter tal eficácia basta o texto da norma ser suficiente em si mesmo, não dependendo de outra norma, mesmo que infra-constitucional para complementá-la. No caso do art. 192, § 3º da Constituição Federal, está é suficiente em si mesma, não necessitando de outra norma para dizer que juros acima de 12% ao ano são proibidos, nem para explicar o que são 12%.

Mesmo que prevalecesse o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o art. 192, § 3º da Constituição é norma programática, como o fez na ADIN 04, os juros não poderiam ultrapassar os 12% ao ano, o que anularia todos os contratos bancários cujos juros fossem superiores a 12%.

Tudo isso para tentar comprovar empiricamente que o Poder Econômico usou da Mutação Constitucional para atingir seus objetivos quando em

²⁰⁹ *Ibid.* p. 98 et seq.

desvantagem política, só que de forma racional e previsível, já que tem uma meta a atingir²¹⁰.

Tal colocação serve para reforçar a posição de Hsü Dau-Lin que o fim e o limite últimos das Mutações Constitucionais é a política, pois, o único meio de barrar as Mutações Constitucionais é o meio político.

O caso em análise propicia a análise da ocorrência da Mutação Constitucional. Inicialmente temos o a questão da mudança social a ser analisada. O poder político antes do presidente Sarney, foi exercido pelos militares, os quais, a fim de manter sua política econômica se aliaram ao setor financeiro a qual custeou tal política econômica.

A proximidade entre setor bancário e governo federal trouxe algumas benesses ao setor bancário, dentre eles a lei 4.595/64, a qual permitia a atuação quase livre dos bancos no mercado, permitindo somente um tímido controle pelo Banco Central. Dentre essas benesses estava a liberdade de fixação de juros nos contratos bancários, revogando a lei de usura para as instituições financeiras.

Somando a isso a inflação galopante do período e a necessidade da rolagem das dívidas públicas pelos entes governamentais, criou-se toda uma ciranda financeira com superestimação de juros, transformando o setor financeiro num dos mais atraentes negócios no país²¹¹.

²¹⁰ Para Carlos Roberto Siqueira de Castro: *“Não há deixar de reconhecer – como já dito – que em torno da questão da limitação dos juros reais no limite máximo de 12% ao ano, conforme evolante do preceituado no art. 192, § 3º, gravitam interesses financeiros poderosos e soberbamente articulados, que tudo fazem para procrastinar a efetivação de tal regra constitucional.”* in CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Mandado de Injunção. Limitações da Taxa de Juros. Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas. Considerações Acerca do art. 192, § 3º da Constituição Federal. *In Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 339. p. 53/83. jul./set. 1997. p. 69.

²¹¹ Também para Carlos Roberto Siqueira Castro: *“Mais grave e preocupante é reconhecer que tal ciranda financeira arrastou para o círculo vicioso do artificialismo dos juros a Fazenda Pública da União, dos Estados e dos Municípios, que, para a rolagem da diária de sua dívida interna, se alimentam (e realimentam) da superestimação da taxa de juros nas operações de compra e venda dos títulos da dívida pública mobiliária.”* in CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Mandado de Injunção. Limitações da Taxa de Juros. Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas. Considerações Acerca do art. 192, § 3º da Constituição Federal. *In Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 339. p. 53/83. jul./set. 1997. p. 69.

Tal situação que sufocava o setor produtivo que dependia de capital dos bancos os quais praticavam juros exorbitantes, foi corrigida na Constituição Federal de 1988, a qual limitou os juros à 12% ao ano, restringindo o Poder Econômico dos bancos que dominavam livremente o setor financeiro.

Ocorre que, a correção de rumos durou dois dias, até a publicação no Diário Oficial da homologação pelo Presidente Sarney, do parecer do Dr. Saulo Ramos de que o art. 192, § 3º da Constituição Federal não era norma de eficácia plena, somente sendo aplicável após a edição de norma regulamentadora.

Imediatamente após a promulgação da Constituição o Poder Econômico, no caso as instituições financeiras, se articularam e influenciaram o poder político para que promovesse a mudança social retornando ao *status quo ante* permitindo a continuidade da política econômica anterior à Constituição.

Referida mudança social conservadora, deu-se através da mudança conceitual da eficácia do art. 192, § 3º da Constituição Federal, sendo sua aplicação esvaziada em nome do interesses financeiro através da emissão de diversos pareceres jurídicos que obtiveram êxito na mudança do conceito de eficácia da norma limitadora de juros.

Após a fase inicial de mudança doutrinária, veio a etapa da mudança jurisprudencial, ou seja, do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual foi feito na ADIN 04, distribuída em 12/10/1988, que considerou o art. 192, § 3º da Constituição, norma programática, julgando improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do parecer do Consultor Geral, Dr. Saulo Ramos.

Dessa forma, com o caso da limitação dos juros, podemos concluir que houve um processo de Mutação Constitucional, vez que,houve uma mudança na realidade social (retorno da liberdade de estipulação de juros), mudança essa promovida pelo Poder Econômico e, houve também a alteração do conteúdo da norma constitucional, o qual deixou de cumprir sua função original (limitação dos

juros), sem que, tal alteração da norma constitucional produzisse mudança no texto da Constituição mantendo intacta a redação do art. 192, § 3º.

A título de registro, no auge do controle do Poder Econômico pelo setor financeiro, a influência política deste setor foi tão grande que permitiu a edição de Emenda Constitucional a fim de revogar expressamente os parágrafos do art. 192 da Constituição, fato este que se deu com a Emenda Constitucional 40 de 29/05/2003, evitando assim qualquer risco de regulamentação posterior da limitação dos juros.

4.4.2 Artigo 52, X da Constituição Federal

A mais recente discussão sobre Mutação Constitucional, feita pelo Supremo Tribunal Federal, ocorreu na Reclamação 4.335-5/AC, onde dois ministros (Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau) votaram pela ocorrência de Mutação Constitucional no alcance do art. 52²¹², X da Constituição Federal.

A Reclamação em questão foi movida pela Defensoria Pública do Estado do Acre contra o Juiz da Vara de Execuções Criminais de Rio Branco, aduzindo que este deixou de dar cumprimento   decisão do STF, a qual, em controle difuso de constitucionalidade (HC 82.959), julgou inconstitucional o artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Logo após a proclamação do resultado julgando inconstitucional tal artigo de lei, que vetava a progressão de regimes para os apenados por crimes definidos como hediondos, a Defensoria Pública do Acre, requereu ao Juiz da Vara de Execuções Criminais de Rio Branco, a progressão de regime para diversos presos, aduzindo em seu favor a Decisão do STF.

²¹² 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;

O Juiz em questão indeferiu o pedido alegando que não havia possibilidade legal para tanto, já que a inconstitucionalidade foi decidida *incidenter tantum*, tendo assim, aplicação restrita às partes envolvidas e que, para a eficácia *erga omnes* seria necessário, nos termos do artigo 52, inciso X da Constituição Federal, que o Senado Federal suspendesse a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, suspensão esta que não ocorreu até aquele momento. Inconformada, a Defensoria Pública ajuizou a Reclamação alegando que o Juiz de Rio Branco estava descumprindo a decisão do Supremo, pedindo a anulação da decisão do Juiz de primeiro grau.

O Supremo Tribunal Federal, na análise dessa Reclamação entendeu, nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, pela existência de Mutação Constitucional, não sendo mais necessária a comunica o ao Senado para que a decisão *incidenter tantum* do Supremo passasse a ter validade para todos, possuindo tal processo, dois ricos votos que analisam o problema sob dois aspectos diverso, mas alcançando conclusões semelhantes.

O voto do relator Gilmar Mendes vai numa linha extremamente pragmática, no sentido de que a Muta o Constitucional deve ocorrer por uma necessidade imperiosa de não mais existir a possibilidade de comunica o ao Senado Federal da prola o de sentença que declara a inconstitucionalidade total ou parcial de lei. Para Gilmar Mendes²¹³, na conclusão de seu voto:

“Conforme destacado, a amplia o do sistema concentrado, com a multiplica o de decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar radicalmente a concep o que dominava entre nós sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a Emenda Constitucional n 16/65 e sob a Carta de 1967/69.

No sistema constitucional de 1967/69, a a o direta era apenas uma idiosincrasia no contexto de um amplo e dominante modelo difuso. A ado o da ADI, posteriormente, conferiu perfil diverso ao nosso sistema de controle de constitucionalidade, que continuou a ser um modelo misto. A ênfase passou a residir, porém, não mais no modelo difuso, mas nas a es diretas. O advento da Lei 9.882/99 conferiu

²¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *In* Supremo Tribunal Federal. Voto na Reclama o 4.335-5/AC. p. 49 et seq.

conformação à ADPF, admitindo a impugnação ou a discussão direta de decisões judiciais das instâncias ordinárias perante o Supremo Tribunal Federal. Tal como estabelecido na referida lei (art. 10, § 3º), a decisão proferida nesse processo há de ser dotada de eficácia erga omnes e de efeito vinculante. Ora, resta evidente que a ADPF estabeleceu uma ponte entre os dois modelos de controle, atribuindo eficácia geral a decisões de perfil incidental.

Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter à declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998).

Essa é a orientação que parece presidir o entendimento que julga dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição por parte dos Tribunais ordinários, se o Supremo já tiver declarado a inconstitucionalidade da lei, ainda que no modelo incidental. Na oportunidade, ressaltou o Relator para o acórdão, Ilmar Galvão, no já mencionado RE 190.728, que o novo entendimento estava “em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira, ressaltando que se cuidava “de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial”.

E ela também demonstra que, por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado fórmulas que retiram do instituto da “suspensão da execução da lei pelo Senado Federal” significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto.

Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que

transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII).

Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988.

Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema.

A aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo. É que a decisão proferida na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo e em outras ações de caráter coletivo não mais poderá ser considerada uma decisão inter partes.

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.

Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso.

Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988.

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.”

Ou seja, Gilmar Mendes traz em seu voto a preocupação com a avalanche de processos idênticos que assolam o Supremo Tribunal Federal, arguindo questões idênticas em controle de constitucionalidade difuso. Tal situação

levou a uma nova interpretação do direito constitucional provocando alteração na doutrina sobre o controle de constitucionalidade, resultando na Mutação Constitucional.

Com isso, a altera o da doutrina constitucional refere-se ao novo entendimento de que os efeitos jurídicos da declara o de inconstitucionalidade possuem, face   nova realidade, efeitos transcendentais, atingindo assim outros casos análogos de forma imediata, independentemente da suspensão da lei pelo Senado Federal.

A posi o de Gilmar encontra forte apoio na obra de Georg Jellinek. Na referida obra, Jellinek traça cinco tipos de muta o: a) por prática parlamentar; b) pela necessidade política de transforma o da constitui o; c) mediante prática constitucional convencional; d) por desuso e; e) para integra o das lacunas constitucionais. O voto de Gilmar Mendes utiliza das modalidades “b” e “d” propostas por Jellinek, ou seja, a necessidade de política de transforma o e o desuso.

Jellinek²¹⁴, invocando Modestino, no traz que tais “necessidade políticas” s o o verdadeiro poder criador do Direito. Numa análise quase marxista, afirma que todos os acontecimentos históricos formam os fundamentos do Estado. Para Jellinek²¹⁵:

“No solo em los momentos cruciales de la história de los Estados, también durante el curso de la vida normal de los mismos, esa necesidad puede surgir de manera sorprendente y transmutar la organización estatal contra la letra de la Constitución. Cabe estudiar este notable fen meno con total claridad cuando se crean ex novo l s Constituciones, porque no hay previsión humana capaz de determinar la formación real de nuevas instituciones que non han sido experimentadas. Muy a menudo la institución planeada sufrirá, em semejantes casos, sin cambio alguno de los textos legales afectados una transmutación posiblemente muy profunda, a causa de circunstancias previstas o imprevistas, y tal vez em seguida o al poco tiempo.”

²¹⁴ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Tradu o espanhola de Christian F rster, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 29

²¹⁵ JELLINEK. *loc.cit.*

Mendes demonstra claramente em seu voto a evolução da figura da “suspensão da lei inconstitucional pelo Senado” analisando a origem de tal procedimento bem como sua alteração pela doutrina constitucional chegando a colocar que atualmente, face à nova posição do controle de constitucionalidade bem como, devido ao novo papel do Supremo Tribunal Federal, no jogo político, houve o esvaziamento da figura da “suspensão” da lei inconstitucional pelo Senado Federal, retirando a lei do ordenamento jurídico nacional.

Corroborando sua posição ao trazer também em seu voto que, uma vez que a lei é declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, há que se considerar que juridicamente a mesma nunca existiu, sendo indiferente se houve ou não a suspensão pelo Senado, já que a lei inconstitucional não é capaz de produzir efeitos jurídicos.

Ambos argumentos levam a necessidade imperiosa de analisar-se o texto constitucional com outro significado que aquele inicialmente apreendido, uma vez que é preciso, segundo Mendes, de celeridade nos trabalhos do Poder Judiciário, bem como segurança jurídica. É irracional, segundo o Ministro, a necessidade de esperar-se pela boa vontade do Senado para retirar do ordenamento jurídico a lei declarada inconstitucional, sendo, inclusive, tal ato contraditório, já que lei inconstitucional é nula, não possuindo efeitos e não carecendo da manifestação solene do Senado.

Tal necessidade de alteração da compreensão da letra constitucional, que no caso em apresso é a possibilidade de a decisão do Supremo em ação incidental possuir efeito *erga omnes*, resulta em outra modalidade de Mutação Constitucional segundo Jellinek, conhecida por mutação por desuso, já exposta no capítulo anterior.

Observa-se que uma vez constatada por Mendes a necessidade de alteração da Constituição para que a própria decisão do Supremo Tribunal Federal possua efeitos gerais, seqüencialmente apresenta-se outra Mutação Constitucional, que é, a desnecessidade do Senado manifestar-se sobre o assunto, resultando no desuso do artigo 52, inciso X da Constituição.

Analisando a questão demonstra Mendes²¹⁶ em seu voto:

“Todavia, ao suspender o ato que teve a inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, não poderia aquela Alta Casa do Congresso revogar o ato anterior²¹⁷. Da mesma forma, o ato do Senado haveria de se ater à “extensão do julgado do Supremo Tribunal”²¹⁸, não tendo “competência para examinar o mérito da decisão (...), para interpretá-la, para ampliá-la ou restringi-la²¹⁹.” Vê-se, pois, que, tal como assentado no preclaro acórdão do Supremo Tribunal Federal, o ato do Senado tem o condão de outorgar eficácia ampla à decisão judicial, vinculativa, inicialmente, apenas para os litigantes.

Ressalte-se que a inércia do Senado não afeta a relação entre os Poderes, não se podendo vislumbrar qualquer violação constitucional na eventual recusa à pretendida extensão de efeitos. Evidentemente, se pretendesse outorgar efeito genérico à decisão do Supremo Tribunal, não precisaria o constituinte valer-se dessa fórmula complexa.

As conclusões assentadas acima parecem consentâneas com a natureza do instituto. O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto²⁴. Cuida-se de ato político que empresta eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ausência de disciplina sobre a matéria contribuiu para que o Supremo Tribunal se ocupasse do tema, especialmente no que dizia respeito aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato (representação de inconstitucionalidade). Nessa hipótese, o Tribunal deveria ou não comunicar a declaração de inconstitucionalidade ao Senado, para os fins do art. 64 da Constituição de 1946 (modificado pela Emenda n. 16/65)?

Em 1970, o Tribunal começou a debater o tema, tendo firmado posição, em 1977, quanto à dispensabilidade de intervenção do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida na representação de inconstitucionalidade (controle abstrato)²⁸. Passou-se, assim, a atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato,

²¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. In Supremo Tribunal Federal. Voto na Reclamação 4.335-5/AC p. 22

²¹⁷ Nesse sentido, v. votos proferidos pelos Ministros Gonçalves de Oliveira e Cândido Motta Filho, RTJ 38, n. 1, p. 26.

²¹⁸ Voto do Ministro Victor Nunes Leal, MS 16.512, RTJ, 38, n. 1, p. 23.

²¹⁹ Voto do Ministro Pedro Chaves, MS 16.512, RTJ, 38, n. 1, p. 12.

procedendo-se à redução teleológica do disposto no art. 42, VII, da Constituição de 1967/69²²⁰.”

Seguindo em seu voto, conclui Mendes²²¹:

“A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica. Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta.”

Portanto, na linha de Jellinek, Mendes conclui que houve no caso em análise o esvaziamento da função do Senado, sendo hoje, somente figura histórica, o que resultou em desuso do artigo 52, inciso X da Constituição, operando aqui, Mutação Constitucional.

J a a linha do Voto do Ministro Eros Roberto Grau   diversa do Ministro Gilmar Mendes, sendo, contudo, muito mais rica na análise do fen meno da muta o constitucional, contribuindo em muito para o avanço da matéria.

Grau²²² sintetiza em seu voto os mais ardentes conflitos do direito e da vida humana, iniciando a problematiza o do mesmo com o dilema existente entre as duas forças que atuam sobre o direito, uma tendente   rigidez e outra   elasticidade, representando assim o conflito entre a certeza da liberdade individual burguesa e a necessidade da adapta o do devir social.

Na mesma linha que Pablo Lucas Verd ²²³ ao introduzir a obra, em sua versão espanhola, de Hs  Dau-Lin, Eros Grau afasta a idéia de que as tensões da Constitui o e da vida social seriam resolvidas de forma lógica pelo positivismo,

²²⁰ Cf. Parecer do Min. Moreira Alves no Processo Administrativo 4.477-72, cit. p.3123/3124.

²²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *In* Supremo Tribunal Federal. Voto na Reclama o 4.335-5/AC p. 25

²²² GRAU, Eros Roberto. *In* Supremo Tribunal Federal. Voto na Reclama o 4.335-5/AC p. 02

²²³ DAU-LIN, Hs . *Mutación de La Constitución*. Tradu o espanhola de Christian F rster e Pablo Lucas Verdú. Bilbao: IVAP, 1998, p.68

esquecendo que o Estado é uma realidade vital. Grau traz em seu voto a necessidade de complementação do texto da lei pela realidade social:

“Aqui a segunda oposição, agora entre a dimensão legislativa e a dimensão normativa do direito. Uma, no processo legislativo; outra, no processo de produção normativa [= produção da norma, pelo intérprete]. Da mesma forma, tratando-se da Constituição, a oposição se dará entre uma dimensão constitucional textual e sua dimensão constitucional normativa. Mas esses dois momentos --- o momento do texto e o momento da norma --- não são expressivos de uma cisão na dinâmica jurídica, como se ela fosse divisível, como se a pudéssemos partir em distintos pedaços. Pois é certo que o texto é desdobrado, pelo intérprete, no momento da interpretação, de modo que o processo que o direito é, enquanto totalidade, aí não se interrompa; esse processo aí se completa²²⁴.”

O voto reconhece que além do texto da lei, existe uma realidade vital, que seria o Estado em permanente evolução. Com isso, o Estado não está submetido integralmente ao texto da Constituição, permitindo a existência de um espaço o qual a Constituição não alcança, surgindo então, tensão entre a necessidade de produção da norma e o texto da lei. Essa tensão entre o texto da lei e a inovação social acarreta, então, em Mutação Constitucional, como lecionou Hsü Dau-Lin²²⁵, como visto no capítulo anterior:

²²⁴ GRAU, Eros Roberto. In Supremo Tribunal Federal. Voto na Reclamação 4.335-5/AC p. 02

²²⁵ *“Esta realidad vital, sin embargo, condiciona a su vez una posibilidad y una necesidad de transformar el Estado y sus instituciones: <<crecimiento y caída son condiciones necesarias de la vida de las instituciones así como de los organismos individuales>> (BRYCE, American Commonwealth, I, pág. 362). La doctrina de la evolución créatrice de BERGSON ha ampliado, y profundizado, mucho nuestro entendimiento de este fenómeno. También la doctrina de la <<transformation de l’ordre social établi>> de HAURIUO ES muy valiosa para nuestra contemplación. Según El son tres las fuerzas que sirven de base para la <<la transformación: la vida y su creación renovadora; las pasiones humanas y el sentimiento de la justicia; estas tres fuerzas reunidas derrotan a las fuerzas conservadoras más o menos directamente, más o menos con brusquedad. Tan pronto se da una evolución simple como se produce una revolución, siempre hay un cambio>> (Précis de droit constitutionnel, págs. 69 e ss.). Naturalmente la necesidad de transformar el Estado también es determinante para su Constitución, para la regulación jurídica de su forma de existir: los avances de la ciencia y de la técnica, la superación de las distancias temporales y espaciales, las transformaciones producidas en concepciones culturales y estimativas, en una palabra, el progreso moderno de la humanidad plantea siempre a la Constitución una misión que cumplir: la Constitución como <<expresión de un derecho que progresa merced al impulso de la voluntad colectiva>> (BORGEAUD, Etablissement, pág. 53), há de adaptarse a la realidad de la vida estatal em progreso, aunque se configure mediante normas rígidas y fijas.” in DAU-LIN, Hsü. Mutación de La Constitución. Tradução espanhola de Christian Förster e Pablo Lucas Verdú. Bilbao: IVAP, 1998, p.162 et seq.*

Avançando na posição de Gilmar Mendes que somente reconhece Mutação Constitucional para alguns casos específicos, Eros Grau, amplia o conceito de conflito justificando que o dinamismo do direito atual é decorrente do crescente conflito de interesses individuais em choque perante o Poder Judiciário, o que representa que a luta de classes trazidas por Marx, saiu do campo político social e está migrando para dentro do Judiciário.

Aduz, ainda, que o Judiciário deve adaptar-se para transformar a luta de classes em regras do jogo, permitindo que as partes confrontem somente seus particularismos, trazendo novamente outra árdua questão: Quais os limites dessas transformações? Para responder a questão, o voto²²⁶ invoca Jean Pierre-Vernant:

“Passo do texto do mito ao texto normativo para verificar que a este se amolda o quanto JEAN-PIERRE VERNANT afirmou a propósito do primeiro: o texto normativo obedece a limitações coletivas bastante estritas nas variações às quais se presta ao ser transformado em norma; ainda quando operem o que chamamos de mudança de jurisprudência, os intérpretes autênticos não estão livres para modificá-lo, o texto normativo, à vontade, reescrevendo-o a seu bel prazer; o intérprete inscreve-se na tradição do texto --- quer se amolde a ela com exatidão, quer se afaste dela em algum ponto, para atualizá-lo, o texto, é sustentado por ela, apóia-se nela e deve referir-se a ela, pelo menos implicitamente, se quiser que sua narrativa seja entendida pelo público; o intérprete há de construir a norma respeitando a coerência interna do texto, sujeito a uma série de associações, oposições e homologias que conferem sentido ao texto, de modo que, em verdade, não inventa a norma. Permito-me repetir o que afirmei em outra oportunidade, para dizer que a norma encontra-se em estado de potência involuagrada no texto; o intérprete a desnuda. Nesse sentido --- isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado --- é que afirmo que o intérprete “produz a norma”. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o deve manter como referência da norma que constitui. Dimensão legislativa e dimensão normativa do fenômeno jurídico, qual observei inicialmente, compõem um só processo, o processo que o direito é enquanto dinamismo. Nele se hão de harmonizar as duas forças a que refere PAOLO GROSSI, uma tendente à rigidez [a rigidez do texto], outra, à elasticidade [a criatividade da interpretação]. Tudo andar bem, harmonicamente, se a coerência interna do texto normativo for observada na sua necessária atualização à realidade.”

²²⁶ GRAU, Eros Roberto. *In* Supremo Tribunal Federal. Voto na Reclamação 4.335-5/AC. p. 05.

A partir desse entendimento, Eros Grau defende que o papel do Judiciário é captar essas transformações sociais e transformá-las em linguagem jurídica para que possam ser cumpridas e exigidas, trazendo as alterações sociais do campo meramente fático para o campo técnico-jurídico, transformando o texto em outro texto, compatível com a realidade, porém, vinculado com a tradição já existente.

Conclui seu voto utilizando-se da classificação de Hsü Dau-Lin de que o texto do artigo 52, X da Constituição é obsoleto, pois, pelo novo controle de constitucionalidade, ambos os tipos, difuso e concentrado, possuem as mesmas características, qual seja, a capacidade do Supremo Tribunal Federal de declarar efeito *erga omnes* para as suas decisões, não necessitando da intervenção do Senado, a qual teria apenas a função de dar publicidade à decisão do Supremo. Note-se, aliás, essa nova função seria compatível com a redação original do artigo 52, X da Constituição, não ferindo assim, a tradição.

Com isso, Eros Grau em seu voto se mantém fiel ao pensamento mais apurado sobre Mutação Constitucional, o qual a entende como um mecanismo de adequação do sistema constitucional, corrigindo contradições entre o texto da lei e a realidade social causada pelo constante avanço da sociedade.

Na mesma linha de Eros Grau e Hsü Dau-Lin, encontramos no Brasil Milton Campos²²⁷, o qual trazia a idéia de que a Mutação Constitucional faz parte do direito constitucional, implicando, que a realidade constitucional também é direito; vivo e pulsante.

A tecnicidade e clareza de ambos os votos citados na Reclamação 4.335-5/AC, fazendo remiões à diversos autores analisados na revisão bibliográfica, é suficiente para demonstrar a ocorrência da Mutação Constitucional no art. 52, X da Constituição Federal.

²²⁷ CAMPOS, Milton. Constituição e Realidade. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 187, p. 19/22, jan./fev. 1960. p. 18.

A mudança social a ensejar a Mutação Constitucional no caso em análise   a nova correla o de forças entre os Poderes da República, mudando o poder de retirar a eficácia geral de uma norma do Senado para o Supremo Tribunal Federal, sem que com isso, alterasse a reda o seja do art. 2  seja do art. 52, X da Constitui o Federal.

Ou seja, os Poderes permaneceram harmônicos e independentes entre si, porém, o Senado perdeu para o Supremo Tribunal Federal, a capacidade de retirar a eficácia geral da norma inconstitucional declarada via controle difuso, restando o Senado, somente com a capacidade de dar publicidade a perda de eficácia e retir -lo formalmente do ordenamento jurídico, motivo pelo qual, a reda o do art. 52, X da Constitui o continua valendo, porém, como novo entendimento.

Por tal motivo, concluímos que houve uma Muta o Constitucional no art. 52, X da Constitui o Federal, operado exclusivamente dentro do Supremo Tribunal Federal, já que, houve uma adapta o do texto constitucional   nova realidade política que aumentou os poderes da Corte Suprema.

4.4.3 Fidelidade Partidária

As pol micas que giram ao redor da Fidelidade Partidária remontam as origens do Mandato Político. Inicialmente, antes da Revolu o Francesa o Mandato Político possuía natureza imperativa, isto  , o eleito ficava vinculado aos interesses dos seus eleitores, devendo, necessariamente, votar segundo os interesses desse grupo, sob pena de revoga o de seu mandato.

Com o desenvolvimento do conceito de republicanismo, que levou ao surgimento dos partidos políticos nos moldes atuais, cria-se o pluripartidarismo onde vários grupos reunidos em grupos políticos, disputam o controle político da sociedade, através de regras eleitorais pré-estabelecidas.

Dentro da filosofia liberal burguesa, o Mandato Político de imperativo, se transforma em representativo, já que, a partir de então o candidato eleito passa a representar não só seu eleitor, mas toda a sociedade, porém, respeitando a consciência individual de cada candidato eleito. A partir desse conceito a Constituição de 1988, bem como as anteriores, adotaram o Mandato Representativo, o qual, cria uma situação social onde o candidato eleito possui liberdade de consciência e ação, não ficando vinculado os seus eleitores, implicando que não existe uma Fidelidade Partidária absoluta. Assim também é a lição de Clèmerson Merlin Clève²²⁸:

“É preciso enfatizar que, a despeito de a Constituição admitir o instituto da fidelidade partidária, nem por isso a natureza do mandato parlamentar sofreu radical deslocamento de significação. O país continua não adotando a figura do mandato imperativo. Deveras, nos termos da Constituição de 1988, como aliás, das anteriores, a democracia brasileira, ao lado das técnicas de participação direta da cidadania, erige-se a partir do conceito de mandato representativo (ainda que mitigado pela exigência da fidelidade). Ora, como preleciona José Afonso da Silva: “... o mandato se diz político-representativo porque constitui uma situação jurídico-política com base na qual alguém, designado por via eleitoral, desempenha uma função política na democracia representativa. É denominado mandato representativo para distinguir-se do mandato de direito privado e do mandato imperativo. O primeiro é um contrato pelo qual o outorgante confere ao outorgado poderes para representá-lo em algum negócio jurídico, praticando atos em seu nome, nos termos do respectivo instrumento (procuração); nele o mandatário fica vinculado ao mandante, tendo que prestar contas a este, e será responsável pelos excessos que cometer no seu exercício, podendo ser revogado quando o mandante assim o desejar. O mandato imperativo vigorou antes da Revolução Francesa, de acordo com o qual seu titular ficava vinculado a seus eleitores, cujas instruções teria que seguir nas assembleias parlamentares; se aí surgisse fato novo, para o qual não dispusesse de instrução, ficaria obrigado a obtê-la dos eleitores antes de agir; estes poderiam cassar-lhe a representação. Aí o princípio da revogabilidade do mandato imperativo. O mandato representativo é criação do Estado liberal burguês, ainda como um dos meios de manter distintos Estado e sociedade (...). Segundo a teoria da representação política, que se concretiza no mandato, o representante não fica vinculado aos representados, por não se tratar

²²⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade Partidária – Estudo de Caso*. Curitiba: Juruá. 2005. p. 27 et seq.

de uma relação contratual; é geral, livre, irrevogável em princípio, e não comporta ratificação dos atos do mandatário.” No Brasil, portanto, é possível afirmar que o exercício do mandato decorre dos poderes conferidos pela Constituição, capazes de garantir a autonomia do representante que vai sujeitar-se, em princípio, apenas aos ditames de sua consciência. Daí porque o partido não pode dispor livremente sobre o mandato.”

Não existindo a figura do Mandato Imperativo no Brasil, não há que se falar na existência na realidade social de uma Fidelidade Partidária estrita, podendo o eleito, alterar sua orientação político partidária mesmo após sua eleição por determinada agremiação, já que, não obstante sua liberdade de consciência que permite a mudança ideológica, existe uma estrutura social de pluripartidarismo, com a existência de diversas agremiações políticas com orientações diferentes.

Deste modo, a Constituição Federal de 1988 não adotou a Fidelidade Partidária estrita, resultando que, eventuais punições pela infidelidade de parlamentares foi reservado ao campo de atuação interno dos partidos políticos, como se vislumbra do art. 17²²⁹, § 1º da Constituição Federal. O art. 17, § 1º da Constituição Federal é claro em demonstrar que o constituinte delegou para os Partidos Políticos, decidirem de forma *interna corporis* o exercício do Mandato Político-Representativo de seus membros eleitos.

Portanto, conclui-se que Fidelidade Partidária no Brasil diz respeito ao cumprimento ou não da plataforma eleitoral e dogmas partidários e não à mudança de agremiação, como se interpreta do art. 17, § 1º da Constituição Federal.

Por tal motivo, o constituinte não trouxe no rol taxativo do art. 55²³⁰ da Constituição Federal a hipótese de Perda de Mandato por troca de partido político no curso de mandato.

²²⁹ Art. 17 É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes princípios:

§ 1º É assegurado aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.

²³⁰ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

Existindo Liberdade de Crença e Opinião Política assegurados na Constituição (art. 5º, VIII) e, baseando a estrutura do Estado Democrático em uma estrutura plural, composta de diversos partidos políticos, com diversas orientações político filosóficas, o candidato eleito pode mudar de agremiação política no curso de seu mandato, vez que, o Mandato é Representativo e não Imperativo.

A Decisão Política Fundamental de restringir a Fidelidade Partidária a uma questão *interna corporis* pelo constituinte de 1988 é acertada, pois, segue a evolução histórica. Historicamente vemos cada vez mais o aumento do número de ideologias políticas, bem como, o acesso da população a essas ideologias, o que faz com que cada vez mais exista um número maior de agremiações políticas com ideologias diversas, obrigando os parlamentares a cada vez mais se aprofundarem nas diversas ideologias existentes, resultando que muitas vezes tenham que mudar de agremiação política. Karl Loewenstein²³¹ sintetiza bem o surgimento de novas ideologias políticas e o acesso das massas a essas novas ideologias:

“Sin embargo, desde el Renacimiento y la Reforma el ritmo de la difusión de las ideologías se ha acelerado enormemente. La invención de imprenta, que permitió la popularización del saber y de la educación, abrió las puertas a las ideologías no conformistas y revolucionarias, tanto en materia religiosa como secular. La Ilustración les otorgó un carácter supranacional. Los principales medios de transformación fueron, en primer lugar, los intelectuales, y

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º. [\(Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 6, de 1994\)](#)

²³¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel. 1970. p. 413.

después los partidos políticos. Sólo los partidos políticos pudieron movilizar a las masas e integrarlas en el proceso político.”

A partir da penetração das diversas ideologias políticas nos diversos rincões nacionais, atingindo toda a massa populacional, papel este muito bem desenvolvido pela imprensa, faz que surjam diversos novos mecanismos de pressão popular, fazendo com que o parlamentar tenha que se adaptar à nova realidade social. Atualmente com o advento da *internet* e a penetração social da TV e rádio, as alterações e mudanças políticas bruscas ocorrem de forma rápida e num período de tempo muito menor que os quatro anos do mandato.

Portanto, acertou a Constituição Federal de 1988 ao preservar a Liberdade de Consciência Política do Cidadão, mormente num quadro de pluralismo político e rápida evolução social, ao não adotar a Fidelidade Partidária Estrita, a qual permite a perda do Mandato Eletivo por mudança de Partido Político.

Por sua vez, o Partido da Frente Liberal (PFL), hoje denominado Democratas (DEMO), através da consulta 1.398 feita ao Tribunal Superior Eleitoral, indagou se os partidos e coligações têm direito a preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando houver pedido de cancelamento de filiação ou transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda, vindo o Tribunal Superior Eleitoral a responder afirmativamente à indagação formulada.

A linha principal de fundamentação é de que o candidato obrigatoriamente se utiliza da estrutura do partido político para eleger-se, motivo pelo qual os votos pertencem ao partido e não ao candidato. Por tal motivo, o candidato eleito, ao cancelar sua filiação ou, mudar de partido político, deve deixar o cargo para o qual foi eleito já que, o cargo pertence ao partido.

Entretanto, não há no texto da Constituição Federal, a hipótese de perda de mandato eletivo àquele de cancelar sua filiação ou trocar de legenda. Em que pese a Constituição Federal trazer em seu texto alguns pontos sobre a Fidelidade Partidária, os quais até poderiam levar à dúvida sobre a quem pertence o

cargo, em caso de ocorrência de mudança de partido, não foi prevista a consequência da perda do cargo.

Isto é, mesmo que a vaga pertença ao partido ou coligação, o que está errado como abaixo se demonstrará, o texto Constitucional não permite a decretação da perda do mandato eletivo.

Não bastasse o julgamento da Consulta 1.398/DF ocorrida em 27/03/2008, o Tribunal Superior Eleitoral, em 25/10/2008 edita a Resolução 22.610/07 estipulando as regras para a Decretação de Perda de Cargo Eletivo para aqueles parlamentares que mudaram de legenda política a partir de 27/03/2008.

Com isso, o Tribunal Superior Eleitoral, a partir de uma constatação social equivocada, cria regra de direito constitucional, indo além do texto constitucional. Seria isto uma Mutação Constitucional ou uma Mutação Inconstitucional? O exemplo é bom, pois permite analisar tanto o aspecto da mutação da realidade social como da constitucionalidade dessa mudança.

O primeiro ponto a ser analisado é se houve a mudança social alegada pelos ministros do Tribunal Superior Eleitoral. Adiantando a resposta, esta é não. Como já exposto acima, é princípio nuclear do republicanismo, que teve sua ascensão após a Revolução Francesa, o pluralismo político, característica esta adotada pelo Brasil através do art. 1º, V²³² da Constituição Federal.

Somando a questão do pluralismo político ao individualismo liberal-burguês, o qual é baseado no racionalismo individual de validade universal, cria-se a situação política partidária atual, qual seja, uma situação onde existem inúmeros partidos políticos representando as mais diversas facções políticas e, ao mesmo tempo, respeita-se a decisão política pessoal de cada cidadão, dentre eles, a de mudar sua orientação político-partidária.

²³² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
V – o pluralismo político.

Some-se a isso, o fato do republicanismo²³³ adotar como válido o Mandato Representativo, resultando que o candidato eleito não é vinculado aos seus eleitores, representando em verdade todos os cidadãos. Representando a totalidade dos cidadãos e, possuindo liberdade de consciência, o candidato eleito pode mudar de legenda partidária, não pertencendo o cargo eletivo ao partido ou coligação com decidiu o Tribunal Superior Eleitoral.

É fato notório que constantemente, dentro desse quadro social, os parlamentares mudam de partido político conforme as conjunturas políticas de momento, motivo pelo qual, conclui-se que, a decisão do Tribunal Superior Eleitoral sobre a existência de fidelidade partidária ou mesmo clamor social por esta, é contrária a realidade social. Portanto, não houve mutação na realidade social.

Com isso, o conceito de Fidelidade Partidária adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral vai além do previsto no texto da Constituição Federal, constituindo em verdade Quebra Constitucional, pois, o ato interpretativo ultrapassa os limites do texto constitucional, tornando tal ato, inconstitucional.

A interpretação constitucional não pode mudar a Constituição ou a realidade social como faz a Resolução 22.610/07. A lição de José Afonso da Silva²³⁴ é clara nesse sentido:

“A interpretação constitucional, como tal, não pode mudar a Constituição, só por si. A interpretação jurídica, em qualquer de suas formas, é o modo de compreensão, que é uma modalidade de conhecimento. Compreender, adverte Cossio, é conhecer algo em seu ser quando esse ser é ser um sentido, e interpretar é compreender o objeto cultural já criado. A interpretação é, assim, um conhecimento cultural, o que, em última análise, significa que a interpretação é um problema da teoria do conhecimento, aplicada

²³³ O conceito de republicanismo adotado aqui é o defendido por Walber de Moura Agra, para quem: “O conceito de Republicanismo dever ser estruturado com base em um radical comum que o caracteriza. De forma bastante concisa, podemos elencar as suas principais características: a) negação de qualquer tipo de dominação, seja através de relações de escravidão, de relações feudais ou assalariada; b) defesa e difusão das virtudes cívicas; c) estabelecimento de um Estado de direito; d) construção de uma democracia participativa; e) incentivo ao autogoverno dos cidadãos; f) implementação de políticas que atenuem a desigualdade social, através da efetivação da isonomia substancial.” In AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Do Advogado. 2005. p. 16.

²³⁴ SILVA, José Afonso da. *Mutações Constitucionais*. In Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 291.

aos bens culturais, como é o Direito. Isso quer dizer que a interpretação busca conhecer o objeto do conhecimento, tal como se apresenta, ou seja, sem modificá-lo.”

Sendo politicamente pluralista, o Estado deve garantir o direito do cidadão de livremente mudar de orientação política e não restringir esse direito fundamental, como o faz a Resolução 22.610/07 do Tribunal Superior Eleitoral. Em verdade dos fatos, a Resolução Tribunal Superior Eleitoral coage o parlamentar a permanecer seguindo orientação política a qual não mais acredita, sob pena de perder o cargo ao qual foi democraticamente eleito. Novamente nos valem das lições do Prof. Clèmerson Clève²³⁵ para demonstrar que a Fidelidade Partidária não tem condão de ameaçar os cidadãos como faz a Resolução 22.610/07:

“Duas conclusões podem ser extraídas deste fato. A um, os partidos devem valer-se do instituto da fidelidade partidária de maneira moderada. A utilização desmedida do instituto fere a Constituição compreendida sistematicamente. A dois, não pode o instituto da fidelidade servir de amparo à agressão dos direitos fundamentais do parlamentar, especialmente a liberdade de consciência.”

A Resolução 22.610/07, *data máxima vênia*, vai na contra-mão da história e da Constituição, ferindo principio basilar da democracia e do Estado. A adaptação constitucional pretendida pelo Tribunal Superior Eleitoral vai além do limite imposto às Mutações Constitucionais, qual seja, o próprio texto da Lei.

Não prevendo o texto da Constituição a possibilidade de decretação de perda de mandato eletivo pela Justiça Eleitoral por troca de partido político, jamais poderá uma Resolução Pretoriana criar tal possibilidade de punição, especialmente quando a Resolução contraria o texto constitucional e séculos de história política da sociedade. Bem leciona Anna Cândida da Cunha Ferraz²³⁶:

“Mas o caminho aberto às adaptações constitucionais não deve servir de veículo para violações constitucionais, pretendidas ou não, intencionais ou não.

²³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade Partidária – Estudo de Caso*. Curitiba: Juruá. 2005. p. 30.

²³⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad. 1986. p. 250.

Essas violações devem ser repelidas, acentua com propriedade Meirelles Teixeira “venham de onde vierem – seja uma prática constitucional viciosa e sem apoio da opinião pública, seja uma lei ordinária capciosa, de fins escusos, bem ou mal disfarçados, ou mesmo de uma não aplicação que constitua atentado ou desrespeito às expressas finalidades constitucionais.”

Portanto, o caminho seguido pelo Tribunal Superior Eleitoral não pode ser aceito, devendo a Resolução ser julgada inconstitucional, já que, como demonstrado trata-se de Mutação Inconstitucional ou mesmo, Quebra Constitucional já que extrapola os limites do texto constitucional e da própria normatividade da Constituição. Há que ser trazido aqui trecho do voto do Ministro Eros Roberto Grau²³⁷ no Mandado de Segurança julgado no Supremo Tribunal Federal o qual analisou a constitucionalidade da decisão do Tribunal Superior Eleitoral:

“Eu pergunto, desafiadoramente: onde está escrito, na Constituição ou em lei, que o cancelamento de filiação partidária ou a transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda consubstancia renúncia tácita? A assertiva de que no caso haveria renúncia pretende permissa venia mascarar a criação de uma hipótese de perda de mandato não admitida pela Constituição.” (...) “Não há oposição, neste sentido, entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, de modo a justificar que o Supremo Tribunal Federal --- menos ainda o TSE --- exorbite da função jurisdicional para emendar a Constituição, reformando-a. Mais, consta que o Poder Legislativo vem atuando em direção à implantação de uma reforma política, no bojo da qual o item da fidelidade partidária compõe-se entre os temas prioritários. Por isso mesmo a usurpação, pelo Poder Judiciário, de função do Poder Constituinte derivado já em si consubstancia “quebra constitucional” (Verfassungsdurchbrechung). E tanto mais grave seria isso quanto se observe que o Supremo Tribunal Federal há de ocupar-se precisamente com a guarda e a defesa da Constituição.”

A única possibilidade para se alcançar o fim pretendido pela Resolução 22.610/07 é a reforma formal da Constituição, através do devido processo legislativo, decorrente do Poder Constituinte Derivado, o qual é composto pelos membros do Congresso Nacional e não pelos Ministros do Tribunal Superior Eleitoral.

²³⁷ GRAU, Eros Roberto *in* Supremo Tribunal Federal. Voto no Mandado de Segurança 26.602/DF. p. 07.

Com isso deveria existir uma Proposta de Emenda à Constituição com intuito de incluir a possibilidade de perda do cargo eletivo em caso de troca de partido político no art. 55 da Constituição Federal, bem como, a revogação parcial do art. 17, § 1º da Constituição Federal.

De outra banda, em que pese o Poder Normativo da Justiça Eleitoral, a Resolução 22.610/07 fere uma série de outros dispositivos constitucionais, acabando também, por invadir campo privativo do Poder Legislativo, infringindo o art. 2º²³⁸ da Constituição Federal.

Isto porque, o *caput* do artigo 22 c/c inciso primeiro do mesmo artigo da Constituição Federal, determina que a matéria eleitoral será legislada. A interpretação da existência do termo “legislar sobre” no *caput* do art. 22²³⁹ da

²³⁸ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

²³⁹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

- I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
- II - desapropriação;
- III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;
- IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;
- V - serviço postal;
- VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;
- VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;
- VIII - comércio exterior e interestadual;
- IX - diretrizes da política nacional de transportes;
- X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;
- XI - trânsito e transporte;
- XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;
- XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;
- XIV - populações indígenas;
- XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;
- XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;
- XVII - organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes;
- XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;
- XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;
- XX - sistemas de consórcios e sorteios;
- XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;
- XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;
- XXIII - seguridade social;
- XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;
- XXV - registros públicos;
- XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza;
- XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

Constituição Federal, implica que sobre as matérias elencadas nos incisos do mesmo artigo constitucional deverá existir o devido processo legislativo, o qual é privativo do Poder Legislativo.

Assim, não pode o Tribunal Superior Eleitoral legislar sobre matéria eleitoral, no caso em tela, a Perda de Mandato por mudança de partido político e, mais grave ainda, o que extrapola qualquer poder de interpretação, sobre matéria processual. Não pode o Tribunal Superior Eleitoral criar regras próprias de processo para determinado tipo de ação, ainda mais por resolução pretoriana. A Constituição é o limite!

Toda a argumentação foi trazida para confirmar que não existe previsão na Constituição para perda de mandato eletivo por mudança de partido. Colacionamos aos autos reportagem sobre o pensamento do Ministro Eros Roberto Grau sobre a Fidelidade Partidária²⁴⁰:

“O Supremo Tribunal Federal cometeu um erro grave, em 2007, e abriu precedente perigoso ao impor a fidelidade partidária, na opinião do ministro Eros Grau, que não poupa críticas ao tribunal que trabalha. Voto vencido no julgamento, ele não se conforma com o resultado. “O Supremo foi além do que diz a Constituição. Se avança para atender o clamor social hoje, amanhã poderá afrontar direitos”, crítica. E mais: “Se o ministro vai além do que diz a Constituição, vira constituinte.” Ele afirma que em nenhuma democracia do mundo o político perde o mandato por esse motivo. E com a decisão, no Brasil, o político cassado não conseguirá se reeleger, de acordo com o ministro.” [grifo nosso]

Além disso, a Resolução 22.610/07 estipula punição do parlamentar que mudar de partido, motivo pelo qual deve ser definida como penal-eleitoral. Sendo penal-eleitoral, deve a Resolução sujeitar-se ao Princípio da Irretroatividade da Lei Punitiva, nos termos do art. 5º, XL da Constituição Federal, artigo o qual deve ser aplicado em conjunto com o art. 16 da Lei Maior.

XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;
XXIX - propaganda comercial.

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

²⁴⁰ FUNDAÇÃO ARMANDO ÁLVARES PENTEADO. *Anuário da Justiça 2008*. São Paulo: FAAP. 2008. p. 47.

In casu, a Resolução 22.610/07, publicada em 25 de outubro de 2007, retroagiu seus efeitos à 27 de março de 2007, bem como, entrou em vigor na data de sua Publicação, não respeitando o Princípio da Anualidade previsto no art. 16²⁴¹ da Constituição Federal.

Não bastasse a infração aos arts. 5º, XL e 16 da CF, que por si só ensejariam a inconstitucionalidade da Resolução 22.610/07, o ato infrativo fere direito adquirido da ré, ocorrendo também infração ao art. 5º, XXXVI da CF. Como pode a ré ser eleita sob a égide uma norma regulamentadora e no curso do mandato a norma muda radicalmente com efeitos retroativos?

A Resolução 22.610/07, com a devida vênia, atenta contra a estrutura do Estado e tenta abolir a Constituição Federal, como ensina Pedro de Vega²⁴²:

“Si la existencia de la Constitución depende de la garantía de los derechos y del establecimiento de la división de poderes, quiere decirse que cualquier reforma atentatoria contra alguno de esos dos principios tendría que interpretarse, necesariamente, no como una modificación del ordenamiento constitucional, sino como una auténtica destrucción del mismo. Vinculada, por tanto, a la definición política de la Constitución elaborada por la burguesía, se desarrollaría la idea de que los derechos fundamentales y la división de poderes constituyen fronteras que, de ningún modo, el poder de revisión puede sobrepasar.”

A análise do presente caso concreto pretende demonstrar o exemplo negativo de Mutação Constitucional, isto é, a Mutação Inconstitucional. O caso da Fidelidade Partidária é rico pois demonstra não só o entendimento equivocado do Tribunal Superior Eleitoral em aceitar como válido mudança social inexistente, bem como, ao trazer os parâmetros dessa mudança, vai além do previsto no texto da Constituição e na própria normatividade do texto, incorrendo em verdadeira quebra constitucional.

²⁴¹ Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993](#))

²⁴² VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional Y La Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos. 1985. p. 268.

4.4.4 Outros exemplos de Mutação Constitucional

Existem inúmeros outros exemplos de Mutações Constitucionais no Brasil, os quais pelo seu elevado número não comportariam serem analisadas em uma dissertação de mestrado, bem como, implicaria na fuga do tema central que é analisar a influência da Economia nos processos de Mutação Constitucional.

A título de ilustração podemos elencar como demais casos de Mutação Constitucional os trazidos por José Afonso da Silva²⁴³ em seu artigo sobre Mutação Constitucional, dentre eles: a) a doutrina brasileira do *habeas corpus*²⁴⁴; b) criação do voto de liderança no congresso²⁴⁵; c) surgimento das bancadas representativas dos Estados²⁴⁶; d) papel legislativo das medidas provisórias²⁴⁷; dentre outros exemplos.

²⁴³ SILVA, José Afonso da. *Mutações Constitucionais*. In Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 279/298.

²⁴⁴ “O Judiciário brasileiro não é fértil em construção constitucional, nem esta é um procedimento cotidiano. Aqui, foi fértil a construção da chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*, estendendo-o à proteção dos direitos pessoais líquidos e certos quando ele se destinava, como se destina, a proteger a liberdade pessoal de locomoção. Dessa doutrina surgiu o mandado de segurança.” In SILVA, José Afonso da. *Mutações Constitucionais*. In Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 294.

²⁴⁵ “O surgimento do voto de liderança nas Casas Legislativas decorreu do esvaziamento do Congresso Nacional no regime militar, quando a função dos parlamentares consistia especialmente em obter nos Ministérios recursos para suas regiões. Sem número para votar, as decisões legislativas passaram a ser tomadas pelas lideranças presentes, que votavam, e votam, como se as respectivas bancadas estivessem decidindo. Tal prática contraria a regra constitucional segundo a qual as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros (art. 47 da Constituição), regra que já figurava nas Constituições anteriores.” In SILVA, José Afonso da. *Mutações Constitucionais*. In Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 296.

²⁴⁶ “Bancadas representativas dos Estados na Câmara dos Deputados: a Constituição declara que a Câmara dos Deputados se compõem de representantes do povo, e o Senado Federal de representantes dos Estados (arts. 45 e 46). Mas a prática vai transformando essa teoria de que os deputados são representantes de todo o povo do país. É nítido que se fala e se pratica a idéia de bancadas estaduais na Câmara dos Deputados representam os interesses de seus Estados em desacordo com aquelas previsões constitucionais.” In SILVA, José Afonso da. *Mutações Constitucionais*. In Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 296.

²⁴⁷ “Abuso das medidas provisórias: a produção de medidas provisórias sem observância de seus pressupostos revela prática contrária ao princípio de que ao Congresso Nacional cabe a função legislativa. Por meio das medidas provisórias, que constituem exceção em função da urgência, subverte-se esse princípio, na medida em que são expedidas, a critério do presidente da República sem os limites – relevância e urgência – previstos no art. 62 da Constituição, passando, com isso, a função legislativa praticamente e quase inteiramente a ser exercida pelo chefe do Poder Executivo. A

Também encontramos diversos exemplos no Direito Constitucional brasileiro em texto de Raul Machado Horta, para quem²⁴⁸:

“No Direito Constitucional Brasileiro, há casos raros, mas expressivos, de mutação constitucional. Na primeira República, o uso freqüente da intervenção federal, como instrumento de correção de decisões políticas adotadas no processo eleitoral nos Estados, afastou a intervenção da natureza excepcional com que ela estava contemplada na Constituição, identificada nos casos extremos de preservação do governo republicano, para tornar-se técnica de substituição da vontade estadual pela vontade presidencial, que primária sobre aquela, nos casos de eleições estaduais divergentes da política federal. No período republicano de 1946, duas manifestações, à margem do texto constitucional, têm as características de mutações constitucionais. A primeira, configurada em decisão política da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, adotada na via de Resoluções, promoveu o impedimento do Presidente da República, em novembro de 1955, dando ao caso de impedimento, para fins de substituição do Presidente da República (Const. Federal de 1946 – art. 79, § 1º), o alcance de destituição do cargo, sem abertura de processo de responsabilidade, como previa a Constituição. A mutação consistiu na substituição do impedimento, aplicável a situações eventuais, pela destituição, com afastamento definitivo, sem o processo da responsabilidade. A mutação o impedimento de exercício pela destituição do cargo pôs-se a serviço da inconstitucionalidade, se projetada a questão ao domínio da norma constitucional aplicável. Extraímos da Constituição de 1946 outro exemplo de mutação constitucional. Dispunha a Constituição que caberia ao Procurador Geral da República submeter ao Supremo Tribunal Federal o ato argüido de inconstitucionalidade, por ofensa aos princípios constitucionais, enunciados no art. 6º, VII da Constituição, e, se assim declarasse o Supremo, dando pela inconstitucionalidade, seria decretada a intervenção federal, por lei federal, no Estado que houvesse praticado o ato inconstitucional. Implantou-se, entretanto, na jurisprudência constitucional, o instituto da Representação de Inconstitucionalidade, por iniciativa o Procurador Geral da República, através do qual o Supremo reconhecia da inconstitucionalidade, bastando sua declaração, na

*reiteração das medidas provisórias não apreciadas agrava a violação dos princípios constitucionais. Os precedentes foram gerados devido à inércia do Congresso Nacional e à incúria do Poder Judiciário.” In SILVA, José Afonso da. *Mutações Constitucionais*. In Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 296.*

²⁴⁸ HORTA, Raul Machado. Permanência, Mutação e Mudança Constitucional. *in Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: TCEMG. Edição 02. Ano XVII. abr./jun. 1999. p. 03 et seq.

Representação ajuizada, para restabelecer a normalidade e dispensar a intervenção federal. A mutação operou-se na substituição da intervenção federal, que se tornou desnecessária, pela Representação de Inconstitucionalidade do Procurador Geral da República, sem emenda ou reforma, enquanto perdurou o texto originário da Constituição, mais tarde modificado pela Emenda Constitucional. n. 16 de 1965, introduzindo a Representação na Constituição.”

Como já colocado acima, existem inúmeros casos de Mutação Constitucional no Brasil, sendo os elencados acima, somente parte deles, reconhecidos pela notória doutrina de José Afonso da Silva e Raul Machado Horta.

Podemos trazer como exemplos atuais de Mutação Constitucional, a extensão do alcance do art. 8º do ADCT; a ampliação da Justiça do Trabalho para julgamento de acidentes de trabalho antes da Emenda Constitucional 45/04; a interposição de *Habeas Corpus* contra decisão do Colégio Recursal perante os Tribunais de Justiça estaduais e não mais perante o Supremo Tribunal Federal; dentre outros exemplos.

4.5 O USO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO PODER ECONÔMICO

Considerando tudo o que foi dito neste capítulo sobre a relação entre Economia e Direito, que estas se relacionam com influência mútua uma na outra (coordenação), principalmente após a nova configuração social do pós-guerra, tem no Poder Econômico um usuário da Mutação Constitucional. A forma como ocorre a relação entre Direito e Economia é propícia para a ocorrência da Mutação Constitucional, isto porque, a Economia influencia politicamente o Direito, forçando o Direito a alterar-se para propor uma nova regulamentação da Economia, com força vinculante que acabam por influenciar a Economia.

O caso concreto analisado da limitação constitucional dos juros é rico ao comprovar como ocorre a relação da Economia com o Direito e a influência sobre os mecanismos de Mutação Constitucional.

Existe um núcleo da Economia capitalista, intangível, que é a propriedade privada, a qual é estrutura dentro da própria Constituição e, protegida por esta. Em que pese a conquista de novos direitos sociais e difusos, os quais vem sendo incorporados aos poucos no texto constitucional (direito do trabalho, direito ambiental, direito do consumidor), o núcleo central da economia capitalista continua intocável e, cada vez mais protegido.

Curioso notar que as normas de regulam e protegem a propriedade privada são todas de eficácia plena, não existindo nenhuma norma de eficácia contida (programática) que regulamente questões econômicas, contando o Poder Econômico com todo o aparato repressivo do Estado (Polícia e Poder Judiciário) para garantir a manutenção da propriedade privada.

A relação de coordenação entre Economia e Direito par se manter estável necessita da existência de um equilíbrio de forças entre Economia e Direito, não podendo um ser preponderante ao outro, sob pena de não existir a coordenação de ações. Isto resulta que há a necessidade de um terceiro elemento capaz de equilibrar as duas forças, que no caso é elemento político

A política atua no controle da relação Direito e Economia, sendo que, atua para obrigar o Direito a mudar e, posteriormente retiram a eficácia social dessa mesma norma que ajudou a criar, dando início novamente ao ciclo de mudança. A tensão entre Direito e Economia é controlada pela política. A política é quem a funcionar como remédio nas divergências temporais entre Direito e Economia.

Dessa forma, uma pressão econômica que não tenha respaldo político na sociedade dificilmente influenciará o Direito a alterar-se e, no lado contrário da moeda, uma norma jurídica sem justificação política, não obterá força vinculante, porque esta é secundária da política, como bem observou Hsü Dau-Lin²⁴⁹.

²⁴⁹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998. p. 165.

Essa estrutura, que muito se aproxima do modelo dualista de Bruce Ackerman²⁵⁰, demonstra um movimento político original de criação das regras fundamentais de uma nação e, posteriormente um segundo momento, delegado aos representantes do povo, que é a execução das diretrizes fundantes do país. Para Fernanda Duarte, Francisco Moura, Josué Mastrodi e Rubens Tsubone²⁵¹ temos que:

“A idéia central é a de que uma constituição dualista busca distinguir entre duas espécies de decisão possíveis em uma democracia. As decisões do primeiro tipo são as de mais alto nível, de ocorrência rara e atribuíveis ao “We the People”; as do segundo tipo seriam as decisões normais que o governo estaria legitimado a tomar rotineiramente em nome do povo, mas sem sua participação efetiva.”

A questão tormentosa ocorre nas ocasiões em que o interesse político fundante, manifestado soberanamente, é divergente dos interesses da Economia capitalista. Isto é, o elemento político que regula a relação entre Economia e Direito se altera, passando a influenciar o Direito no sentido de alterar as bases da Economia capitalista.

O problema surge na reação do Poder Econômico a manifestação política soberana dos detentores do poder original, o povo. Aceitam ou possuem uma reação conservadora às mudanças implementadas?

A História responde não. Existem dois tipos de reação, o primeiro, que podemos considerar explícito, se dá através da força, isto é, golpes de estado, impedindo com que seja, implementando um governo que conduza as mudanças sociais deliberadas pelo povo soberano, podendo usar como exemplo os golpes de estado na América Latina após a segunda guerra a fim de evitar a ascensão dos socialistas e comunistas ao poder, golpe este que no Brasil ocorreu em 1964, ou seja, o Poder Econômico intervêm diretamente contra a decisão soberana do povo,

²⁵⁰ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano – Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p. 07.

²⁵¹ DUARTE, Fernanda; MOURA, Francisco; MASTRODI, Josué; TSUBONE, Rubens Takashi. Ainda há Supremacia do Judiciário? In DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (org.). *Teoria da Mudança Constitucional – Sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 77.

ou não reconhecendo a decisão soberana como legítima ou, simplesmente impondo uma nova decisão soberana contrária a anterior.

A segunda forma de reação conservadora do Poder Econômico é aceitar num primeiro momento a decisão soberana contrária aos seus interesses e, passando imediatamente a trabalhar para reformar essa decisão soberana, o que se ocorre através do domínio político do parlamento, reformando a decisão soberana através do controle político do poder delegado aos representantes do povo. Nessa segunda forma o Poder Econômico, tenta através de ações ordinárias favoráveis aos seu interesse, reformar a decisão política soberana alterando o contexto social e histórico para o povo altere sua decisão soberana, ou ainda, retirando eficácia da decisão soberana.

É na segunda forma de reação que entra a questão do uso da Mutação Constitucional pelo Poder Econômico, fato este, claramente demonstrado no exemplo da limitação constitucional dos juros. Isto é, na constituinte de 87/88 houve uma decisão soberana do povo de limitar o poder das instituições financeiras, as quais, com sua livre atuação no mercado, sufocavam o setor produtivo e os consumidores de serviços bancários.

Com isso, a Constituição de 1988 impôs soberanamente uma limitação ao Poder Econômico, principalmente o setor financeiro, o qual possuía (e ainda possui) grande poder político desde o golpe militar de 1964, ao estabelecer um limite máximo aos juros cobrados nos contratos bancários.

Impor limitação de lucro, principalmente ao setor que possui os melhores índices de lucratividade, é atacar diretamente um dos princípios basilares da Economia capitalista, qual seja, a livre atuação no mercado na busca do maior lucro possível. O capitalismo depende do lucro para manter sua expansão permanente. E o revogado artigo 192, § 3º da Constituição ousou dispor contrariamente a isso.

Com isso, no caso da limitação constitucional dos juros, o Poder Econômico, dominado pelo setor financeiro, aceitou num primeiro momento a

decisão soberana de limitar sua atuação, passando imediatamente a atuar no sentido de reformar a decisão soberana para derrubar a limitação dos juros. Num primeiro momento atuou no sentido de retirar eficácia da norma constitucional e, posteriormente, com o aumento do poder político, reformou formalmente (Emenda Constitucional 40) a decisão soberana através da atuação do poder constituído.

O que se pretende demonstrar aqui é que um dos meios de reação e preservação das bases do Poder Econômico é através dos processos de Mutação Constitucional, no qual, o Poder Econômico vai aos poucos alterando o significado de uma norma constitucional, sem contudo, necessitar de um processo formal de alteração do texto constitucional, para com isso, manter seus interesses atacados por uma decisão soberana.

Com isso, podemos concluir que, um dos meios do Poder Econômico manter se núcleo essencial²⁵², que está regulado e protegido na Constituição, contra qualquer alteração, mesmo que decorrente do poder soberano do povo, é através de Mutação Constitucional em específico da norma constitucional que infrinja o interesse econômico capitalista.

²⁵² No mesmo sentido temos a constatação de Marcelo Neves o qual chama de “concretização desconstitucionalizante” os processos de mudança da Constituição para impedir avanços sociais contidos na Carta Política, segundo ele: “*A concretização desconstitucionalizante, nos âmbitos das Constituições nominalistas dos países periféricos destacando-se o Brasil, atua no sentido de manutenção do status quo social. Serve à permanência das estruturas reais de poder em desacordo com o modelo textual de Constituição, cuja efetivação relevante importaria profundas transformações sociais. Em contraposição aos indícios de mudança expressos no texto constitucional, impõem-se relações de poder com pretensão de eternizarem-se, embora desestruturadas e desestruturantes do Estado como instituição. Indaga-se, então, qual o sentido da elaboração de textos constitucionais em tais circunstâncias*” In NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica da Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. vol. 132. p. 321/330. out./dez. 1996. p. 324.

5. CONCLUSÃO

A presente dissertação buscou responder se o Poder Econômico vem a se utilizar da Mutação Constitucional para a manutenção de seus interesses. A resposta encontrada foi sim, ficando caracterizado que o Poder Econômico possui dentre diversas possibilidades, o uso de Mutações Constitucionais para manter o núcleo central da economia capitalista, qual seja, a propriedade privada.

Analisamos para chegar a essa conclusão, toda a bibliografia sobre Mutação Constitucional disponível ao autor, desde o início da sociologia jurídica com Lassalle, para quem deve sempre haver uma equivalência da Constituição na vida real, sob pena, de em caso de não aceitação social, a Constituição se transformar em mera folha de papel, sem eficácia social alguma; passando por autores como Jellinek, o qual baseado em Paul Laband, é considerado o pai da Mutação Constitucional ao conseguir defini-la estabelecendo quais tipos de mutação constitucional existem; passando por Rudolf Smend o qual viria a ser professor de Hsü Dau-Lin, o maior teórico da Mutação Constitucional até hoje, sendo que Smend traz o conceito de integração da Constituição, ou seja, a Constituição é o local onde se integram diversas individualidades, fato este observado por Dau-Lin o qual veio colocar que dentro da Constituição também estão presentes os elementos de realidade política os quais acabam por controlar as Mutações Constitucionais. A partir de então é detectado por Hermann Heller a existência de uma disparidade entre a lei (norma) e a realidade a qual é a responsável por atribuir validade à lei, podendo assim, retirar sua normatividade. Também há que se registrar a revisão bibliográfica de Karl Loewenstein, o qual contribui com a tese sobre a existência de um sentido na Constituição, o qual, mudando, muda a Constituição via reforma ou Mutação. Terminando os autores estrangeiros temos Garcia Pelayo que retoma o texto de Hsü Dau-Lin e, Konrad Hesse, que foi um pioneiros em estabelecer limites à Mutação Constitucional, sem esquecer de Pedro de Vega o qual traz praticamente uma síntese sobre toda a Mutação Constitucional.

Após a revisão bibliográfica foi tentada a construção de uma Teoria da Mutação Constitucional as formas que esta ocorre, em especial através dos vários

tipos de interpretação do texto constitucional, o qual pode vir a alterar o significado da norma, sem contudo alterar o texto legal, valendo-se da ressalva que a interpretação, pelas suas características não cria direito novo, somente dá novos conceitos ao já existente, tendo assim, uma aplicação mais restrita na Mutação Constitucional do que em relação as outras formas de Mutação Constitucional. Analisamos ainda as Mutações Constitucionais por prática constitucional, ou seja, o desuso, hipótese na qual o conteúdo de uma norma constitucional é esvaziado, deixando de ser aplicado com o tempo; a prática política, envolvendo aqui uma gama de situações como a da necessidade política que leva à prática paralelas à Constituição, levando ao que Jellinek chama de Teoria do Fato Consumado, passando pelas convenções constitucionais. Também houve a análise do preenchimento de lacunas constitucionais como meio de Mutação Constitucional além da legislação ordinária alterando a Constituição. Por derradeiro, dentro desse capítulo foi trazido a análise dos limites da Mutação Constitucional, tendo por base a obra de Hesse que aduz que o limite é o próprio texto da lei e, a posição de Hsü Dau-Lin, adotada por este autor de que o limite é político, uma vez que, a realidade política de uma nação, está dentro de sua própria Constituição sendo esta realidade quem vai determinar como e quando ocorre a Mutação Constitucional, sendo analisada ainda, a relação do Controle de Constitucionalidade com as Mutações Constitucionais.

Observamos no capítulo final que há uma relação entre Direito e Economia que nem sempre é pacífica, possuindo tal relação pontos de tensão uma vez que ambas evoluem em tempos diferentes. Embora evolua em tempos diferentes, a relação entre Direito e Economia é de coordenação, já que a relação entre ambas é de influência recíproca, ou ainda, de mútua condicionalidade. Assim decorrendo a relação entre ambas, enquanto uma condiciona, a outra avança socialmente, possuindo assim disparidade de evolução, o que causa tensão entre as duas, tensão esta que é resolvida, caso ocorra no campo infra-constitucional, pela capacidade normativa de conjuntura, que em suma, é a capacidade do Poder Executivo em compor através de seu poder normativo pequenos choques de interesses. Entretanto, sendo a questão mais complexa e, envolvendo questão constitucional, há duas saídas, uma via reforma constitucional formal ou, via alteração constitucional informal, isto é, através da Mutação Constitucional.

Ainda dentro do capítulo final, são analisados três casos concretos sobre Mutações Constitucionais, demonstrando-se a forma como o Poder Econômico se utiliza das Mutações Constitucionais para atingir seus interesses nem sempre socialmente aceitos.

A intenção original é demonstrar que os processos de Mutações Constitucionais, ao contrário da doutrina majoritária ensina, de que são processos espontâneos que vão acontecendo de forma natural e difusa na sociedade, ao longo tempo, o processo de Mutações Constitucionais também pode ser manipulado e conduzido racionalmente, o que de fato, ocorre, principalmente quando há interesse do Poder Econômico envolvido.

Não se nega que processos difusos de lenta alteração social também conduzam a Mutações Constitucionais, porém, também existem as Mutações Constitucionais conduzidas por agentes políticos. Além disso, mesmo sendo difuso o processo de alteração social que resulte em uma Mutações Constitucionais, sempre haverá um agente político, que num determinado momento histórico dirá que houve Mutações Constitucionais em determinada norma constitucional.

Assim, algumas considerações finais sobre as Mutações Constitucionais são necessárias a fim de enfrentar alguns problemas surgidos durante as pesquisas para que o presente trabalho não se torne uma nau à deriva.

A primeira questão que surge é quem, decide se houve uma Mutações Constitucionais e, quando essa decisão é proferida.

Seguindo a proposta de Bruce Ackerman²⁵³ de que há dois momentos constitucionais distintos, um primeiro referente a fundação o qual delimita os poderes fundamentais da nação, exercido diretamente pelo povo soberano e, outro, um segundo momento, o qual cuida das decisões ordinárias, exercido pela

²⁵³ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano – Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p. 07.

burocracia e pelos representantes eleitos, os quais cuidam das decisões ordinárias e garantia das decisões fundamentais, estamos diante de um grande risco, lembrando aqui também que os momentos especiais de manifestação são baseados na transformação do direito pressuposto em direito posto.

Isto porque, será a burocracia estatal ou, os representantes eleitos, delegados, portanto, que decidirão se houve mudança social ou não, a qual é manifestação direta do poder originário. Se o Direito (direito posto) é a exteriorização de uma realidade social pré-existente (direito pressuposto), é o próprio povo, agente político da realidade social, quem deve dizer em última instância se houve Mutação Constitucional ou não e, se tal Mutação Constitucional está de acordo com seus interesses.

Nos casos estudados foi observada uma grande concentração de poder nas mãos do Judiciário, o qual, pela correlação de forç as política entre as instituições públicas, hoje,   quem fornece a última palavra sobre o que vem a ser a Constituição. Referido poder que hoje está nas mãos do Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, fica evidente nos casos estudados.

No caso da limitação legal dos juro, o Supremo Tribunal Federal, manipulado ou não, foi omissso na aplicação efetiva e imediata da limitação constitucional dos juro, sendo que, sua omissão, gerou uma modificação no significado e alcance do revogado art. 192,   3  da Constituição Federal, transformando o artigo de eficácia plena em norma de eficácia contida.

No segundo caso, da Mutação Constitucional do art. 52, X da Constituição Federal, observa-se uma auto extensão dos poderes do Poder Judiciário, qual seja, de retirar com eficácia *erga omnes* os efeitos de uma norma inconstitucional, alterando tanto a função do Senado Federal como do Supremo Tribunal Federal, concentrando ainda mais o poder nas mãos da Corte Suprema, como bem observou Dimitri Dimoulis em citada passagem²⁵⁴.

²⁵⁴ DIMOULIS, Dimitri. Onze teses sobre o Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum. vol. 02. p. 155/166. abr./jun. 2007. p. 161.

O terceiro caso analisado, embora não tenha obtido sucesso em promover uma Mutação Constitucional, vez que não houve mudana social nem o texto da Constituio permite a mudana proposta,   bom exemplo para demonstrar a concentrao de poderes nas mãos do Judiciário, o qual,   quem fornece a última palavra se houve ou não Mutao Constitucional. O Tribunal Superior Eleitoral, depois respaldado pelo Supremo Tribunal Federal, pretendeu impor um modelo de fidelidade partidária, o qual, no seu julgamento moral, era o correto para a nao, não se preocupando se a lei permitia aquela conclusão e se, aquela a prática social existente no momento histórico, ressalvados aqui os votos divergentes dos Ministros Eros Roberto Grau, no Supremo Tribunal Federal e, Marcelo Ribeiro, no Tribunal Superior Eleitoral, bem como, a manifestao do Procurador Geral da República, Antonio Fernando de Souza, em ambas as Cortes.

Martônio Mont'Alverne, observa com precisão a transferência de poder do povo para o Judiciário, em especial as Cortes Superiores, os quais, hoje, são detentores da última palavra sobre o que   a Constituio²⁵⁵:

“Já que uma constituio que tenha como característica a democracia   um documento elaborado pelo povo, só ele poderá modificá-lo ou substitui-lo. Ante a perspectiva de uma justia constitucional, valerá a máxima lembrada por Ingeborg Maus: “Nós temos uma constituio, mas a Corte Suprema nos diz o que a constituio  ”. Muito mais que isso: a prática de uma justia constitucional tutela o exercício da soberania popular, elemento permanentemente residente no poder do povo, como procuram sustentar os iluministas. Neste sentido , só se permite a prática daquilo que   previamente decidido por um tribunal constitucional. Trata-se , na verdade, de um poder constituinte usurpado do povo.”

Não se trata aqui de criticar as Mutaes Constitucionais, as quais são, necessárias, vez que são ponto de contado entre texto da Constituio e realidade social, sendo um meio de integrao das mudanas sociais, sendo em resumo, um mecanismo de racionalizao e atualizao do sistema jurídico.

²⁵⁵ LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Justia Constitucional e Democracia: Perspectivas para o Papel do Poder Judiciário. *Revista da Procuradoria Geral da República*. São Paulo: RT. vol. 08. p. 81/101. jan/jun. 1996. p. 94

O que se critica é como vem sendo decidido o que é ou não Mutação Constitucional. Há hoje uma concentração de poder no Supremo Tribunal Federal, o qual, tem o poder de dizer se houve ou não Mutação Constitucional, mesmo contra a vontade soberana do povo que de fato já realizou a Mutação ou ainda; e de forma mais grave, promove Mutações Constitucionais segundo seus julgamentos morais. O Poder Judiciário se tornou ao mesmo tempo fiscal da lei, legislador ordinário e constitucional²⁵⁶.

O Judiciário ao decidir o que é ou não Mutação Constitucional, ou ainda, utilizar-se dela para atingir objetivos que entende certo, promove decisões arbitrárias que não são provenientes do consenso social (ocorridas dentro do direito pressuposto), contrária a soberania popular, portanto. Ingeborg Maus, de forma bastante crítica, coloca que o Judiciário funciona hoje como o superego da sociedade²⁵⁷:

“A “excepcional personalidade de jurista” criada por uma “formação ética” atua como indício da existência de uma ordem de valores justa: “uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa”. Nesta fuga da complexidade por parte de uma sociedade na qual a objetividade dos valores está em questão não é difícil reconhecer o clássico modelo de transferência do superego. A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da “consciência” social na Justiça”

O processo de Mutação Constitucional deve sair da exclusividade de análise do Poder Judiciário, podendo ser reconhecidos pelos diversos agentes sociais, já que, sendo alteração social decorrente de manifestação soberana do

²⁵⁶ Martônio Mont’Alverne, constata o mesmo problema: *“Habermas expressa sua preocupação: ao interpretar as normas constitucionais, a justiça determina para a concretização de cada direito ou liberdade individual um valor a ser encontrado por ela própria. Advêm daí duas conseqüências. A primeira delas é que a justiça adquire a forma de um “legislador concorrente” do Legislativo. A segunda é o abandono da posição de defensora da constituição pela justiça, já que com a exclusividade da interpretação constitucional, a justiça se reveste de uma “instância autoritária” na medida em que é ela quem determinará os valores das normas, inclusive daquelas garantidoras dos direitos e liberdades.”* In LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. *Justiça Constitucional e Democracia: Perspectivas para o Papel do Poder Judiciário. Revista da Procuradoria Geral da República*. São Paulo: RT. vol. 08. p. 81/101. jan/jun. 1996. p. 97.

²⁵⁷ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisdicional na Sociedade Órfã*. Tradução Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo: CEBRAP. vol. 58. p. 83/102. ago./nov. 2000. p. 186.

povo, a qual, ao invés de ocorrer num determinado momento político, ocorre aos poucos, de forma difusa no tempo, como forma de racionalidade do sistema jurídico e da Constituição.

O Poder Judiciário também está submetido à Constituição e a soberania popular²⁵⁸, não podendo em momento algum vir a substituí-la como está a ocorrer nos atuais processos de Mutação Constitucional bem como em outros eventos como no Controle de Constitucionalidade e Interpretação Constitucional, transformando-se num super poder, como coloca Paulo Bonavides²⁵⁹:

“É controle criativo, substancialmente político. Sua caracterização se constitui no desespero dos publicistas que entendem reduzi-lo a uma feição puramente jurídica, feição inconciliável e incompatível com a natureza do objeto de que ele se ocupa, que p conteúdo da lei mesma, conteúdo fundado sobre valores, na medida em que a Constituição faz da liberdade o seu fim e fundamento primordial. Por esse controle, a interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica, fazendo assim apreensivo o ânimo de quantos suspeitam que através dessa via a vontade do juiz constitucional se substitui à vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder, cuja conseqüência mais grave seria a anulação ou paralisia do princípio da separação de poderes, com aquele juiz julgando de legibus e não secundum legem, como acontece no controle meramente formal.”

Isso não resulta que a Mutação Constitucional não deve ser mais utilizada. Ao contrário deve sim ser utilizada, mas com moderação considerando que hoje temos um quadro político em que é o Supremo Tribunal Federal quem detém a palavra sobre o que é a Constituição. Com isso há o risco, grave, do Supremo Tribunal Federal alterar a Mutação Constitucional trazendo o seu entendimento de como ocorreu a mudança social que fundamenta a Mutação Constitucional.

²⁵⁸ Novamente adverte Ingeborg Maus: *“Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais lata instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.”* In MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisdicional na Sociedade Órfã*. Tradução Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo: CEBRAP. vol. 58. p. 83/102. ago./nov. 2000. p. 187.

²⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 270.

Portanto, somente com o fim do “poder paterno” exercido pelo Poder Judiciário, com o pleno exercício da soberania popular, é que a Mutação Constitucional poderá ser aplicada tranquilamente, como o devido exercício do poder soberano do povo, como forma de racionalização do sistema constitucional, evitando assim, manifestações arbitrárias do Supremo Tribunal Federal ou manipulações indesejadas do Poder Econômico.

6. BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano – Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2000.

AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Do Advogado. 2005.

BASTOS, Aurélio Wander. *Prefácio de LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição*. 4^a Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 1998.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. São Paulo: Lua Nova, n. 61, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452004000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 28 Out 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7^a Ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6^a Ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Mandado de Injunção. Limitações da Taxa de Juros. Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas. Considerações Acerca do art. 192, § 3^o da Constituição Federal. *In Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 339. p. 53/83. jul./set. 1997.

CAMPOS, Milton. Constituição e Realidade. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 187, p. 19/22, jan./fev. 1960.

CITTADINO, Gisele. Prefácio de ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano – Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade Partidária – Estudo de Caso*. Curitiba: Juruá. 2005.

COELHO, Inocêncio Mártirez. Konrad Hesse / Peter Häberle: um retorno aos fatores reais do poder. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. vol. 138., p. 185/192, abr./jun. 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. O Indispensável Direito Econômico. In: _____. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense. 1978.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christina Förster. Oñati: IVAP. 1998.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª Ed. São Paulo: RT. 2007.

DIMOULIS, Dimitri. Onze teses sobre o Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum. vol. 02. p. 155/166. abr./jun. 2007.

DUARTE, Fernanda; MOURA, Francisco; MASTRODI, Josué; TSUBONE, Rubens Takashi. Ainda há Supremacia do Judiciário? In DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (org.). *Teoria da Mudança Constitucional – Sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros. 1993.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad. 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

FUNDAÇÃO ARMANDO ÁLVARES PENTEADO. *Anuário da Justiça 2008*. São Paulo: FAAP. 2008.

GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de Economia Política*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1998.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

GRAU, Eros Roberto. *In Supremo Tribunal Federal. Voto na Reclamação 4.335-5/AC*.

GRAU, Eros Roberto *in* Supremo Tribunal Federal. Voto no Mandado de Segurança 26.602/DF.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou. 1968.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991.

HESSE, Konrad. Limites de La Mutacion Constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1992.

HORTA, Raul Machado. Permanência, Mutação e Mudança Constitucional. *in Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: TCEMG. Edição 02. Ano XVII. p. 02/12. abr./jun. 1999.

JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4^A Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 1998.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Justiça Constitucional e Democracia: Perspectivas para o Papel do Poder Judiciário. *Revista da Procuradoria Geral da República*. São Paulo: RT. vol. 08. p. 81/101. jan./jun. 1996.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel. 1970.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisdicional na Sociedade Órfã. Tradução Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo: CEBRAP. vol. 58. p. 83/102. ago./nov. 2000.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. Atualização de Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5^a Ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *In Supremo Tribunal Federal*. Voto na Reclamação 4.335-5/AC.

MIRANDA, Jorge. *Momentos Constitucionais e Mudanças Políticas*. Disponível em: <<http://www-en.us.es/cidc/Ponencias/momentos/jorgeMIRANDA.pdf>> Acessado em 03/05/2008

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª. Ed. São Paulo: Atlas. 2006.

MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Lisboa: Caminho. 1987.

NAVES, Márcio Bilharino. Direito, Circulação Mercantil e Luta Social. *In*: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (org.). *Direito, Sociedade e Economia. Leituras Marxistas*. Barueri: Manole. 2005.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica da Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. vol. 132. p. 321/330. out./dez. 1996.

PÁDUA, Antonio Carlos Torres de Siqueira de Maia. *A Mutação Constitucional e a Coisa Julgada no Controle Abstrato de Constitucionalidade: Análise de Um Fragmento da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) UNB. Brasília, 2006.

PELAYO, Manuel Garcia. *Derecho Constitucional Comparado*. 3ª Ed. Madrid: Revista do Occidente. 1953.

ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. *in*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

SANTOS, Marcos André Couto. A Efetividade das Normas Constitucionais (As Normas Programáticas e a Crise Constitucional) *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. vol. 147, p. 05/14, jul./set. 2000.

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

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)*. São Paulo: Malheiros. 2007.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira. *O Poder Reformador na Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: RCS Editora. 2006.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2006.

SMEND, Rudolf. *Costituzione e Diritto Costituzionale*. Milão: Giuffrè Editore. 1988.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002

URRUTIA, Ana Victória Sanchez. Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una Aproximación al Origen del Concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 20. Núm. 58. p. 105/137. jan/abr. 2000.

VECCHI, Cristiano Brandão. *Mutação Constitucional – A Origem de Um Conceito Problemático*. 2005. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional) – PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2005.

VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional Y La Problemática del Poder Constituyente*. Madri: Tecnos. 1985.

ZANDONADE, Adriana. Mutações Constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 35. São Paulo: RT. p. 195/227. abr./jun. 2001.