

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

TACILIO ALVES DA SILVA

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CIDADÃO:
UMA ANÁLISE DA DISTRIBUIÇÃO DE CIDADANIA
CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL À LUZ DA RECLAMAÇÃO
CONSTITUCIONAL 4.335**

POUSO ALEGRE - MG
2015

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

TACILIO ALVES DA SILVA

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CIDADÃO:
UMA ANÁLISE DA DISTRIBUIÇÃO DE CIDADANIA
CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL À LUZ DA RECLAMAÇÃO
CONSTITUCIONAL 4.335**

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Constitucionalismo e Democracia do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Elias Kallás Filho.

POUSO ALEGRE - MG
2015

FICHA CATALOGRÁFICA

S586s SILVA, Tacilio Alves da.
Supremo Tribunal Federal cidadão: uma análise da distribuição de cidadania constitucional pelo Supremo Tribunal Federal à luz da Reclamação Constitucional 4.335/ Tacilio Alves da Silva. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2015.
103p.

Orientador: Prof. Dr. Elias Kallás Filho.
Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Cidadania constitucional. 2. Direito constitucional. 3. Mutação constitucional. 4. Reclamação Constitucional 4335. 5. Supremo Tribunal Federal.

CDU-340

TACILIO ALVES DA SILVA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CIDADÃO:
UMA ANÁLISE DA DISTRIBUIÇÃO DE CIDADANIA
CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA
RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL 4.335

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação 15/06/2015

Banca Examinadora

Prof. Dr. Elias Kallás Filho
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Caio Nelson Vono de Azevedo
PUC Minas

Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira
Faculdade de Direito do Sul de Minas

POUSO ALEGRE - MG
2015

DEDICATÓRIA.

Dedico este trabalho ao amigo **Assis Moreira da Silva Junior** (*in memoriam*), com quem dividi boa parte de minhas ideias acadêmicas e de minhas ambições no Direito Constitucional.
Amigo leal e carinhoso. Descanse em paz.

AGRADECIMENTOS.

Definitivamente, um mestrado não é algo que se faz sozinho.

Durante praticamente dois anos e meio, certamente, a infinidade de pessoas que deveria agradecer não me permitiram utilizar apenas algumas linhas deste trabalho.

Sendo assim, agradecerei aos que estiveram mais próximos do pesquisador e acadêmico Tacilio, assim como aqueles que foram responsáveis diretos pelas ideias que me propus a pesquisar.

Neste sentido, agradeço em primeiro lugar, ao meu companheiro João Gabriel Schenferd. Ao meu lado desde 2009, dividiu comigo absolutamente todas as angústias e alegrias deste projeto, de modo que é responsável direito pelo seu êxito. Foi um companheiro compreensivo, capaz de enxergar na minha “bagunça” algo produtivo e, a partir daí, me apoiar incondicionalmente.

Na mesma direção, responsabilizo meus pais, o Sr. Donizeti Alves da Silva e a Sra. Aparecida Alice Rondão da Silva, não apenas pelo êxito do mestrado, mas, sobretudo, pelo meu ímpeto em relação aos estudos. Eles foram e são responsáveis por todo o fomento acadêmico que recebo de meu inconsciente, de modo que sem eles, definitivamente, eu nada seria.

Tive a sorte de, enquanto acadêmico, ter sido orientado por três grandes pesquisadores, o Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, o Prof. Dr. José Luiz Quadros Magalhães e o Prof. Dr. Elias Kallás Filho, este último responsável pela conclusão do trabalho.

O Prof. Dr. Alexandre foi, realmente, o modelo de pesquisador que me inspirou a trabalhar o tema. Aliás, foi através de suas enfáticas e muito produtivas aulas, bem como através de seus trabalhos que decidi pesquisar cidadania constitucional e foi através, também, do Prof. Dr. Alexandre que me apaixonei pelos ensinamentos de Habermas, utilizado neste trabalho como marco teórico de pesquisa.

Já o Prof. Dr. Quadros foi o responsável por me acalmar. No meio do trabalho, com uma troca abrupta de orientação, Quadros foi o professor que recolocou meu raciocínio na linha inicial de minha proposição, não permitindo que houvesse qualquer interferência externa no curso do trabalho.

O Prof. Dr. Kallás foi um grande pacificador e responsável por não permitir que meu trabalho e o próprio mestrado sofresse qualquer interrupção fática. Auxiliou-me em praticamente todas as controvérsias durante o transcurso de minha pesquisa e não mediu

esforços para tornar a conclusão do mestrado algo possível e prazeroso. Ademais, aceitou minha orientação já no final do projeto, respeitando, em absoluto, minhas conclusões teóricas e minha opção filosófica.

Estes agradecimentos não fariam qualquer sentido se esquecesse de mencionar os colegas da Turma 2013/2015.

Como o mestrado foi frutífero e genuinamente prazeroso ao lado deles!

Logo na primeira aula a afinidade se sobressaiu, sendo certo que a ajuda mútua, o companheirismo e a amizade dispensados foram fundamentais para a continuidade de tudo.

Vocês são muito especiais! Obrigado e obrigado!

“Um homem sem cidade, sem cidadania, não é propriamente um homem, mas um deus ou um animal, ou uma ‘coisa animada’, tal como é o escravo.”

Aristóteles.

RESUMO

SILVA, Tacilio Alves da. **Supremo Tribunal Federal cidadão:** uma análise da distribuição de cidadania constitucional pelo Supremo Tribunal Federal à luz da Reclamação Constitucional 4.335. 2015. 103p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, Minas Gerais, 2015.

O presente estudo teve o objetivo de analisar a postura do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Reclamação Constitucional 4.335 tendo como pressuposto sua função dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, principalmente no que se refere à cidadania constitucional. A justificativa para tal análise reside no fato de que, no atual Estado Democrático de Direito, por sua vez baseado na Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, enquanto desdobramento do Poder Judiciário, é o responsável por mediar situações relativas à judicialização da vida em sociedade, estabelecendo um elo não somente entre a sociedade e a norma constitucional mas, principalmente, entre o Estado e a cidadania constitucional. Para tanto, o estudo remonta, histórica e politicamente, as bases do Estado Democrático de Direito e a formação da identidade e da cidadania constitucional segundo Habermas, assim como apresenta as funções do Poder Judiciário no atual contexto brasileiro e o instituto da mutação constitucional. Posteriormente, ao abordar como objeto de estudo a Reclamação Constitucional 4.335, tem-se uma análise acerca da ação do Supremo Tribunal Federal quando da possibilidade de alteração do texto constitucional, discutindo sua legitimidade e demonstrando que, independente do caso em julgamento e das possibilidades de sua atuação, o Supremo Tribunal Federal não deve, de forma alguma, afetar ou suprimir a cidadania constitucional e a democracia, pilares do atual Estado brasileiro.

Palavras-chave: Cidadania constitucional; Direito constitucional; Mutações constitucionais; Reclamação Constitucional 4.335; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

SILVA, Tacilio Alves da. **Supreme Federal Court Citizen:** an analysis of constitutional citizenship distribution by Supreme Court in light of the Constitutional Complaint 4.335. 2015. 103p. Dissertation (Master in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, Minas Gerais, 2015.

This study aimed to analyze the position of the Federal Supreme Court when the judgment of the Constitutional Complaint 4.335 about the assumption of their function within the democratic rule of Brazilian Law, particularly with regard to constitutional citizenship. The justification for such analysis lies in the fact that in the current Democratic State, in turn based on the Federal Constitution of 1988, the Supreme Court, as an unfolding of the Judiciary, is responsible for mediating situations concerning the legalization of life in society, establishing a link not only between the company and the constitutional rule but mainly between the State and the constitutional citizenship. Therefore, the study goes back historically and politically, the foundations of the democratic rule of law and the formation of the constitutional identity and citizenship according to Habermas, and has the functions of the Judiciary in the current Brazilian context and the institution of constitutional change. Later, when addressing at studying the Constitutional Complaint 4.335, there is an analysis of the action of the Supreme Court when the right to amend the Constitution, discussing their legitimacy and demonstrating that, regardless of the case on trial and the possibilities of his performance, the Supreme Court is not in any way affect or delete the constitutional citizenship and democracy, the pillars of the current Brazilian state.

Keywords: Constitutional citizenship; Constitutional law; Constitutional change; Constitutional Complaint 4.335; Federal Supreme Court.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ – parágrafo

AC – Acre

art. – artigo

CF – Constituição Federal

DJU – Diário de Justiça da União

EC – Emenda Constitucional

HC – *Habeas Corpus*

inc. – inciso

Min. – ministro

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. A CIDADANIA CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
SEGUNDO HABERMAS.....	17
1.1 A formação do Estado Democrático de Direito	18
1.2 A Constituição “cidadã” e a identidade do sujeito constitucional	29
1.3 Cidadania constitucional no contexto democrático segundo Jürgen Habermas	37
2. O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A	
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	48
2.1 As funções do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito	51
2.2 Mutação constitucional	63
3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL	
4.335: AMEAÇA À CIDADANIA CONSTITUCIONAL?	75
3.1 O problema da Reclamação Constitucional 4.335	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	92
REFERÊNCIAS	97

INTRODUÇÃO

O Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, tem seus princípios baseados nos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, marcas da Revolução Francesa do final do século XVIII e que se resumem na concepção única de “governo do povo feito para o povo”.

Historicamente falando, essa noção de democracia é claramente delineada pelos textos constitucionais do Brasil. Assim, se na primeira Constituição brasileira, datada de 1824 e chamada de Constituição Imperial, os poderes eram concentrados nas mãos do então imperador, com a República, a evolução dos textos constitucionais ao longo do tempo e, finalmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário surgem em separado, marcando a inviolabilidade dos direitos civis e políticos do cidadão e a consagração dos direitos fundamentais no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 surge, então, como resultado da transição democrática e da nacionalização dos direitos fundamentais no Brasil representando, sem dúvida alguma, um marco da cidadania para o país. Daí esta ser considerada uma “Constituição cidadã” e daí ser possível apontar que a democracia, os direitos fundamentais e os princípios basilares do atual texto constitucional devem caminhar e estar de acordo com os anseios da sociedade.

Aqui, frente a tais colocações, cabe lembrar que, segundo o texto da Constituição Federal de 1988, o cidadão é aquele indivíduo a quem esta confere direitos e garantias – individuais, políticos, sociais, econômicos e culturais –, e lhe dá o poder de seu efetivo exercício, além de meios processuais eficientes contra a violação de seu gozo ou fruição por parte do Estado.

A ideia de cidadania constitucional surge, por conseguinte, como a efetiva participação do cidadão na esfera pública, apresentando como base o respeito em relação às diferenças e a superação das desigualdades sociais, bem como a capacidade de buscar consensos que privilegiem a maioria dos envolvidos, ou, num sentido mais amplo, o bem comum. Ou seja, a cidadania constitucional, enquanto faculdade de participação ativa do cidadão na vida e no governo de seu povo é a representação fiel do conceito de democracia.

A colocação acima tem aproximação com a postura de Jürgen Habermas¹, para quem a efetividade dos direitos fundamentais segue condicionada à abertura a participação dos

¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2 ed. v. 1-2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 51-52.

cidadãos na (re)construção e na (re)interpretação da Constituição. Desta forma, no contexto de um Estado Democrático de Direito, a cidadania representa o processo contínuo e reflexivo que, por sua vez, tem reflexos na possibilidade de alteração da realidade do sujeito constitucional na utilização das suas prerrogativas jurídicas e políticas. Continuando com seu posicionamento, Habermas traz que o papel da cidadania está diretamente vinculado ao exercício da autonomia do cidadão e que, assim sendo, ainda que este deixe de realizá-lo, não deixa de ser cidadão.

Nesse contexto de participação ativa que marca a ideia de cidadania constitucional, é fato que a vivência democrática representa um grande desafio para a relação Estado – sociedade, tanto pelo passado histórico e político do país quanto pelas evidentes (e inevitáveis) mudanças pelas quais a sociedade vem passando.

Assim, diante de fenômenos como a economia de mercado e a globalização, bem como a prevalência do sistema capitalista e, mais recentemente, da adoção de um modelo neoliberal, a sociedade tem sido marcada por transformações profundas o que, conseqüentemente, está interligado às formas pelas quais o Estado promove intervenções em seus âmbitos de atuação.

No âmbito jurídico, por exemplo, um olhar atento para os direitos individuais mostra que, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, as liberdades públicas não foram suficientes para a garantia dos direitos fundamentais, uma vez que havia a necessidade da implementação de condições para o seu efetivo exercício, o que se deu com através dos direitos sociais, econômicos e culturais que, por sua vez, buscam garantir condições sociais razoáveis a todos os cidadãos para o exercício de direitos individuais, como assistência social, saúde, educação e trabalho.

Tal afirmação vem corroborar o já mencionado fato de que, à medida que as relações vão evoluindo e a realidade social entra em constante transformação, também os anseios e as exigências da sociedade vão se modificando e, neste cenário, assim como o Estado em si, o Poder Judiciário não pode – e não deve – ficar inerte frente a tal situação, devendo estar ligado ao meio no qual atua, acompanhando os avanços sociais, políticos, econômicos, tecnológicos, científicos, bem como as crenças e convicções morais e religiosas do cidadão, ou seja, com os anseios e aspirações da sociedade como um todo, surgindo, então, a noção de mutação constitucional.

A mutação constitucional, enquanto método informal de modificação do texto constitucional, refere-se à possibilidade de se alterar a Constituição Federal, ainda que não de forma literal, visto esta fazer parte do rol das chamadas Constituições rígidas, cuja função primordial é assegurar a estabilidade constitucional e resguardar os direitos e garantias fundamentais, por meio de técnica de interpretação, bem como de usos e costumes, com a

finalidade de empregar ao texto um sentido diverso ao já existente, a fim de atender às necessidades da sociedade reforçando, assim, a noção de democracia e a proximidade entre o Estado e o cidadão.

No que se refere ao Poder Judiciário, uma vez que a Constituição Federal reserva ao Supremo Tribunal Federal (STF) sua guarda, cabe a este também o controle da mutação constitucional, o que faz com que este venha se valendo deste processo informal de mudança da Constituição em busca da efetivação dos direitos fundamentais, bem como em defesa dos princípios democráticos, conferindo ao referido texto um novo significado, sentido e alcance.

Assim, com a ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988, a prática da mutação constitucional tem ganhado força como mais um mecanismo de alteração constitucional. Uma boa prova de tal afirmativa está na Reclamação Constitucional 4.335, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e que tratou da decisão do Juiz de Direito da Vara das Execuções Penais da Comarca de Rio Branco – Acre que, na hipótese, havia indeferido pedido de progressão de regime de apenados em regime de cumprimento de pena na modalidade prevista no §1º, do artigo 2º da Lei 8072/90 em regime integralmente fechado.

Nesse caso, o juiz, mesmo após o julgamento do *habeas corpus* (HC) 82.959 realizado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no qual reconheceu a inconstitucionalidade do relativo regimento de cumprimento de pena, se recusou a entregar a decisão do Supremo Tribunal Federal efeitos *erga omnes* apresentando como argumento para sua ação, o fato que a decisão teria operado efeitos, apenas, *inter partes* já que concedida em controle difuso de constitucionalidade.

Tal recusa originou a referida Reclamação que teve como alegação a violação à autoridade da decisão do STF. Aqui, segundo o autor da Reclamação, a função do Senado Federal não seria suspender (como consta expressamente do texto constitucional) a execução, no todo em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, mas sim, dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo STF, de lei declarada inconstitucional, caracterizando, assim, a mutação constitucional.

Surge aqui, então, a questão conflitante acerca da relação entre a cidadania constitucional, a possibilidade de mutação do texto constitucional e a atuação do Supremo Tribunal Federal: ao mesmo tempo em que a ordem constitucional deve possuir e exercer um caráter predominantemente estático e rígido no tocante ao processo para a alteração formal em seu texto, esta também deve agir em busca dos anseios e necessidades da sociedade em

constante mutação, o que abre a possibilidade de que o texto também deva ser necessária e igualmente mutacional.

Indo mais além, uma vez que a Constituição Federal de 1988 é responsável pela judicialização de vários aspectos da vida civil, social e política do cidadão, assim como cabe ao Poder Judiciário, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal atuar em questões tidas como cruciais para a vida democrática, estabelecendo, assim a ligação entre sociedade e norma constitucional, este deve ser igualmente cidadão, posto ser somente através dele que se concretizará a cidadania constitucional? Ainda, pode o STF, por meio de um julgamento e por meio de uma suposta mutação constitucional, alterar o texto da Constituição Federal? E, finalmente, quanto o julgamento de uma ação de mutação constitucional afeta a cidadania constitucional, suprimindo e até mesmo reprimindo este importante instituto da democracia?

Diante de tais questionamentos, o presente estudo, baseado em uma revisão sistemática da literatura, tem o objetivo de analisar se a postura do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Reclamação Constitucional 4.335 condiz com sua função dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, principalmente no que se refere à cidadania constitucional.

Para tanto, o estudo apresenta e discute, primeiramente, os conceitos de cidadania constitucional, seu conceito e principais aspectos segundo Jürgen Habermas e conforme a ideia de democracia do Estado brasileiro. Em seguida, tem-se uma explanação acerca do papel e função do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, principalmente no que se refere ao conceito e aplicação da mutação constitucional. Finalmente, o estudo faz uma análise da Reclamação Constitucional 4.335 a fim de avaliar tanto sua legitimidade como sua relação e influência sobre a cidadania constitucional e a democracia.

1. A CIDADANIA CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO SEGUNDO HABERMAS.

Na sociedade moderna, o indivíduo não existe apenas como ser único dotado de valores que o caracterizam como ser humano, Muito mais longe do que isso, para que seja reconhecida a integralidade do sujeito, seus anseios e aspirações devem não somente fazer parte como também interferir necessariamente na conduta a ser seguida pelo Estado.

Nesse sentido, ao apresentar valor normativo, o indivíduo passa a reclamar a proteção do Direito, não sendo possível dissociá-lo do universo jurídico, sob pena de cada qual permanecer incompleto. No entanto, também não é possível conceber o indivíduo fora do contexto da realidade, razão pela qual, além de não haver a ideia de sujeito ideal senão enquanto inserido em um universo real, com todas as particularidades inerentes ao ser em sociedade, da mesma maneira os ideais humanos fundamentam-se na multiplicidade de formas de convivência, colocando o cidadão no centro das decisões políticas.

Neste contexto, em um Estado Democrático de Direito tal qual o brasileiro, a cada indivíduo deve ser assegurado o igual reconhecimento de direitos fundamentais, como a dignidade e a igualdade, por exemplo, para que haja o reconhecimento da verdadeira existência de um sentimento constitucional que, por sua vez, atrelado ao ordenamento fundamental, deve ser analisado sob a ótica do respeito à cidadania.

A ideia de cidadania no contexto democrático, então, representa muito mais do que a fatalidade de nascer em determinado lugar no tempo e no espaço, sujeitando-se às regras impostas circunstancialmente. Indo mais além, De Plácido e Silva traz:

Cidadania. Segundo a teoria, que se firmou entre nós, a cidadania, palavra que se deriva de cidade, não indica somente a qualidade daquele que habita a cidade, mas, mostrando a efetividade dessa residência, o direito político que lhe é conferido, para que possa participar da vida política do país em que reside².

Com base na definição de De Plácido e Silva, pode-se observar a impossibilidade de se imaginar a cidadania como participação na vida política de um país sem que haja meios efetivos que a viabilizem. Isto significa que, para ser cidadão, não basta a investidura legal, mesmo que

² De PLÁCIDO e SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário jurídico*. 30 ed. v. I e II. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 427.

prevista na Constituição Federal, a exemplo do que trazem os artigos 5º, 6º e seguintes, mas também é necessário que o indivíduo alcance seu espaço nesta sociedade, para só então ser capaz de agir politicamente, contribuindo para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito³.

Assim, antes de se adentrar especificamente no conceito e discussão da cidadania constitucional, faz-se necessário esclarecer as bases políticas e sociais que moldaram o surgimento do atual Estado Democrático de Direito e os princípios que regem a Constituição Federal, visto ser justamente neste contexto que o indivíduo adquire e exerce sua cidadania constitucional.

1.1 A formação do Estado Democrático de Direito.

O surgimento do Estado de Direito tem reflexo no conceito de Estado nacional. Entre os romanos “*natio*” é a deusa da origem e do nascimento. Ao contrário da “*civitas*”, a “*natio*”, do mesmo modo que “*gens*” e “*populus*”, “*natio*” refere-se a populações que ainda não se organizaram em associações políticas⁴. Segundo esta concepção clássica, as nações são comunidades que têm a mesma origem, sendo integradas, do ponto de vista geográfico, através da linguagem, dos costumes e de tradições comuns; porém ainda não se encontram integradas politicamente através de uma organização estatal⁵.

Tal concepção de nação manteve este significado durante a Idade Média. No entanto, com o início da modernidade, surge uma nova concepção da nação enquanto titular de soberania. As corporações representam a “nação face ao rei” e, desde meados do século XVIII, ambos os significados, o de “nação”, no sentido de uma comunidade que tem a mesma origem e o de “povo de um Estado”, se entrelaçam⁶. Já após a Revolução Francesa, a noção de “nação” se transforma na fonte da soberania do Estado e, a partir daí, cada nação passou a dever ter o direito à autodeterminação política e o complexo ético cede, pois, o lugar à comunidade democrática, dando origem ao Estado de Direito⁷.

Assim, conforme o entendimento moderno, o conceito de Estado de Direito assume uma definição jurídica: do ponto de vista objetivo, refere-se a um poder estatal, tanto interna quanto externamente; quanto ao espaço, refere-se a uma área claramente delimitada, o território do

³ Idem.

⁴ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 282.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

⁷ Idem.

Estado; e socialmente refere-se ao conjunto de seus integrantes, o povo do Estado⁸. Já a pertença a um Estado, cuja existência é reconhecida pelo direito internacional, sem levar em conta a organização interna do poder do Estado unida à demarcação do território deste, serve para a delimitação social do Estado. Segundo esta compreensão, um Estado Democrático de Direito se entende como uma associação de cidadãos livres e iguais⁹.

Nesse contexto, o atual Estado Democrático de Direito brasileiro, baseado nas características, fundamentos, pontos em comum, noções e estrutura político-econômica dos Estados Liberal e Social, é o resultado das várias transformações econômicas, sociais e políticas vivenciadas pela sociedade através dos tempos¹⁰.

Em suma, o Estado Democrático de Direito vem de encontro à necessidade e até mesmo exigência do consentimento e do controle popular para o exercício do poder estatal e na exigência de submissão à lei, não só de seus habitantes em geral, mas, principalmente, daqueles que exercem o poder, com vista a garantir os direitos, a dignidade e, assim, o bem-estar de cada indivíduo.

Tal conceito e aplicação, conforme inicialmente mencionado, é o resultado de intensas e significativas alterações que, por sua vez, são essenciais para o entendimento de tudo o que permeia as noções de Estado e democracia.

Assim, remontando a história, o atual Estado Democrático de Direito, tem-se que suas características e bases vêm do Estado de Direito Liberal, institucionalizado no final do século XVIII após a Revolução Francesa, marcada pela belicosa relação entre a burguesia e o Antigo Regime e pela posterior revolta que, ao seu final, pôs fim ao Estado Monárquico autoritário constituindo, então, o primeiro regime jurídico-político da sociedade que estabelecia as novas relações econômicas e sociais moldadas pelos capitalistas (burgueses em ascensão), pela realeza (monarcas) e pela nobreza (senhores feudais em decadência)¹¹.

Nesse contexto, o mencionado lema de "liberdade, igualdade e fraternidade" indicava os anseios da burguesia, ou seja, liberdade individual para a expansão dos seus

⁸ HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. São Paulo: Loyola, 2002, p. 124.

⁹ Ibidem, p. 285.

¹⁰ Em se tratando do conceito de Estado Democrático de Direito, não é possível se falar na prevalência *a priori* do interesse público sobre o privado (tal qual era pressuposto no paradigma do Estado de Bem-Estar), nem do interesse privado sobre o público (como no paradigma do Estado Liberal), já que nem o público pode mais ser visto como estatal, nem o privado como sinônimo de egoísmo. (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado. Curitiba: Juruá, 2009, p. 263).

¹¹ LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9241>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

empreendimentos e a obtenção do lucro; igualdade jurídica com a aristocracia visando à abolição das discriminações e fraternidade dos camponeses e da população chamada de *sans-cullotes*, com o intuito de que apoiassem a revolução e lutassem por ela¹².

Ainda nesse período revolucionário, as velhas teorias que determinavam a origem divina do poder foram superadas e, a partir de então, a nação, ou seja, o povo (seja diretamente ou através de uma assembleia representativa), passa a ser o titular da soberania, e, por isso, titular do poder constituinte. Daí o entendimento de que a Constituição deveria ser a expressão da vontade do povo nacional, a expressão da soberania popular¹³.

Seguindo tal entendimento, são apontadas como características básicas do Estado Liberal a não-intervenção do Estado na economia, a adoção da Teoria da Tripartição dos Poderes de Montesquieu, a vigência do princípio da igualdade formal, a supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental e garantia de direitos individuais fundamentais¹⁴.

No que se refere à não-intervenção do Estado, esta permitiu à burguesia a garantia da liberdade individual para a expansão dos seus empreendimentos e a obtenção do lucro o que, por si só, já representou um grande avanço na distinção entre o poder do Estado e o direito individual¹⁵.

Já no tocante à Teoria da Tripartição dos Poderes de Montesquieu, esta faz referência à noção do filósofo francês Charles *Montesquieu* de idealizar os poderes Executivo (administração da coisa pública), Legislativo (legislação e fiscalização) e Judiciário (julgar e aplicar a lei) em separado, com o objetivo de repartir o poder entre a burguesia, nobreza e realeza e, com isto, evitar a concentração dos poderes em um só ponto. Daí cada poder ser autônomo e capaz de exercer determinada função, com a característica de que o exercício desta função deve ser controlado pelos outros poderes. Assim, pode-se dizer que os poderes são independentes, porém harmônicos entre si¹⁶.

Quanto à vigência do princípio da igualdade perante a lei, esta é aplicada tão-somente na busca pela submissão de todos perante a lei, afastando-se o risco de qualquer discriminação.

¹² ROCHA, José de Albuquerque. Estudos sobre o poder judiciário. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 89.

¹³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito constitucional. Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 17 - 18.

¹⁴ A teoria liberal de afastamento do Estado da esfera privada foi construída sob um Estado Absolutista, como forma de reação. O Estado liberal não nasceu democrático. Ao contrário disso, nasceu autoritário e se manteve, por um tempo, sob os auspícios de um Estado Autoritário, porque o que se pretendia proteger do Estado, naquele momento, era o patrimônio.

¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 4 ed. 7 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37.

¹⁶ ROCHA, José de Albuquerque. Op. cit., p. 93.

Logo, sob o manto de tal fundamento, todas as classes sociais seriam tratadas uniformemente, pois as leis teriam conteúdo geral e abstrato, não sendo específicas para determinado grupo social, como até então acontecia de a realeza e a nobreza serem privilegiadas pelos mais diferentes ordenamentos jurídicos vigentes¹⁷. Talvez por isso, esta seja considerada uma das maiores características do Estado Liberal.

No Estado Liberal, em linhas gerais, o entendimento era de que o Estado deveria atuar de modo a intervir o menos possível na esfera privada do indivíduo, compreendida como o espaço do direito privado e das relações familiares, contratuais e negociais, sendo a regra básica a não intervenção no domínio econômico e nas questões sociais. Desta forma, o espectro de liberdades do cidadão poderia ser compreendido como toda atuação que não fosse contrária ao direito; ou seja, o que não é proibido por lei é permitido¹⁸.

Logo, ao idealizar a criação de um único ordenamento jurídico que defendia a igualdade formal e no qual todos eram iguais perante a lei, possuindo conteúdo geral e abstrato, sendo passível de ser aplicado indiscriminadamente a todos os grupos sociais e não permitindo o estabelecimento de prerrogativas para determinada classe em detrimento das outras, os burgueses moldaram o conceito de Estado de Direito tendo como figura principal a Constituição, que passava a limitar os poderes do governante, visando conter seus arbítrios, que preponderavam no Estado Monárquico.

Diante das suas características principais, o Estado de Direito Liberal pode, então, ser definido:

[...] como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado¹⁹.

As principais características do Estado Liberal acima citadas não somente o definiram, como também permitiram a criação do direito subjetivo público que, por sua vez, representa a possibilidade do cidadão, enquanto titular de direito, ter a faculdade de exigí-lo (*facultas agendi*) em desfavor do Estado, regulando a atividade política o que, até então, não era possível quando do Absolutismo, no qual apenas restava estabelecido o direito subjetivo dos indivíduos

¹⁷ LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Op. cit., p. 01.

¹⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Op. cit., p. 38.

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 38 - 39.

nas suas relações recíprocas, isto é, o cidadão podia exigir o cumprimento de uma obrigação pactuada com outro cidadão, mas não em face do Estado²⁰.

Juntamente com os direitos subjetivos materiais, criaram-se as garantias fundamentais, também chamadas de direitos subjetivos processuais (ou adjetivos ou formais ou instrumentais), visando, efetivamente, assegurar os direitos substantivos, podendo-se citar como exemplo, o *habeas corpus*, que tem o escopo de assegurar o direito à liberdade²¹.

A partir de então, o Estado Liberal, ao passar a impedir o exercício arbitrário do poder pelo governante e garantir o direito público subjetivo dos cidadãos, reconhece, constitucionalmente, ainda que de forma mínima, os direitos individuais fundamentais, como a liberdade (apregoadada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual foi mantida como preâmbulo da Constituição Francesa de 1791)²².

Aqui, Bobbio ressalta que:

Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto em linha de princípio invioláveis²³.

Também no Estado Liberal foram criados os chamados "direitos de primeira dimensão", que decorrem da própria condição de indivíduo, de ser humano, situando-se, desta feita, no plano do ser, de conteúdo civil e político, que exigem do Estado uma postura negativa em face dos indivíduos proprietários e livres, compreendendo, dentre outros, as liberdades clássicas, tais como, liberdade, propriedade, vida e segurança, denominados, também, de direitos subjetivos materiais ou substantivos²⁴.

Ainda assim, o Estado Liberal apresentava dificuldade de superar e tratar de demandas de cunho social, o que acabou gerando a construção do paradigma do Estado Social, uma vez que a simples previsão legal de normas que dispunham sobre a igualdade e a liberdade não foi significativa o suficiente para que tais direitos fossem estabelecidos. Isto porque o capitalismo crescente criou uma distância social ainda maior entre o proletariado e a burguesia, ao passo

²⁰ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. Trad. brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 16.

²¹ Idem.

²² Ibidem, p. 17.

²³ Ibidem, p. 18.

²⁴ LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. Op. cit., p. 01.

que os ordenamentos jurídicos privilegiavam as liberdades individuais e o respeito às minorias, a democracia, o sufrágio universal etc.²⁵.

Como consequência, os sistemas normativos passaram a conter orientações gerais que tinham o objetivo de conciliar os direitos de liberdade e os direitos socioeconômicos, sendo que as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) foram as primeiras a trazer os chamados direitos sociais, fazendo surgir as políticas públicas de inclusão social com objetivo de materializar os direitos fundamentais²⁶.

Um bom exemplo disso está no chamado *Welfare State*, o Estado de bem-estar social, que foi intensificado após a Segunda Guerra Mundial e possibilitou o crescimento econômico dos Estados industrializados, o que gerou também determinadas garantias relativas à relação de trabalho, seguridade social, saúde, educação, habitação; fundamentando a função estatal paternalista e tentando reduzir desigualdades sociais²⁷.

Nesse contexto, ainda que o Estado Liberal tenha trazido grandes avanços na relação entre Estado e sociedade, é fato que o capitalismo, em detrimento do social, ainda era o elemento mais importante, visto que os princípios do liberalismo estavam enraizados na burguesia²⁸.

Assim, pode-se apontar que foi a partir da insatisfação popular com o regime exclusivamente capitalista que emergiram os grandes movimentos que passaram a lutar e pressionar as autoridades em busca da chamada democratização, ou seja, a participação popular de fato, com a sociedade civil passando a discutir questões relevantes no tratamento da coisa pública e o interesse comum.

O Estado Social significou, na prática, uma necessária mudança nos princípios do Estado Liberal, no sentido de preservar, de alguma forma, a ideia de uma economia capitalista onde, agora e graças ao intervencionismo estatal, se preservasse alguma concorrência e livre

²⁵ A mudança tardia de comportamento do Estado não é capaz de solucionar a grave crise que resulta na Primeira Grande Guerra (1914-1918), divisor de águas entre o Estado Abstencionista e o novo Estado Social assistencialista (MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito constitucional. Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 38). As consequências políticas e econômicas da 1ª Guerra Mundial cuidam de sepultar o Estado liberal e fazer surgir uma nova fase no constitucionalismo, a do Estado Social, que implicou uma releitura do que até então se entendia por liberdade, igualdade e propriedade (uma leitura que reclamava a materialização destes), e nascer o que tradicionalmente se denominam “direitos sociais” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado. Curitiba: Juruá, 2009, p. 252).

²⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Op. cit., p. 37.

²⁷ Ibidem, p. 37 - 38.

²⁸ MARTINEZ, Vinicius C. Estado do bem estar social ou Estado Social? Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6623>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

iniciativa. Ou seja, o liberalismo e o capitalismo passam a ter uma preocupação social para preservar uma importante parcela do núcleo do pensamento liberal²⁹.

E é nesse cenário de preocupação com o social que surge, de maneira mais delineada, o princípio da igualdade material ou substancial, que não somente considera todas as pessoas abstratamente iguais perante a lei, mas se preocupa com a realidade de fato, que reclama um tratamento desigual para as pessoas efetivamente desiguais, a fim de que possam desenvolver as oportunidades que lhes assegura, abstratamente, a igualdade formal, dando margem, então, à necessidade de tratar desigualmente as pessoas desiguais, na medida de sua desigualdade³⁰.

Conforme aponta Sundfeld,

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização da justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico)³¹.

Ainda sobre a relação entre Estado Liberal e Social, Gordillo afirma que:

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhes agregam finalidades e tarefas às quais antes não sentia obrigado. A identidade básica entre o Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios³².

Nesse momento surgem os chamados "direitos de segunda dimensão", que se situam no plano do ser, de conteúdo econômico e social, que almejam melhorar as condições de vida e trabalho da população, exigindo do Estado uma atuação positiva em prol dos explorados, compreendendo, dentre outros, o direito ao trabalho, à saúde, ao lazer, à educação e à moradia (conforme inserção no rol do art. 6º da Constituição Federal de 1988 por meio da Emenda Constitucional nº 26/2000)³³.

Indo mais além, o Estado Social, diferentemente da exigência de uma postura estatal negativa do liberalismo, exige uma conduta positiva, dirigente, ativista, onde as políticas

²⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Op. cit., p. 39.

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 55.

³¹ Idem.

³² GORDILLO, Agustín. Princípios gerais de direito público. Tradução brasileira de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 63.

³³ LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Op. cit., p. 01.

governamentais são implementadas para que, efetivamente, garantam o mínimo de bem-estar à população, ampliando-se os direitos subjetivos materiais, exigindo um compromisso dos governantes em relação aos governados, com vistas a lhes proporcionar, dentre outros, direito a educação, saúde e trabalho, que se situam no plano do ter, diferentemente dos direitos assegurados pelo liberalismo, que se estabelecem no plano do ser.

Assim, e a partir das bases dos direitos subjetivos materiais ou substantivos do Estado Liberal e da preocupação com o bem estar do ser humano do Estado Social, a nova ordem constitucional erigida pela Constituição Federal de 1988 constituiu o Estado Democrático de Direito no Brasil, consagrando em seu art. 1º, princípios fundamentais como soberania, cidadania, dignidade a pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político³⁴.

O Estado Democrático de Direito concilia "duas das principais máximas do Estado Contemporâneo, quais sejam a origem popular do poder e a prevalência da legalidade"³⁵.

Bobbio, ao tratar da relação entre as diretrizes liberais e sociais que fundamentam o Estado Democrático de Direito afirma que:

Estado Liberal e Estado Democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais³⁶.

O Estado Democrático de Direito fundamenta-se, então, no pleno exercício da democracia que, por sua vez, é condição singular para a existência, manutenção e ampliação dos direitos e garantias individuais, razão pela qual surge o Estado Democrático de Direito³⁷.

A democracia e os direitos fundamentais por sua vez são, sem dúvida alguma, os pilares do Estado Democrático de Direito, o que demonstra a possibilidade de uma efetiva participação

³⁴ MICHAELLO MARQUES, Carlos Alexandre; NUNES, Franciene Rodrigues. O estado democrático de direito e a colisão de direitos fundamentais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 98, 01/03/2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11300>. Acesso em: 06 jan. 2015.

³⁵ DANTAS, Ivo. Da defesa do Estado e das instituições democráticas. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989, p. 27.

³⁶ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo. Trad. Brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986, p. 20.

³⁷ LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. Op. cit., p. 01.

popular nas decisões políticas e a coexistência harmônica entre o princípio da soberania popular, aplicado através do regime democrático e o da legalidade, herança do Estado Liberal.

Assim, pode-se observar que o Estado Democrático de Direito sofreu inúmeras transformações através dos tempos, de maneira que se pode apontar que suas bases se deram sob os paradigmas liberal, social e procedimental³⁸, ou melhor, que o Estado Democrático de Direito não se trata da quebra do Estado Social e Liberal, mas sim de uma releitura destes dois modelos.

Nesse contexto, para que um Estado seja considerado Democrático de Direito é imprescindível, primeiramente, que todo poder emane do povo, bem como, a proteção e garantia dos direitos fundamentais seja uma questão primordial, como meio de proteção e respeito aos cidadãos³⁹.

Consequentemente, os princípios do Estado Democrático de Direito são da constitucionalidade, da democracia, da justiça social, da igualdade, da divisão dos poderes, da legalidade, da segurança jurídica e do sistema de direitos fundamentais⁴⁰.

Finalmente e com base nos princípios da democracia, no Estado Democrático de Direito são também consolidados os "direitos de terceira dimensão", que se situam no plano do respeito, de conteúdo fraternal, compreendendo os direitos essencial ou naturalmente coletivos, isto é, os direitos difusos e os coletivos *strictu sensu*, passando o Estado a tutelar, além dos interesses individuais e sociais, os transindividuais (ou metaindividuais), que compreendem, dentre outros, o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz, a autodeterminação dos povos e a moralidade administrativa⁴¹.

Bonavides dá sua contribuição ao assunto ao apontar para a existência, ainda, dos "direitos de quarta dimensão", justificando sua postura ao afirmar que a "globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta dimensão que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social", compreendendo, dentre outros, o direito à democracia, à informação e ao pluralismo político, étnico e cultural⁴².

Assim, o Estado Democrático de Direito brasileiro, enquanto resultado das transformações dos princípios mais relevantes tanto do Estado Liberal como do Estado Social,

³⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses publico e privado. Curitiba: Juruá, 2009, p. 241.

³⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 103.

⁴⁰ LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Op. cit., p. 01.

⁴¹ Idem.

⁴² BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 524-526.

representa uma organização do poder público que obriga este, constituído conforme o Direito, a se legitimar, por seu turno, pelo direito legitimamente instituído⁴³.

A ideia do Estado Democrático de Direito, por sua vez, é desenvolvida com o auxílio de princípios segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado⁴⁴.

Habermas⁴⁵ traz que tais princípios são:

Princípio da soberania do povo: significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente. Além disso, o princípio da soberania do povo pode ser considerado diretamente sob o aspecto do poder. A partir deste ângulo, ele exige a transmissão da competência legislativa para a totalidade dos cidadãos que são os únicos capazes de gerar, a partir de seu meio, o poder comunicativo de convicções comuns. O conteúdo do princípio da soberania popular só se esgota através do princípio que garante esferas públicas autônomas e do princípio da concorrência entre os partidos. Tal princípio exige ainda uma estruturação discursiva das arenas públicas nas quais circulações comunicativas se soltam do nível concreto das simples interações. Justamente por isso, estas arenas precisam ser protegidas por direitos fundamentais, levando em conta o espaço que devem proporcionar ao fluxo livre de opiniões, pretensões de validade e tomadas de posição, não podem, todavia, ser organizadas como corporações.

Princípio da ampla garantia de uma proteção jurídica individual ampla: as comunicações políticas dos cidadãos estendem-se a todos os assuntos de interesse público. No entanto, como elas têm fim nas decisões de corporações legislativas, a formação política da vontade visa a uma legislação, porque ela, de um lado, só interpreta e configura o sistema dos direitos que os cidadãos se reconheceram mutuamente através de leis e porque, de outro lado, só pode ser organizado e dirigido através de leis. Aqui, como as leis formam a base para pretensões jurídicas individuais, estas resultam da aplicação de leis a casos singulares, seja pelos caminhos da administração, seja pelo caminho auto-executivo. Tais pretensões podem ser reclamadas judicialmente, o que resulta na garantia dos caminhos do direito e o princípio da garantia de uma proteção jurídica individual ampla. Ademais, do princípio da proteção do direito e dos

⁴³ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 212.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Ibidem, p. 213-217.

direitos fundamentais da justiça resultam todos os demais princípios para a especificação de tarefas, do modo de trabalho e garantia do status de uma justiça independente, a qual deve aplicar o direito de tal maneira que estejam garantidas simultaneamente a segurança do direito e a aceitabilidade racional das decisões judiciais.

Princípio da legalidade da administração: esclarece o sentido nuclear da divisão dos poderes superando uma diferenciação funcional, que se explica a partir da lógica da argumentação que introduz uma diferença entre a fundamentação de normas e aplicação de normas, a diferenciação institucional que se expressa na constituição de poderes separados tem por finalidade amarrar a aplicação do poder administrativo ao direito normatizado democraticamente, de tal modo que o poder administrativo só se regenera a partir do poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos.

Princípio da separação entre Estado e sociedade: este princípio abarca, em geral, a garantia jurídica de uma autonomia social que atribui a cada indivíduo, enquanto cidadão, as mesmas chances de utilizar-se de seus direitos políticos de participação e de comunicação. Em suma, o princípio da separação entre Estado e sociedade exige uma sociedade civil portadora de relações de associação, além de uma cultura política suficientemente desacoplada de estruturas de classe.

Nessa questão da separação de poderes, Habermas diferencia claramente as funções de cada poder dentro do Estado: enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nesta base legal, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução⁴⁶.

Diante disso, é evidente que a lógica da separação dos poderes só faz sentido se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a ligação do poder administrativo ao comunicativo. A motivação para tal afirmação está no fato de que é somente desta forma que os cidadãos politicamente autônomos podem ser considerados efetivamente autores do direito ao qual estão submetidos enquanto sujeitos privados, sendo necessário que o direito legitimamente instituído por eles determine a direção da circulação do poder político⁴⁷.

Os princípios acima citados são construídos sobre a seguinte ideia de Habermas:

(...) a organização do Estado de Direito deve servir, em última instância, à auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constituiu, com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do

⁴⁶ Ibidem, p. 232.

⁴⁷ Ibidem, p. 233.

direito. As instituições do Estado de Direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos⁴⁸.

Logo, é possível afirmar que as bases do Estado Democrático de Direito são o resultado da busca pela instauração de mecanismos de controle das decisões políticas, através da fusão e transformação de princípios do Estado Liberal e Social, aplicando, sob o crivo da legalidade, os ditames democráticos e garantindo, em sua plenitude, os direitos fundamentais, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988.

1.2 A Constituição “cidadã” e a identidade do sujeito constitucional.

Em um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal, ao ser composta por um conjunto de regras e princípios jurídicos que dispõem sobre a organização jurídica básica da nação, representa a norma fundamental de cada Estado.

Para Silva, a ideia de Constituição surge pautada num sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regulam a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua atuação⁴⁹.

Na concepção de Bonavides:

A palavra Constituição abrange toda uma gradação de significados, desde o mais amplo possível – a Constituição em sentido etimológico, ou seja, relativo ao modo de ser das coisas, sua essência e qualidades distintivas – até este outro em que a expressão se delimita pelo adjetivo que a qualifica, a saber, a Constituição política, isto é, a Constituição do Estado⁵⁰.

Tais definições levam ao entendimento de que a Constituição conduz um Estado ao ideal de formação e estabelecimento de uma realidade jurídica, constituindo, assim, a própria forma de Estado, o estabelecimento das regras jurídicas do país e a imposição do poder estatal.

Aqui, vale lembrar que cabe ao Direito Constitucional, campo temático da presente discussão, o estudo aprofundado e sistemático da Constituição, bem como a interpretação e organização dos princípios e das regras que regem o exercício do poder.

A fim de organizar e proporcionar o funcionamento do Estado, a Constituição assume três importantes sentidos: o sentido sociológico, pensado por Ferdinand Lassale e que entende

⁴⁸ Ibidem, p. 221.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Manual da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 31.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 47.

a Constituição como a somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade; o sentido político, atribuído a Carl Schmitt e que contempla as constituições como uma decisão política fundamental e o sentido jurídico, idealizado por Hans Kelsen, que analisa a Constituição pela lógica jurídica como norma hipotética fundamental (norma jurídica suprema) que serve de fundamento transcendental de validade para as normas infraconstitucionais⁵¹.

Todos esses aspectos e sentidos ligados à ideia de Constituição, por sua vez, giram em torno de um conjunto de regras jurídicas que formam a norma fundamental de uma nação e que têm como principal característica a supralegalidade, que faz com que as demais normas infralegais devam estar sempre de acordo com a sua principiologia e a rigidez, que faz com que o procedimento para a alteração das disposições contidas na Constituição seja mais dificultoso em relação ao trâmite de modificação das normas ordinárias buscando evitar excessos desnecessários e a segurança jurídica⁵², tal como se dá com a mutação constitucional, um dos focos de análise do presente estudo.

Importante destacar também que a Constituição é composta por elementos essenciais, sejam eles orgânicos⁵³, limitativos⁵⁴, socioideológicos⁵⁵ ou de estabilização constitucional⁵⁶ e de aplicabilidade⁵⁷ que, por sua vez, compõem o Estado em si, ou seja, o poder, o povo, o território e a finalidade⁵⁸.

Diante de tais aspectos e com base em seus elementos sociais, a Constituição Federal de 1988 mantém como pressuposto fundamental, o respeito aos direitos e garantias individuais, garantindo, já em seu artigo 5º, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, caracterizando, assim, os direitos e garantias individuais inerentes à pessoa humana⁵⁹.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 39.

⁵² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 53.

⁵³ Os elementos orgânicos são os que regulam a estrutura do Estado e do Poder, como por exemplo, o Título III da Constituição Federal brasileira de 1988, que trata da organização dos poderes e do sistema de governo.

⁵⁴ Os elementos limitativos são os que representam os direitos e garantias individuais do homem, como os descritos no artigo 5º da Constituição.

⁵⁵ Os elementos os elementos socioideológicos são os que representam o compromisso da Constituição entre o Estado individualista e o Estado Social, intervencionista, como se dá, por exemplo, com o artigo 6º da Constituição que prevê os direitos sociais.

⁵⁶ Os elementos de estabilização constitucional são os que asseguram a supremacia da Constituição, como o regramento do estado de defesa, estado de sítio, controle de constitucionalidade, entre outros.

⁵⁷ Os elementos formais de aplicabilidade são os que estabelecem as regras de aplicação das normas constitucionais, como o dispositivo do § 1º, do artigo 5º, que prescreve que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 43.

⁵⁹ MICHAELLO MARQUES, Carlos Alexandre; NUNES, Franciene Rodrigues. Op. cit., p. 01.

Indo mais além, a Constituição Federal de 1988, além de garantir um Estado Democrático de Direito, também garante a dignidade humana, através de uma sociedade justa e solidária, prevalecendo os direitos fundamentais, dentre eles, o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, bem como o direito à segurança, à igualdade, à propriedade, ressaltando-se ainda, os direitos sociais à educação, trabalho, saúde, moradia, dentre outros.

Tudo isso vem de encontro à essência do Estado Democrático de Direito brasileiro que, conforme já mencionado, encontra-se pautado na exigência do consentimento e do controle popular para o exercício do poder estatal e na exigência de submissão à lei, não só de seus habitantes em geral, mas, principalmente, daqueles que exercem o poder, com vista a garantir os direitos, a dignidade e, assim, o bem-estar de cada indivíduo⁶⁰.

E tais direitos e suas concepções são, por sua vez, garantidos pela Constituição Federal de 1988. Daí ser chamada de “Constituição cidadã”, justamente por não se preocupar somente com os aspectos políticos ou jurídicos do Estado brasileiro, mas também, e principalmente, com os aspectos sociais que permeiam e fundamentam a existência deste Estado.

Nesse contexto, tão importante quanto todos os elementos, aspectos e garantias acima citados está o fato de que, no Estado Democrático de Direito brasileiro, a titularidade do poder constituinte pertence ao povo, daí ser possível afirmar que a Constituição é, também, um fato cultural, produzido pela sociedade e que sobre ela pode influir. Sobre isso Teixeira diz que a Constituição ainda:

(...) apresenta, na sua complexidade intrínseca, aspectos econômicos, sociológicos, jurídicos e filosóficos, a fim de abranger o seu conceito em uma perspectiva unitária. (...) As Constituições positivas são um conjunto de normas fundamentais, condicionadas pela cultura total, e ao mesmo tempo condicionantes desta, emanadas da vontade existencial da unidade política, e reguladoras da existência, estrutura e fins do Estado e do modo de exercício e limites do poder político⁶¹.

O que isso significa, na prática, é que o texto da Constituição Federal de 1988 tornou-se o responsável por congregar os valores fundamentais, ou seja, o cerne da organização estatal, com os direitos, as garantias e os deveres fundamentais, os quais representam, em suma, as características primordiais do povo brasileiro o que, por conseguinte, permitiu a formação, neste

⁶⁰ KARAM, Maria Lúcia. Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais. Artigo publicado em 09 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 08 jan. 2015, p. 02.

⁶¹ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 97.

contexto, da definição da identidade constitucional brasileira, pressuposto para o entendimento do conceito da cidadania constitucional.

Com base nessa linha de raciocínio, Miranda⁶² traz que o poder estatal é aquele relacionado ao ato de “construir e de reconstruir o Estado” que se encontra, então, no âmbito do ser ao passo que o poder constituinte, como mais alta espécie do poder de legislar, no mundo do dever ser.

Ainda conforme Miranda, o conteúdo do poder estatal é a formação do ser; o conteúdo do poder constituinte é normação, dever ser, discriminação. O ser do poder constituinte provém do poder estatal e é este que o determina, o delinea, o delimita⁶³.

Dessa maneira, em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, e segundo o que traz o artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, ao afirmar, categoricamente, que todo o poder emana do povo, o poder estatal tem por fonte o povo e todo o seu aspecto plural, o qual dever ser compreendido, conforme Canotilho, como:

Uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas, tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de ‘opiniões’, ‘vontades’, ‘correntes’ ou ‘sensibilidades’ políticas nos momentos preconstituintes e nos procedimentos constituintes⁶⁴.

Ainda, para Müller, o “povo” deve ser entendido em quatro acepções distintas, quais sejam, como povo ativo, instância global de atribuição de legitimidade, ícone e destinatário de prestações civilizatórias do Estado e do povo participante⁶⁵.

Nessa ótica, para a formação de determinado Estado, o povo, igualmente, é um dos elementos de sua composição e sua pluralidade, ou seja, seus aspectos étnicos, culturais e sociológicos são de fundamental importância para o entendimento da identidade constitucional.

Tal afirmação é corroborada pelo fato de que um dos pontos mais importantes da Constituição Federal de 1988 veio justamente com o desenvolvimento de sociedades hipercomplexas e diferenciadas, que, por sua vez, influenciaram diretamente a concepção e

⁶² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 175.

⁶³ Ibidem, p. 187.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 75.

⁶⁵ MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia. 4 ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

formação do paradigma do Estado Democrático de Direito, que o levou a adotar um caráter pluralista e aberto⁶⁶.

Aqui, é importante deixar bem claro que, ainda que o Direito seja influenciado por concepções da época pré-moderna, a observância dos direitos fundamentais, como a igualdade e a liberdade, por exemplo, jamais deve ser deixada de lado e, neste contexto, o constitucionalismo assume um importante papel no que se refere ao respeito e observância destes direitos e suas aplicações.

Para Canotilho, o constitucionalismo surge ligado à "incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu conhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário"⁶⁷.

Tal processo tem como principal consequência a possibilidade de controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos que regulam tais direitos, tomando-se por paradigma os direitos fundamentais positivados na Constituição que, por sua vez, têm o caráter de normas jurídicas vinculativas⁶⁸.

Outro elemento importante do processo de constitucionalização que culminou com a positivação da primeira dimensão de direitos fundamentais, conforme já mencionado, é a noção de personalidade jurídica do Estado e isto se deve ao fato de que, para que as relações entre o Estado e o indivíduo pudessem constituir relações jurídicas, cumpria que o Estado fosse considerado como sujeito de direito, capaz de titularizar não somente direitos, como também obrigações. A partir daí, o Estado passa a ser órgão do povo, com prerrogativas e faculdades previstas na Constituição⁶⁹.

Assim, a ideia de que o Estado é sujeito de direitos e obrigações é essencial para que lhe possam opor justamente os direitos fundamentais. Por conseguinte, "a ideia, ínsita ao Estado liberal, da separação Estado-sociedade é reavaliada, dando surgimento à compreensão de que o Estado deve prover para que a sociedade logre superar as suas angústias estruturais"⁷⁰.

O Estado, portanto, com a consagração dos direitos à prestação em favor do indivíduo e, mesmo no caso dos direitos fundamentais de terceira dimensão, de titularidade difusa, passa

⁶⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Minorias e democracia no Brasil. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 307-322, jan. dez. 2006.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 309.

⁶⁸ MAIA NETO, Geraldo de Azevedo. O significado dos direitos fundamentais e o papel do constitucionalismo. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2508, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14850>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 110.

a ter o dever de agir para viabilizar o exercício de direitos, não somente sociais, mas também individuais.

Talvez por isso haja, modernamente, a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que "não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos [...] esses direitos, na verdade, consagram valores básicos da ordem jurídica e da sociedade"⁷¹.

Os direitos fundamentais devem ser observados, assim, nas relações dos indivíduos entre si, que devem respeitar sua força vinculante e eficácia.

Nessa linha e conforme a evolução do constitucionalismo, pode-se observar a necessidade de respeito à alteridade e de reconhecimento de minorias, outro elemento que legitima o caráter plural das sociedades contemporâneas⁷². Uma boa prova disso é que, desde o surgimento das revoluções liberais burguesas, conforme mencionado no item anterior, tal evolução vem incorporando ao discurso constitucional o reconhecimento de grupos e situações socialmente vulneráveis, como o caso de mulheres e negros e questões que põem em cheque a efetividade dos direitos garantidos pelo texto constitucional.

É justamente no constitucionalismo que surgem as primeiras noções de identidade do sujeito constitucional como sendo o “povo” e que passa a ser tratado como força de legitimação do texto constitucional e, conseqüentemente, de garantia de direitos fundamentais, o que contribui para a sua identidade constitucional.

Nesse sentido, afirma Rosenfeld que:

Da perspectiva do constitucionalismo moderno, a ordem política pré-moderna podia evitar, sobretudo, a obsessão com a oposição entre o ‘eu’ e o ‘outro’ à medida que ela era capaz de sustentar uma visão unificada moldada pela religião, a ética e as normas jurídicas que se apoiavam mutuamente e que eram compartilhadas por todos. O constitucionalismo moderno, por outro lado, não pode evitar o contraste entre o eu (*self*) e o outro como uma consequência do pluralismo que lhe é inerente⁷³.

Indo mais além e diante do atual contexto de complexidade, pluralismo e mutabilidade social já mencionados, o estabelecimento da identidade do sujeito constitucional decorre do desenvolvimento da filosofia da linguagem, ao apontar que o “congelamento” da identidade do

⁷¹ Ibidem, p. 170.

⁷² ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 17.

⁷³ Ibidem, p. 18.

sujeito constitucional pelos autores constituintes é apenas aparente, uma vez que “[...] sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída”⁷⁴.

De maneira mais aprofundada, Rosenfeld afirma que:

[...] não é obvio congelar a identidade constitucional no momento de seu nascimento. Mas ainda não é obvio que esse congelamento seja desejável, pois seria autocontraditório uma vez que os próprios constituintes tinham a intenção de criar tão-somente o delineamento de uma moldura capaz de satisfazer as necessidades das gerações futuras⁷⁵.

Nesse contexto, tanto o Direito quanto a Constituição Federal não podem ser somente vistos a partir de um sistema fechado de regras delimitadas, mas sim, assumir uma visão principiológica e discursiva capaz de oferecer soluções mais legítimas e coerentes na reconstrução da identidade do sujeito constitucional⁷⁶.

Dessa maneira, e levando-se em consideração que o sujeito constitucional se encontra constantemente em reconstrução, é importante destacar que esta reconstrução jamais pode se tornar definitiva ou completa, uma vez que a identidade do sujeito constitucional se desenvolve em um hiato ou na ausência, o que guarda analogia com a teoria psicanalítica do sujeito de Freud e Lacan, e com a teoria filosófica do sujeito, de Hegel. Entretanto, a ausência do sujeito constitucional não nega o seu caráter indispensável, daí a necessidade de sua reconstrução que, por sua vez, é influenciado por sua propensão em se alterar com o tempo e pela tensão entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes. Estas identidades, que farão parte da determinação da identidade constitucional, desdobram-se, por exemplo, em identidades nacionais, regionais, linguísticas, religiosas, éticas, políticas e ideológicas⁷⁷.

Já quanto à tensão entre a assimilação e rejeição de identidades relevantes, Rosenfeld afirma que “[...] a identidade do sujeito constitucional só é suscetível de determinação parcial, mediante um processo de reconstrução orientado no sentido de alcançar um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes”⁷⁸.

Com relação específica ao texto constitucional, uma vez que toda Constituição escrita é necessariamente incompleta e aberta a múltiplas interpretações possíveis e plausíveis, muitas vezes conflitantes entre si, a identidade constitucional deve ser vista também como em

⁷⁴ Ibidem, p. 19.

⁷⁵ Ibidem, p. 27.

⁷⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, v. 3, p. 473.486, maio, 1999.

⁷⁷ ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 26.

⁷⁸ Ibidem, p. 27.

construção, pois, do mesmo modo que um dado texto constitucional jamais será capaz de contemplar todos os temas pertinentes às questões oriundas tanto do constitucionalismo quanto da própria Constituição, também a apreensão da identidade constitucional será sempre uma tarefa carente de complementação, e, portanto, sempre necessariamente aberta à interpretação⁷⁹.

Logo:

(...) podemos concluir que a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Sobretudo no contexto de uma constituição viva, de uma *living constitution*, a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão. Do mesmo modo, a matéria constitucional (*the constitutional subject*) – de qualquer modo que seja definida – parece condenada a permanecer incompleta e sempre suscetível de maior definição, de maior precisão⁸⁰.

Ou seja, a identidade do sujeito constitucional é mutável e determinada apenas parcialmente, num jogo de rejeição e assimilação que o torna sempre incompleto e carente de reconstrução, que jamais pode tornar-se definitiva ou completa.

Assim, no processo de reconstrução da identidade do sujeito constitucional, o constitucionalismo moderno, ainda que esteja sujeito à ideia de governo limitado deve, também, primar pela aceitação do Estado Democrático de Direito e pela proteção dos direitos fundamentais, sendo que estes representam como fator legitimador da proteção constitucional.

Desse modo, levando-se em conta que a Constituição Federal tem por requisitos a proteção dos direitos e garantias fundamentais, a existência de limites para o governo, o respeito ao pluralismo e a institucionalização do Estado Democrático de Direito, também a democracia se efetiva e se orienta a partir do texto constitucional que, por sua vez, está relacionada à identidade do sujeito constitucional.

Consequentemente, e retomando Habermas, a relação entre a proteção dos direitos e garantias fundamentais enquanto bases de uma Constituição caracterizada pela sua rigidez e o pluralismo, por sua vez, marcado e inserido no contexto de constantes modificações pelas quais passa a sociedade, segue relacionada à autonomia e à participação dos cidadãos na vivência democrática, noções básicas da cidadania, abrindo margem, então, para a discussão acerca do conceito, aspetos e papel da cidadania constitucional no Estado Democrático de Direito segundo Jürgen Habermas.

⁷⁹ Ibidem, p. 17-18.

⁸⁰ Ibidem, p. 23.

1.3 Cidadania constitucional no contexto democrático segundo Jürgen Habermas.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o cidadão é aquele indivíduo a quem são conferidos os direitos e garantias individuais, políticas, sociais, econômicas e culturais o que, por sua vez, lhe dá o poder de seu efetivo exercício, além de meios processuais eficientes contra a violação de seu gozo ou fruição por parte do poder público⁸¹.

Aqui, cabe ressaltar que, ainda que a Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos políticos, não se referira diretamente à expressão cidadania: "A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direito e secreto, com valor igual para todos (...)" (art. 14, CF), ainda assim, seu texto faz uma separação entre cidadania e direitos políticos quando, ao tratar das leis delegadas, exclui do âmbito da delegação legislativa a nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais. (cf. art. 68, § 1.º, II, CF)⁸².

Nesse contexto, o que importa destacar é que a atual Constituição abandona as antigas noções de cidadania ativa (participação efetiva do cidadão no cenário democrático) e passiva (cidadão somente enquanto detentor de direitos e garantias), incorporando em seu texto a concepção contemporânea de cidadania introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e reiterada pela Conferência de Viena de 1993. Desta forma, os conceitos de cidadão e cidadania, além de ampliados são enriquecidos e seu novo entendimento "decorre da ideia de Constituição dirigente, que não é apenas um repositório de programas vagos a serem cumpridos, mas constitui um sistema de previsão de direitos sociais, (...) em torno dos quais é que se vem construindo a nova ideia de cidadania"⁸³.

A cidadania, então, deixa de ser tratada como simples qualidade de gozar direitos políticos para constituir um núcleo mínimo e irredutível de direitos fundamentais que devem impor-se, obrigatoriamente, à ação dos poderes públicos. A cidadania, assim considerada:

Consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro e de contribuir para o aperfeiçoamento de todos⁸⁴.

⁸¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos, cidadania e educação. Uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2074>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

⁸² Idem.

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem.

Vê-se, dessa forma, que na concepção de cidadania conforme a Constituição Federal de 1988 são consagrados, de uma vez por todas, os pilares universais dos direitos fundamentais contemporâneos fundados na sua universalidade, indivisibilidade e interdependência.

A universalidade dos direitos humanos consolida-se, na Constituição de 1988, a partir do momento em que ela consagra a dignidade da pessoa humana como núcleo informador da interpretação de todo o ordenamento jurídico, tendo em vista que a dignidade é inerente a toda e qualquer pessoa, sendo vedada qualquer discriminação. Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, a Constituição de 1988 é a primeira Carta brasileira que integra, ao elenco dos direitos fundamentais, os direitos sociais, que anteriormente restavam espalhados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. Assim, foi a primeira a explicitamente prescrever que os direitos sociais são direitos fundamentais, sendo, pois, inconcebível separar o valor liberdade (direitos civis e políticos) do valor igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais). Conclui-se, portanto, que a Constituição brasileira de 1988 endossa, de forma explícita, a concepção contemporânea de cidadania, afinada com as novas exigências da democracia e fundada no duplo pilar da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos⁸⁵.

A “nova” cidadania, portanto, requer a participação do cidadão na esfera pública e tem como base o respeito em relação às diferenças e a superação das desigualdades sociais, bem como a capacidade de buscar consensos que privilegiem a maioria dos envolvidos ou, num sentido mais amplo, o bem comum. Esta nova concepção de cidadania supera a antiga doutrina, datada da época do constitucionalismo do império, da cidadania ativa e passiva que significava a prerrogativa de quem podia participar da vida política do país, ou seja, de quem detinha os direitos políticos, daqueles a quem faltava este atributo⁸⁶.

A importância de tal conceito de cidadania está no fato de que, em uma democracia constitucional, é necessário que os cidadãos se reconheçam como coautores das decisões do Estado e esta é uma via de mão dupla: enquanto o Estado só possui o monopólio da coerção em virtude da liberdade dos indivíduos de constituí-lo democraticamente, a representatividade da atividade estatal, em qualquer poder ou esfera que se pense, deve ser uma extensão da vontade pública, da opinião pública⁸⁷.

O direito a cidadania, por conseguinte, permite o processo contínuo e reflexivo que repercute na possibilidade de alteração da realidade circundante do sujeito constitucional e na utilização das prerrogativas jurídicas e políticas do cidadão. O papel da cidadania, portanto, surge diretamente vinculado ao exercício da autonomia do cidadão. Aqui, cabe destacar que, mesmo quando este deixa de realizar seu papel de cidadão, não deixa de ser cidadão, devendo-

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 94.

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 215.

se entender que aquele que não participa da política, que se abstém de assumir a responsabilidade de construir o seu futuro, aquele cidadão considerado “apático” politicamente que prefere transferir a responsabilidade para que outro realize o “papel desagradável” da política, fomenta o paternalismo e o clientelismo Estatal. Ou ainda na mesma linha, aquele que prefere que outro pense em seu lugar, encontra-se na minoridade⁸⁸.

Nas palavras de Carvalho Netto:

Para Rosenfeld, tal como para Friedrich Müller, Chantal Mouffe e a maior parte da filosofia política e da doutrina constitucional atuais, sabemos hoje, por experiência própria, que a tutela paternalista elimina precisamente o que ela afirma preservar. Ela subtrai dos cidadãos exatamente a cidadania, o respeito à sua capacidade de autonomia, à sua capacidade de aprender com os próprios erros, preservando eternamente a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de uma não-cidadania), manipulável e instrumental por parte daqueles que se apresentam como seus tutores, como os seus defensores, mas que, ainda de modo inconsciente, crêem *a priori* e autoritariamente na sua superioridade em relação aos demais e assim, os desqualificam como possíveis interlocutores. O debate público e os processos constitucionais de formação de uma ampla vontade e opinião pública são assim privatizados⁸⁹.

Diante disso, pode-se afirmar que o esclarecimento dos cidadãos a respeito do uso de seus direitos políticos constitucionalmente garantidos é o caminho mais adequado para a construção da democracia constitucional e de melhores interpretações do constitucionalismo brasileiro. Assim, quanto mais esclarecidos na defesa dos seus direitos fundamentais forem os sujeitos constitucionais, mais adequada será a aplicação do conceito de cidadania⁹⁰.

Indo mais além nesse contexto, é fato que somente quem possui condições amplas de cidadania pode efetivamente valorar o que é o direito. Do contrário, rompe-se a primeira etapa de um processo que se entende unitário porque, uma vez que o sentimento jurídico não se fundamenta de maneira isolada, devendo ser apreendido no contexto social de integração que preserve o caráter emotivo próprio do sentir, o sentimento constitucional não prescinde do aspecto intelectual⁹¹.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 11.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ CARVALHO, Jose Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 11.

E é justamente aqui que se entende a importância da cidadania para fins de delineamento do sentimento constitucional, destacando-se o respeito aos direitos fundamentais como condição primordial para a construção da cidadania constitucional⁹².

Logo, para que o sentimento extrajurídico possa integrar corretamente o jurídico, é imprescindível que se obtenha, no discurso de integração, a participação de todos os grupos de indivíduos, o que deve ser assegurado pelo Estado, o qual se pretende Democrático de Direito. Para tanto, faz-se necessário o entendimento sobre o local que cada cidadão integra dentro do sistema político, com vistas a legitimar todas as vozes constantes do debate democrático⁹³.

A cidadania, então, mais do que um conjunto de direitos, representa a consciência de pertencimento a um grupo ou coletividade política, mediante a identificação a uma dada cultura e história e é somente através desta consciência de pertença a uma sociedade que a ideia de cidadania surge relacionada à responsabilidade política de cada um em contribuir para o aperfeiçoamento do Estado⁹⁴.

Conforme destaca Andrade, o discurso da cidadania varia segundo as relações de força na sociedade. Assim, quanto mais forte se apresente uma classe na defesa de determinado direito, maiores as chances de ecoar a sua ideologia como posição determinante em uma relação desigual de dominação, ao que as classes menos favorecidas tenderão em permanecer à margem do processo para obtenção do efetivo reconhecimento⁹⁵.

Já de acordo com Leite, a ampliação da ideia de cidadania visa resgatar o seu espectro de abrangência, como forma de caracterização dos direitos fundamentais:

A cidadania, portanto, deixa de ser considerada simples emanção do direito subjetivo do indivíduo de participar nos negócios do Estado para se transformar na ideia que, por sua extensão, pela abertura interdisciplinar, pela conotação política que exhibe e pela multiplicidade de suas dimensões, pode servir de sustentáculo para a superação das contradições e perplexidades que gravitam em torno de temas como liberdade e justiça social, igualdade e solidariedade, universalismo e nacionalismo, direitos fundamentais e sociais e econômicos, nesta fase de transição para o século XXI⁹⁶.

O exercício da cidadania volta-se, então, para questões de consolidação de mecanismos que possibilitem aberturas procedimentais cívicas na reconstrução permanente do Estado

⁹² Idem.

⁹³ Ibidem, p. 15-16.

⁹⁴ Ibidem, p. 16.

⁹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Cidadania: do direito aos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 52.

⁹⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ação civil pública na perspectiva dos direitos fundamentais. São Paulo: LTR, 2008, p. 38.

Democrático de Direito. Isso porque, uma vez que na democracia constitucional, o respeito mútuo dos cidadãos na construção da decisão estatal é uma exigência para que se possa declarar iguais direitos e liberdades, a construção da própria democracia necessita de permanente atenção às ações públicas que dizem respeito a todos os agentes públicos, estes vinculados aos fundamentos constitucionais adequados em cada caso específico no ato de proferir suas decisões. Daí ser possível apontar a necessidade de haver uma comunicação constante entre sociedade civil e esfera pública que possibilite a atualização daquilo que se chama de identidade constitucional, conforme abordado no item anterior.

Nesse contexto, também cabe ressaltar ser somente através do diálogo que os cidadãos poderão manifestar suas identidades e defender seus interesses amparados pelos direitos fundamentais. Aqui, a intenção não é de universalizar nenhum modo de vida, mas sim, garantir a manifestação da pluralidade de concepções de bem por meio de mecanismos procedimentais em que os cidadãos sejam tratados como iguais e livres. Segundo Galuppo: “enquanto o antônimo para igualdade é desigualdade, o antônimo para identidade é diferença”⁹⁷.

A homogeneidade, portanto, impossibilita o reconhecimento dos indivíduos como cidadãos livres e iguais em busca de efetividade dos direitos fundamentais. Para Carvalho Netto:

Não há espaço público sem respeito aos direitos privados à diferença, nem direitos privados que não sejam em si mesmos destinados a preservar o respeito público às diferenças individuais e coletivas na vida social. Não há democracia, soberania popular, sem a observância dos limites constitucionais à vontade da maioria, pois aí há, na verdade, uma ditadura; nem constitucionalismo sem legitimidade popular, pois aí há autoritarismo. A igualdade reciprocamente reconhecida de modo constitucional a todos e por todos os cidadãos, uma vez que, ao mesmo tempo, a todos e por todos é também reconhecida reciprocamente a liberdade, só pode significar a igualdade do respeito às diferenças, pois embora tenhamos diferentes condições sociais e materiais, distintas cores de pele, diferentes credos religiosos, pertencamos a gêneros distintos ou não tenhamos as mesmas opções sexuais, nos respeitamos ainda assim como se iguais fossemos, não importando todas essas diferenças⁹⁸.

A democracia constitucional, portanto, deve institucionalizar procedimentos deliberativos em que os interesses manifestos dentro da sociedade civil possam ser ouvidos e discutidos com igual respeito por todos na esfera pública. Estes interesses diversos, por sua vez, buscam, além de tudo, o reconhecimento da identidade em um processo moderno de legitimação. Neste cenário, o direito entra como um mecanismo de integração social que irá

⁹⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 214.

⁹⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. Op. cit., p. 13.

fundamentar o respeito mútuo entre os cidadãos que possuem interesses divergentes, mas que são detentores de igual respeito e liberdade.

Assim, percebe-se claramente que a proteção dos direitos fundamentais está intimamente ligada à democracia e que esta relação reflete diretamente no exercício da cidadania constitucional.

Tal entendimento vem de encontro ao que traz Jürgen Habermas, considerado um dos mais importantes filósofos da atualidade, cujas ideias têm influenciado os estudiosos da filosofia constitucional.

Segundo Habermas, diante do inegável fato de que a sociedade passa por inúmeras transformações e apresentam profundas contradições sociais, a relação direta entre os direitos fundamentais e a soberania popular, alcançada através do exercício da cidadania constitucional, possibilita uma real coexistência entre autonomia privada e autonomia pública.

Esta, inclusive, é a base da teoria discursiva de Habermas⁹⁹, cujo modelo discursivo abrange e concilia tanto as concepções individuais como as coletivas, defendendo a ideia de que nenhuma das autonomias deve-se sobrepor a outra, vez que não são antagônicas, não havendo, portanto, como optar por uma em detrimento da outra.

Nesse contexto e conforme já mencionado, as sociedades são caracterizadas pelo pluralismo e pela multiplicidade de valores culturais, religiosos, sociais e morais, com diversas concepções individuais do que seria uma vida digna, e para Habermas, é justamente este multiculturalismo das sociedades que fomenta a discussão acerca da interpretação do Estado Democrático de Direito, ao evidenciar a inerente tensão entre o princípio do igual tratamento das pessoas e a busca pela proteção das várias identidades culturais de uma sociedade.

Nas palavras de Habermas, a sociedade moderna “promove o individualismo nos projetos pessoais de vida e um pluralismo nas formas de vida coletiva”¹⁰⁰. Ou seja, a sociedade, tal qual o cidadão, além de ser múltipla, está sempre em construção.

Partindo desse ponto, Habermas, ao explicar sua teoria, aponta ser através da democracia que se torna possível aliar o exercício da cidadania com a representação política tradicional o que, por sua vez, permite superar os questionamentos quanto à legitimidade do Direito, bem como sua adequação. Através desta teoria também é possível a instituição de um direito legítimo, onde estarão garantidas as liberdades subjetivas conjuntamente com a ativa participação dos cidadãos¹⁰¹.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 21.

¹⁰⁰ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 90.

¹⁰¹ Idem.

A questão do pluralismo, tão presente no pensamento de Habermas, é justamente o que corrobora a noção de que a sociedade, assim como o indivíduo, está sempre em construção e que, assim sendo, o Direito encontra certa dificuldade em atender ao interesse coletivo. Portanto, ao defender uma relação interna entre as autonomias pública e privada, a teoria discursiva de Habermas faz uma releitura das interpretações liberais e republicanas, conjugando-as de maneira que, no Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais e a soberania popular desempenham papéis distintos, mas ao mesmo tempo complementares.

No entender de Canotilho, a democracia discursiva de Habermas não se pauta nem em valores universais do homem (numa perspectiva liberal) e nem na moral de uma comunidade específica (numa visão republicana) unicamente, mas sim em regras de discussão, cujo fim é proporcionar uma solução universal a questões problemáticas, morais e éticas da sociedade¹⁰².

Segundo Habermas:

A co-originariade da autonomia privada e pública somente se mostra quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica¹⁰³.

Canotilho esclarece que a legitimação do Direito moderno é vista por Habermas como uma tensão entre os direitos fundamentais e o princípio da soberania do povo. Assim, Habermas constrói um modelo de autolegislação, através de sua teoria do discurso, onde os destinatários são ao mesmo tempo autores de seus direitos. Para tanto, sua teoria discursiva permite uma situação ideal de diálogo, onde todos os participantes têm acesso, prevalecendo o melhor argumento. Assim, Habermas idealiza um projeto de construção de um espaço público, onde estão asseguradas a democracia, através de uma participação imparcial, longe de coação, coerção e qualquer influência externa, participação esta que se dá através do exercício da cidadania¹⁰⁴.

Observa-se, portanto, que a teoria discursiva de Habermas pretende concretizar os direitos fundamentais através de “um paradigma de racionalidade do entendimento que leve ao

¹⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1417.

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 139.

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1418.

cumprimento das condições de reconhecimento intersubjetivo da validade normativa, a qual consiste e possibilita a aceitabilidade racional”¹⁰⁵.

Logo, ao desenvolver uma interpretação dos direitos fundamentais à luz da teoria do discurso, Habermas tem a pretensão esclarecer o nexó interno entre direitos fundamentais e soberania do povo, assim como pretende solucionar o paradoxo da legitimidade que surge da legalidade.

Habermas acredita ainda que a Constituição, ao configurar um sistema de direitos fundamentais, tem a função de contextualizar princípios universalistas e transformá-los numa base comum a todos os cidadãos. Para o autor:

A ideia dos direitos humanos e a da soberania do povo determinam até hoje a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos. A história de teoria é um componente necessário, um reflexo da tensão entre facticidade e validade, entre positividade do direito e a legitimidade pretendida por ele, latentes no próprio direito¹⁰⁶.

Nesse mesmo sentido, Canotilho aponta que o Estado de Direito Democrático-Constitucional segue pautado pela indispensabilidade da democracia, pois: “a articulação do processo democrático com o processo de institucionalização de garantias fundamentais conduzirá sempre à análise da complexidade do Estado de Direito Democrático-Constitucional”¹⁰⁷.

Ainda segundo Habermas, os elementos da normatização constitucional e do processo político de formação de opinião e da vontade são a essência do aspecto democrático do Estado de Direito. Logo, é preciso que os cidadãos efetivamente participem da produção normativa através de um espaço público, onde esteja assegurada a igualdade e liberdade a todos, pois, somente assim, pode-se obter a legitimidade do direito¹⁰⁸.

Ademais, é fato que apenas aqueles cidadãos participativos que veem legitimidade no Direito serão capazes de manter assegurados seus direitos fundamentais.

Ainda com relação à cidadania, Habermas apresenta também o conceito de “patriotismo constitucional” configurando, assim, uma “nação de cidadãos”, autônomos, participativos e independentes e que tenham a consciência de que são ao mesmo tempo autores e destinatários de seus direitos, o que leva a uma participação ampla de toda a comunidade, onde todos são

¹⁰⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos Duarte. Teoria do discurso e correção normativa do direito. 2 ed. São Paulo: Landy, 2004, p. 250.

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 128.

¹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1334.

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 130.

livres e iguais e têm respeitados os direitos fundamentais. Nesse ponto, o conceito de legitimidade que surge da legalidade, tão importante ao desenvolvimento do Direito é resgatado na função do Poder Judiciário¹⁰⁹.

Aqui, a atuação de um Judiciário comprometido com a democracia e que garanta condições para o exercício da cidadania ao levar em conta as desigualdades sociais, bem como o pluralismo de identidades culturais e individuais, sem, no entanto, ser um substituto para a cidadania que deve garantir, é fundamental para o Estado Democrático de Direito.

Em sua linha de pensamento, Habermas considera que a função do Direito é gerar integração social ao regenerar o código dos sistemas políticos e econômicos; ao viabilizar a comunicação entre os sistemas e o mundo da vida; ao atuar na forma de um sistema de ação forma o meio pelo qual as instituições do Direito se reproduzem junto com as tradições jurídicas compartilhadas intersubjetivamente e com a capacidade subjetiva de interpretação do Direito no âmbito do mundo da vida. Desta forma, “o Direito realiza a integração social e dele participam todas as comunicações que por ele se orientam”¹¹⁰.

Assim, na teoria discursiva de Habermas, o Direito, em sua função instrumental, legitima a ação do Estado, que passa a ter competência de tomar decisões. Ou seja, ao atribuir uma forma ao poder político, o Direito atua como organizador deste poder, que institucionaliza o próprio Direito e reforça suas decisões. Nesta visão, não se pode limitar o Direito Constitucional ao Judiciário, pois o Direito Constitucional é a ligação do político com o jurídico.

Conforme Habermas, o Judiciário é fundamental para o surgimento de uma cidadania ativa, pois é ele que agirá em defesa tanto da democracia quanto dos direitos fundamentais. Logo, na teoria habermasiana só é possível a aplicação dos princípios do Direito quando eles são inseridos como critérios de decisão dentro de um processo democrático de formação da legislação não se admitindo, portanto, a inclusão de novos princípios no processo de aplicação do Direito¹¹¹.

A fim de fundamentar sua postura, Habermas faz uma distinção entre os discursos de aplicação, guiados apenas pelo Direito, sendo imparcial e servindo somente à aplicação da justiça, livre de influências externas e os discursos de fundamentação, disponíveis no sistema

¹⁰⁹ Ibidem, p. 132.

¹¹⁰ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Jurisdição e democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 126.

¹¹¹ Ibidem, p. 127.

político, onde haverá uma ampla participação de todos no já mencionado espaço público concebido por Habermas¹¹².

Indo mais além, Habermas acredita que, na aplicação do Direito pelo Judiciário, não há um ideal a ser seguido, devendo-se adotar o paradigma prevalente à época vigente que, por sua vez, deve estar de acordo com a sociedade. O Judiciário, neste cenário, deve contar com a ajuda dos cidadãos, promovendo-se assim, o resgate da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, pois a correção dos argumentos na teoria habermasiana traduz-se em “aceitabilidade racional”, uma vez que a resposta correta não pode ser explicada por intermédio de uma teoria do Direito, por mais desenvolvida que ela seja. Portanto, a resposta correta terá como subsídio a prática da argumentação, que tem como objetivo a busca pelo consenso, com assentimento de todos os participantes, num ambiente livre de pressões¹¹³.

Justamente por isso, Habermas considera que a Constituição não pode ser resumida a uma ordem concreta de valores. Por isso, o autor acredita que se deve rever o modo como o controle de constitucionalidade é visto, pois, segundo sua teoria, os tribunais erroneamente entram em discursos de justificação, que não devem estar disponíveis a eles, vez que somente discursos de adequação pertencem ao tribunal constitucional. Aprofundando seu posicionamento, o autor aponta que os direitos fundamentais não podem ser equiparados a valores materiais¹¹⁴.

Dessa maneira, Habermas acredita que os tribunais constitucionais, ao se guiarem pela ideia de concretização de valores materiais, acabam assumindo todas as razões em caso de colisão, transformando-se, conseqüentemente, em um tribunal autoritário e irracional, vez que qualquer tese poderá ser utilizada como argumento. Assim, em sua teoria, onde os discursos são divididos em discursos de aplicação e justificação, conforme mencionado acima, no discurso jurídico há uma compreensão igualitária das normas e princípios do Direito e, portanto, somente atuarão com base em discursos de aplicação, não sujeitando os direitos fundamentais a uma análise de custos e vantagens.

Com isso, e diante do exposto nesse capítulo, a Constituição Federal de 1988, considerada “cidadã”, é a responsável pelo regulamento jurídico do Estado Democrático de Direito brasileiro, bem como de toda sua estrutura, tendo lugar aqui os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e a sociedade em si. Harmonizar todos estes aspectos é a razão pela qual se presume seja ela dotada de estabilidade, exigência indispensável à segurança jurídica, à

¹¹² Idem.

¹¹³ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 132.

¹¹⁴ Idem.

manutenção das instituições e, principalmente, ao respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

O cidadão, no contexto do Estado Democrático de Direito, assume seu papel ao exercer sua autonomia e participar ativamente da vida em sociedade aperfeiçoando, assim, tanto sua identidade enquanto sujeito constitucional como o funcionamento do Estado que, por sua vez, está voltado diretamente para a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, segundo Habermas e conforme o conceito da cidadania constitucional.

Nesse contexto, como a sociedade é dinâmica, refazendo e construindo seus entendimentos, hábitos e costumes à medida que evolui, também o ordenamento constitucional deve acompanhar esta evolução do pensamento social a fim de continuar cumprindo sua função primeira, ou seja, a soberania popular.

Retomando Habermas, enquanto “instrumento” de serviço a favor do cidadão, o Poder Judiciário também deve acompanhar a evolução natural da sociedade e, aqui, ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico constitucional possui caráter rígido e estático, também apresenta caráter dinâmico e isto se deve, naturalmente, ao fato de que a realidade social está em constante evolução e, à medida que isto acontece, as exigências da sociedade vão se modificando, de maneira que o Direito não pode e não deve permanecer alheio a esta situação, devendo sempre estar intimamente ligado aos anseios, necessidades e aspirações dos cidadãos.

Assim, quando da necessidade de modificações necessárias à adaptação da Constituição às realidades sociais, a mutação constitucional surge, em princípio, como a mudança da interpretação de um dispositivo constitucional a fim de atender a uma situação particular, cabendo ao Poder Judiciário e, mais especificamente, ao Supremo Tribunal Federal, tanto a correta aplicação de tal instrumento como a garantia de que a cidadania e os direitos fundamentais do cidadão não serão, de maneira alguma, lesados ou relegados a segundo plano. E este é o tema a ser abordado no capítulo a seguir.

2. O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

Conforme apresentado no capítulo anterior, o Estado Democrático de Direito, compreendido ao mesmo tempo como síntese e superação do Estado Liberal e do Estado Social, possui seus pilares fundamentados na convivência democrática e no respeito aos direitos fundamentais.

Assim, esse tipo de Estado não representa apenas uma “superação ideológica” em relação aos modelos anteriores, como se deu com o Estado de Direito para o Social, mas requer o redimensionamento das estruturas de poder para que se possa proceder à transformação da sociedade¹¹⁵.

No Brasil, o Estado Democrático de Direito segue implantado por meio da Constituição Federal de 1988, voltado para a formação e o exercício da cidadania, tão peculiares à convivência democrática dos dias atuais, quando se vive a época da realização dos direitos fundamentais que, por sua vez, sucede à da separação dos poderes, e tal mudança de paradigmas naturalmente teve que ser seguida pela adequação do sistema jurídico e político de forma a viabilizar a realização dos objetivos do novo Estado¹¹⁶.

Assim, fixar o sentido e o alcance de uma determinada lei, na sua aplicação a um caso concreto, de algum modo sempre implica poder normativo não muito distinto daquele existente no próprio ato de legislar, tendo lugar relevante neste contexto, a relação existente entre os universos jurídico e político¹¹⁷.

Nesse sentido, é inegável que o Direito possui uma função política, sendo que tal função consiste em analisar o estágio de desenvolvimento da sociedade em determinado momento histórico, tudo para que, na sequência, procurando ajustar o modo de atuação dos indivíduos quanto ao exercício do poder, solucionando conflitos e promovendo o consenso no que tange à tomada de decisões, seja alcançado o objetivo de que os superiores interesses da sociedade sejam implementados de maneira justa e eficiente, ensejando uma melhor qualidade de vida

¹¹⁵ TEIXEIRA, João Paulo Allain. Racionalidade das decisões judiciais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 19.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, mai./ago., 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200007&script=sci_arttext>. Acesso em: 11 jan. 2015.

¹¹⁷ FARIA, José Eduardo. Os desafios do judiciário. Revista USP, Coordenadoria de Comunicação Social (CCS)/USP, São Paulo, n. 21, p. 47-57, 1994.

para os seus membros, fazendo com que estes possam exercer todas as suas potencialidades em busca do pleno desenvolvimento pessoal que leva à dignidade e, conseqüentemente, ao exercício da cidadania¹¹⁸.

O Direito é uma realidade social. É um componente das atividades humanas marcado, como todas as atividades humanas, pela cultura e pelas formas de organização de cada sociedade. Mas é uma realidade singular. Ele é a um só tempo o reflexo de uma sociedade e o projeto de atuar sobre ela, um dado básico do ordenamento social e um meio de canalizar o desenrolar das relações entre os indivíduos e os grupos. O Direito adere, assim, intimamente ao estado da sociedade por ele representada, mas dela se distingue para exercer sua missão de organização, sua tarefa normativa. Se o Direito é uma realidade social, é também uma teoria ativa da sociedade, uma avaliação do que existe cuja meta é determinar o que deverá existir. Portanto, o Direito é uma realidade social de feição dupla. Como teoria, como modo de encarar as relações sociais, ele produz grande quantidade de saberes apropriados. Como forma de organização, produz instituições e especializa a seu serviço certo número de membros da sociedade¹¹⁹.

Diante disso, o Direito e seus operadores possuem como missão primeira e fundamental a implementação das garantias fundamentais do indivíduo, assegurando a este a possibilidade de viver dignamente, tendo respeitadas suas necessidades, tudo para que a sociedade caminhe rumo ao desenvolvimento.

Para tanto, a jurisdição constitucional assume o patamar de premissa da democracia, possuindo papel de destaque enquanto responsável pela defesa e concretização dos preceitos da atual Constituição¹²⁰.

A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, esta competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ ASSIER-ANDRIEU, Louis. O direito nas sociedades humanas. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 11.

¹²⁰ DANTAS, Ivo. Jurisdição constitucional e a promoção dos direitos sociais. In: SAMPAIO, José Adércio José. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 95.

constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição)¹²¹.

Em suma, a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Nesse contexto, compreendendo o Direito como um instrumento de transformação social e não apenas como o aparato necessário à manutenção do *status quo*, e, ainda, concebendo a Constituição não só como o fundamento de validade do ordenamento jurídico abstratamente considerado, mas como norte vinculante de toda a atividade político-estatal, o Poder Judiciário e a jurisdição constitucional, enquanto instrumentos de defesa da Constituição, assumem posição de destaque na efetivação do Estado Democrático de Direito¹²².

Dessa forma, o que importa é o fato de que a Constituição simboliza os anseios maiores da sociedade, construída historicamente por meio do pacto constituinte e, portanto, representativa do chamado contrato social entre o Estado e seus cidadãos, atuando como condição de validade em relação aos demais textos legais.

Streck observa que se a Constituição é o fundamento de validade do ordenamento jurídico e instrumento delimitador da atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. “A Carta Magna possui um corpo normativo apto a produzir efeitos, cabendo então ao poder judiciário a tarefa de atribuir efetividade ao conteúdo instituído pelo constituinte originário”¹²³.

Assim, por meio do controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional deve exercer a defesa do texto constitucional, combatendo as investidas indevidas do Poder Executivo na atividade legislativa, bem como as inércias inconstitucionais do Poder Legislativo, que obstruem a fruição dos direitos constitucionalmente assegurados ao cidadão e, naturalmente, esta atuação de controle possui como limite e parâmetro a própria Constituição¹²⁴.

Nesse contexto, o artigo 3º da Constituição Federal de 1988, a Constituição “cidadã”, traz o seguinte conteúdo, normativo programático:

¹²¹ CITTADINO, Giselle. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2002, p. 137.

¹²² Idem.

¹²³ STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 27.

¹²⁴ Ibidem, p. 29.

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento social nacional;

III – erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras forma de discriminação¹²⁵.

Paula adverte que o conteúdo esboçado no referido artigo é de cunho finalístico da atividade jurisdicional e que, portanto, assim será assumido pelo Poder Judiciário o objetivo de cumprir com o disposto na Constituição Federal¹²⁶.

Dessa forma, o deslocamento do centro das decisões para o Poder Judiciário justifica-se porque não mais se concebe que este se mantenha indiferente às questões éticas, políticas e de cunho social, limitando-se, como no passado, à reprodução fiel do direito positivo legislado. Modernamente, o Poder Judiciário passa a ter função ativa no processo de afirmação da cidadania e na concretização dos valores substantivos da Constituição. Destaca-se, sob esse ponto de vista, o conteúdo material da Constituição, que não mais se restringe a um aparato formal de direitos e procedimentos, mas exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais e democráticas¹²⁷.

Justamente por corroborar com tal visão, e conforme exposto no capítulo anterior, Habermas propõe um modelo de democracia baseado em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade, através de uma identidade política e constitucional dos cidadãos, e não com fundamento em conteúdos substantivos ou valores compartilhados.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário assume posição de destaque, atuando como intérprete da ordem constitucional e dos valores nela implícitos, configurando, assim, seu papel enquanto um dos poderes do Estado Democrático de Direito brasileiro.

2.1 As funções do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

No que se refere às funções do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, é importante que se faça referência, em termos jurídico-constitucionais, a alguns aspectos que constituem a chamada Constituição Judicial.

¹²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2007, p. 13.

¹²⁶ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático. Manole: Barueri, 2002, p. 58.

¹²⁷ Idem.

Entende-se por Constituição Judicial, a parte da Constituição Federal que reúne o conjunto de princípios e normas que definem as principais características e diretrizes pelas quais o Poder Judiciário se vai orientar. Trata-se, fundamentalmente, da parte da Constituição que trata das garantias e tutela jurisdicional dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, e das formas e princípios estruturantes, organizacionais, funcionais e de controlo do Poder Judiciário, bem como do estatuto dos juízes e dos magistrados do Ministério Público, etc.¹²⁸.

Portanto, ao Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, cabe tutelar os direitos e o Direito em si e é neste sentido que se pretende que os tribunais sejam chamados a contribuir para a efetivação dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e a defesa da legalidade.

O Poder Judiciário brasileiro, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, vem vivenciando a expansão do escopo dos direitos sociais em nome da proteção dos direitos fundamentais.

Daí que:

O Poder Judiciário cumpre um determinante papel na construção, proteção e garantia da efetividade dos direitos humanos, dentro da tradicional estrutura tripartite de poderes herdada da modernidade. Se uma sociedade na qual a cidadania se realiza é aquela que tem amplo acesso aos direitos, significa afirmar que estes direitos são realizados ou respeitados, e também que, quando são violados, aos mesmos é atribuída a devida proteção e garantia jurisdicional, o que torna a questão do papel do Judiciário um ponto central das discussões sobre o tema dos direitos humanos e, ainda mais, da eficácia dos direitos humanos¹²⁹.

Para Carvalho,

O Poder Judiciário declara o Direito defendendo a Constituição. Além disso, cabe ao Poder Judiciário controlar os demais Poderes do Estado, tendo como parâmetro a Constituição. O Poder Judiciário acha-se também vinculado aos direitos fundamentais, e dessa vinculação resulta-lhe não só o dever de guardar estrita obediência aos chamados direitos fundamentais de carácter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, em especial dos direitos fundamentais, seja nas relações entre os particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre particulares. Da vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais decorre, ainda, a necessidade de se aferir a legitimidade das decisões judiciais, tendo em vista sobretudo a correta aplicação desses direitos aos casos concretos¹³⁰.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹²⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 306.

¹³⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves, Direito constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rei Editora, 2009, p. 1271.

Portanto, cabe ao Poder Judiciário, em linhas bem gerais, a tarefa de exercer a jurisdição, ou seja, de exercer a atividade preordenada à concreção terminal do Direito. Cabe a ele, ainda, a tarefa de aplicar a norma jurídica abstrata e geral ao caso concreto, resolvendo conflitos individuais e sociais, numa atuação voltada para pacificação social, que lhe é bem própria¹³¹.

Zaffaroni, por sua vez, identifica três funções essenciais do Poder Judiciário nos dias atuais: decidir os conflitos, controlar a constitucionalidade das leis e realizar seu autogoverno¹³².

Indo mais além, Gomes amplia o leque de funções do Poder Judiciário, afirmando serem cinco suas funções: aplicar contenciosamente a lei aos casos concretos; controlar os demais poderes; realizar seu autogoverno; concretizar os direitos fundamentais; garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito¹³³.

Tais funções seguem relacionadas à construção e manutenção de um modelo democrático e independente de Poder Judiciário, condizente com as características do Estado Democrático de Direito brasileiro.

No que se refere à função de aplicar contenciosamente a lei aos casos concretos, esta é, sem dúvida alguma, a primeira e mais antiga função do Poder Judiciário, uma vez que, ao juiz, não se reservava outra tarefa que não fosse identificar, no ordenamento jurídico, a norma incidente, aplicá-la ao caso concreto e solucionar o litígio levado à sua apreciação¹³⁴.

Tal concepção sofre marcante influência do pensamento de Montesquieu, para quem os juízes nada mais eram do que “a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”¹³⁵.

Aqui, cabe ressaltar que, sabidamente, tal concepção não faz mais menção ao Poder Judiciário, por simplificar o exercício da jurisdição a um fenômeno estritamente mecânico e reduzir a figura do magistrado a mero aplicador da lei.

Para Maximiliano:

A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano¹³⁶.

¹³¹ ROCHA, José de Albuquerque. Op. cit., p. 27.

¹³² ZAFFARONI, Eugenio Raul. Poder judiciário: crise, acertos e desacertos. São Paulo: RT, 1999, p. 83.

¹³³ GOMES, Luiz Flávio. Poder judiciário: controle interno e externo e revisão constitucional. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). O judiciário e a constituição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 83.

¹³⁴ Ibidem, p. 84.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 8 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 06.

Nos dias atuais e diante do fato de não ser possível negar que, com as mais variadas demandas, onde se busca dar mais celeridade efetivada ao processo, aplicar a lei contenciosamente aos casos particulares continua sendo missão do Poder Judiciário, rendendo ensejo a uma clara ampliação de sua missão constitucional.

Tal função, portanto, se trata da função mais elementar e tradicional do Poder Judiciário.

Quanto à função de controlar os demais poderes, a chamada “judicialização da política”, esta se refere à ideia da tripartição de poderes de Montesquieu, anteriormente mencionada no capítulo 1 do presente estudo, que concebeu os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário independentes e harmônicos entre si. Nesta arquitetura de poder, ou de funções, reservou-se ao Poder Judiciário, além da tarefa de solucionar os conflitos levados à sua apreciação, como apontado acima, o papel de controle sobre os demais poderes que integram as funções estatais¹³⁷.

Aqui, cabe lembrar que tal controle é ditado pelo texto constitucional e que este, de modo a ensejar reciprocidade de controle, moldou uma estrutura em que, harmonicamente e de forma a evitar concentração de poder numa única instituição, se permitia a integração das ditadas funções estatais. Esta, inclusive, é a ideia central da separação de poderes, ou seja, evitar a concentração absoluta de poder nas mãos do soberano, comum no Estado absoluto que precedeu as revoluções burguesas, dando lugar a um mecanismo para evitar esta concentração de poderes e estabelecer uma espécie de controle mútuo, capaz de garantir um equilíbrio dentro do sistema¹³⁸.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 atribuiu ao Poder Judiciário legitimidade para controlar o arbítrio dos demais poderes, ou seja, trazer as outras funções para dentro do seu campo de atuação e legitimidade. Assim, essencialmente, caberia aos juízes, o poder e o dever de anular atos administrativos ilegais; invalidar atos praticados com abuso de poder; declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

Zaffaroni faz seu comentário quanto a essa função judicial, afirmando que:

Certamente que o Judiciário presta o serviço de resolver conflito entre pessoas, mas também presta outro serviço, que consiste em controlar que, nessas realizações normativas entre Estado e pessoas, o primeiro respeite as regras constitucionais, particularmente quanto aos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana¹³⁹.

¹³⁷ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 86.

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. cit., p. 107.

Assim, e diante da clara determinação constitucional acerca da função em questão, pode-se concluir que todos os atos lesivos, sejam por ação ou por omissão, praticados pelos demais poderes estão sujeitos ao controle jurisdicional e que, desta forma, nenhuma entidade pública, assim como nenhuma autoridade ou agente público, está imune a este controle.

De maneira prática, o controle judicial é aquele exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário, sobre os atos administrativos do Poder Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando este realiza atividades administrativas. Ademais, este se trata de um controle *a posteriori*, de legalidade, adstrito à conformidade do ato com a norma legal que o rege. Por isso é, sobretudo, um meio de preservação dos direitos individuais, uma vez que visa impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários¹⁴⁰.

No sistema jurisdicional brasileiro, o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 traz que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito, individual ou coletivo, e que a justiça ordinária tem a faculdade de julgar todo ato da administração praticado por agente de qualquer órgão ou poderes do Estado, limitando-se apenas quanto ao objeto do controle que, por sua vez, há de ser unicamente a legalidade, sendo-lhe vedado, a rigor, pronunciar-se sobre a conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o mérito administrativo.

Por outro lado, o exercício de tal controle além das barreiras estritamente de legalidade pode ser percebido, conforme traz Vianna que, ao citar Garapon, aponta as razões de uma maior participação do Judiciário na vida política, razões que bem se amoldam à realidade brasileira:

Da perspectiva de Garapon, o redimensionamento do papel do Judiciário nas sociedades contemporâneas seria consequência da ruína do edifício mental e institucional da modernidade, revestindo-se dos sombrios contornos de uma crise monumental do paradigma político da democracia e da sua expressão dogmática – a soberania popular –, construído a partir da Revolução Francesa. Assim, segundo ele, o Judiciário tem avançado o campo da política onde prosperam o individualismo absoluto, a dessacralização da natureza simbólica das leis e da ideia de justiça, a deslegitimação da comunidade política como palco da vontade geral, a depreciação da autonomia cidadã e sua substituição pela emergência do cidadão-cliente e do cidadão-vítima, com seus clamores por proteção e tutela, a racionalidade incriminadora e, afinal, o recrudescimento dos mecanismos pré-modernos de repressão e manutenção e da ordem¹⁴¹.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 108.

¹⁴¹ VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização da política e das relações sócias no Brasil. Rio de Janeiro: Renavan, 1999, p. 26.

Daí a necessidade de se reconhecer que o Judiciário acaba por exercer poder político mesmo dentro da sistemática de separação de poderes.

Ainda sobre essa questão, Dallari sustenta que: “Os juízes exercem atividade política em dois sentidos: por serem integrantes do aparato de poder do Estado, que é uma sociedade política, e por aplicarem normas de direito, que são necessariamente políticas”¹⁴².

Assim sendo, a “judicialização da política” certamente é um fenômeno que desponta no Judiciário moderno cabendo destacar, ainda que rapidamente, o que ela representa no tocante à atuação do Judiciário nos dias de hoje.

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo¹⁴³.

Nesse contexto, sabidamente toda e qualquer questão política, moral, econômica, científica ou ambiental é passível de ser levada à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. O resultado de tal afirmação é que este fenômeno de uma presença mais efetiva do Direito cria, como consequência lógica e imediata, um processo de judicialização de demandas sociais, preocupadas com a concretização do amplo elenco de direitos fundamentais, ou seja, a chamada “judicialização da política” que, por sua vez, tem amplas consequências para a teoria processual, ao consistir em uma nova atribuição de papéis à prestação jurisdicional, com o objetivo de resolver conflitos sociais em meio a uma sociedade repleta de novas formas de proteção jurídica¹⁴⁴.

Dessa maneira, quando se trata do conceito puro de judicialização da política, Tate e Vallinder, citados por Castro, trazem que: “Quando falamos de uma expansão global do poder judicial, referimo-nos a infusão de um processo decisório judicial e de procedimentos típicos das Cortes em uma arena política em que os mesmos não foram previamente inseridos”¹⁴⁵.

Assim, torna-se possível apontar observar que a judicialização da política seria marcada por dois processos distintos e não necessariamente relacionados, conforme descritos por Tate e Vallinder: a expansão da jurisdição das cortes ou dos juízes ao âmbito dos políticos e/ou administradores, que é a transferência dos direitos de tomada de decisão advindos da legislatura,

¹⁴² DALLARI, Dalmo. O poder dos juízes. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 89.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 06.

¹⁴⁴ CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista de Sociologia e Política, n. 23, p. 127-139, nov., 2004.

¹⁴⁵ CASTRO, Marcos Faro. O STF e a judicialização da política. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun., 1997.

dos ministérios, ou do serviço civil das cortes ou, ao menos, a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada¹⁴⁶.

Especificamente no que se refere ao caso e ambiente brasileiro, além de avanços dados pela aplicação do termo de judicialização da política, cabe destacar, também, o que traz Carvalho que, por sua vez, elenca seis condições para o surgimento e consolidação da judicialização da política, quais sejam a democracia, a separação dos poderes, os direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, o uso dos tribunais pelos partidos de oposição e a inefetividade das instituições majoritárias¹⁴⁷.

Carvalho, ao fazer uso dessa classificação e, consequentemente, da aplicação desse quadro condicional ao caso brasileiro, concluiu que:

O mapeamento das condições políticas em torno do fenômeno da expansão do poder judicial permite dizer que quase todas as condições estão presentes no caso brasileiro, embora, algumas condições, apesar de formalmente estabelecidas, não se tenham mostrado realidades factíveis¹⁴⁸.

A judicialização, portanto, é um fenômeno bastante complexo e possui diferentes dimensões. De um ponto de vista institucional, a judicialização da política pode ser definida como um processo de transferência decisória dos poderes executivo e legislativo para os magistrados e tribunais que passam, dentre outros temas controversos, a revisar e implementar políticas públicas e rever as regras do jogo democrático.

Aqui, cabe ressaltar que os fatores históricos como a redemocratização do país e a promulgação de um texto constitucional abrangente no tocante à defesa e promoção dos direitos fundamentais, responsável, ainda, pela determinação de inúmeros comandos positivos dirigidos aos Poderes Executivo e Legislativo no sentido de sua concretização normativa tiveram grande influência na judicialização da política no Brasil¹⁴⁹.

Concomitantemente, nesse período conturbado de redemocratização, grandes expectativas foram depositadas no Poder Judiciário, que passou a ser vislumbrado por muitos como o “guardião das promessas” e o principal responsável pela efetivação da Constituição em um contexto de suspeita e de descrédito em relação aos poderes democraticamente eleitos, como já se abordou anteriormente¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ CARVALHO, Ernani Rodrigues. Op. cit., p. 127-139.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luíza de Carvalho, Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 173.

¹⁵⁰ Idem.

De um ponto de vista mais sociológico, é importante destacar o crescimento da litigância judicial em sociedades marcadas por um Estado social que não cumpriu suas promessas por meio da implementação de políticas públicas universais, estimulando, assim, o acesso aos tribunais como última garantia para a obtenção das prestações positivas previstas pela Constituição. Assim, haveria uma relação entre o ocaso das pretensões transformadoras do Estado social e o aumento da judicialização das relações sociais, transformando cidadãos em clientes de prestações estatais individualizadas¹⁵¹.

No campo essencialmente político, outros fatores fomentam o fenômeno da judicialização, como a expansão do uso dos tribunais por grupos de interesse e por agremiações partidárias derrotadas nos processos deliberativos parlamentares que faz com que estes, por sua vez, tornem-se parte do jogo político e um recurso estratégico importante para a implementação, em muitos casos politicamente controvertidos, de um verdadeiro terceiro turno de deliberação e votação, bem como a busca pela legitimação do Supremo Tribunal Federal e a superação dos seus limites de atuação¹⁵².

Dessa maneira, pode-se apontar que hoje, o Supremo Tribunal Federal se encontra diante de uma “opção existencial”, na qual o caminho – que provavelmente continuará a ser trilhado – aponta para um aumento da tensão entre os poderes com a mitigação dos tradicionais postulados do legislador negativo, da separação dos poderes e da suposta “neutralidade” política do Judiciário¹⁵³.

Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, parece ter elegido o critério de que, para análise de questões potencialmente políticas, deve-se verificar a eventual ofensa do ato, seja exclusivamente político ou não, a direito privado¹⁵⁴. Logo, uma vez violado um direito assegurado pela Constituição, para a proteção de tal direito será legítima a ação do Judiciário. “Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o STF, ao longo de sua

¹⁵¹ Ibidem, p. 174.

¹⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e Estado constitucional. 2 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 387.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ A atuação do Supremo Tribunal Federal será discutida mais especificamente no capítulo seguinte do presente trabalho, quando do estudo da mutação constitucional e da Reclamação Constitucional 4335, focos da corrente discussão.

história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição”¹⁵⁵.

Logo, discutível ou não, sofrendo resistência ou não, fato é que, havendo ofensa a direitos fundamentais, a pronta e rápida atuação do Judiciário se impõe. E é com este único propósito, quando diante da questão política, que o Judiciário deve atuar, ou seja, na correção de ofensas a direitos privados, quando da falha deixada pelos demais poderes.

O resultado disso é que o Judiciário brasileiro, após passar pelo movimento neoconstitucionalista e pela consequente e inegável força normativa constitucional, estabelece o cenário propício para uma atuação concretizadora dos direitos fundamentais e da proteção aos indivíduos, seja perante o Estado, seja em relações privadas cumprindo, desta maneira, sua função de controle e equilíbrio entre os demais poderes.

A terceira função do Poder Judiciário, conforme elencada por Gomes¹⁵⁶ é a de realizar seu autogoverno. Aqui, ressalta-se que, em razão do princípio da independência entre os poderes, o Poder Judiciário tem autonomia para realizar seu autogoverno, conforme previsto no artigo 99 da Constituição Federal de 1988.

Tal autonomia tem tripla dimensão: administrativa, financeira e funcional.

No aspecto administrativo, a autonomia do Poder Judiciário funciona como garantia do próprio poder, dos seus juízes e, sobretudo, dos direitos fundamentais dos cidadãos, uma vez que a previsão constitucional desta autonomia garante ao Poder Judiciário o direito de praticar os atos necessários à sua própria organização, independentemente de qualquer autorização dos demais poderes, sendo materializada na atribuição de competências privativas aos tribunais, tanto superiores quanto inferiores, estaduais e federais¹⁵⁷.

Já no aspecto financeiro, o artigo 99, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988 assegura autonomia financeira ao Poder Judiciário, ao atribuir competência aos tribunais para elaborarem suas respectivas propostas orçamentárias, levando em consideração os limites estipulados, conjuntamente, com os Poderes Legislativo e Executivo na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Nestas ocasiões, todos os tribunais interessados serão ouvidos para a elaboração da proposta orçamentária do Poder Judiciário. Em seguida, após a aprovação dos respectivos tribunais, a proposta orçamentária será encaminhada primeiramente ao Congresso Nacional, no âmbito da União, pelos presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores, tais como o

¹⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 388.

¹⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 83.

¹⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio. A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 58.

Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Tribunal Superior do Trabalho (TST) e Superior Tribunal Militar (STM). Em seguida, às Assembleias Legislativas, no âmbito dos Estados federados, pelos presidentes dos respectivos Tribunais de Justiça e, finalmente, à Câmara Legislativa, no âmbito do Distrito Federal, pelo presidente do Tribunal de Justiça (art. 99, § 2º, incisos I e II). Aqui, cabe a ressalva de que, do ponto de vista material, não é possível haver autonomia administrativa, se a autonomia financeira não estiver garantida¹⁵⁸.

Finalmente, quanto à autonomia funcional, tem-se que os membros do Poder Judiciário, ou seja, os juízes, desembargadores e ministros têm autonomia para exercer suas funções, segundo uma garantia constitucional que se refere não apenas aos magistrados, mas também aos litigantes e à sociedade¹⁵⁹. Assim, no exercício da função jurisdicional, os magistrados não podem sofrer ingerência de outro poder ou de outras pessoas. Um exemplo disto é o caso do juiz de Direito, que não está obrigado a decidir sobre determinada matéria, ainda que na mesma linha de entendimento do Tribunal de Justiça. Neste caso, ele terá que seguir, no entanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, desde que este tenha editado uma súmula de efeito vinculante¹⁶⁰.

No tocante à função do Poder Judiciário de concretizar e proteger os direitos fundamentais cabe destacar que, conforme mencionado anteriormente, tais direitos são considerados o objeto central do Estado Democrático de Direito, daí ser o pressuposto fundamental da Constituição Federal de 1988.

Dessa maneira, uma vez que é dever do Estado proteger, respeitar e promover os direitos fundamentais, é fato que tais direitos, muitas vezes são passíveis de gerar pretensões subjetivas, exigíveis na via judicial, independentemente de qualquer regulamentação do texto constitucional, cabendo ao Poder Público e, logicamente, ao Poder Judiciário, adotar medidas para que o estes sejam protegido e efetivados da melhor maneira possível¹⁶¹.

Em resumo cabe, portanto, a todas as instâncias estatais prover tais necessidades ou criar as condições necessárias, para elas poderem ser atendidas.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 59.

¹⁵⁹ FACHIN, Zulmar. Curso de direito constitucional. 3 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 485.

¹⁶⁰ Cabe registrar aqui que a Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, atribuiu competência ao Conselho Nacional de Justiça para controlar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, § 4º.). Tal inovação constitucional poderá ensejar a violação, por parte do Conselho, da autonomia funcional dos magistrados.

¹⁶¹ ESTEVES, João Luiz M. Direitos sociais no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método, 2007, p. 75.

A justiciabilidade dos direitos fundamentais, aliás, é uma exigência da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que, em seu artigo 8º, estabelece a necessidade de se permitir a proteção judicial dos direitos fundamentais: “todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”¹⁶².

No Brasil, a proteção judicial dos direitos fundamentais encontra-se expressa no artigo 5º, inc. XXXV, que traz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”¹⁶³.

Para Esteves, ao lado dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário deve atuar de modo objetivo na efetivação dos direitos fundamentais, sendo que tal atuação deve ser ampla, aferindo se as políticas públicas estão sendo desenvolvidas e, mais do que isso, se estão atingindo os objetivos previstos na Constituição. Nesta direção, o Poder Judiciário deve atuar de forma ativa, suprimindo “omissões legislativas e executivas, redefinindo políticas públicas quando ocorrer inoperância de outros poderes”¹⁶⁴.

Segundo tal perspectiva, o Poder Judiciário, por meio da atuação de seus juízes, desembargadores e ministros, vem se tornando, em boa medida, o garante da efetivação dos direitos fundamentais. Neste contexto, os juízes têm decidido sobre inúmeras questões, tais como o fornecimento de remédios à pessoa portadora enfermidades; o direito de acesso de crianças à sala de aula; o direito de o deficiente ter acesso a prédios públicos. “O guardião das promessas passa a desempenhar, assim, outra função, qual seja, a de concretizar direitos fundamentais”¹⁶⁵.

Desse modo, atualmente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência defendem que a efetivação de toda norma constitucional pode ser exigida judicialmente e que, em hipótese alguma, o Judiciário pode ficar impotente diante de um manifesto desrespeito aos direitos fundamentais, pois se estaria, caso contrário, pondo em cheque o próprio Estado de Direito.

Finalmente, quanto à função do Poder Judiciário de garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito, a relação entre a Constituição Federal, o Direito e a democracia deve ser necessariamente garantida pelo Poder Judiciário e exercida por todos os seus magistrados.

Nesse sentido, Bestes lembra que o Estado Democrático de Direito é um princípio que “permite ao povo (governados) uma efetiva participação no processo de formação da vontade

¹⁶² GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 93.

¹⁶³ BRASIL. Op. cit., p. 15.

¹⁶⁴ ESTEVES, João Luiz M. Op. cit., p. 76.

¹⁶⁵ Idem.

pública (governantes e legisladores), sendo a marca principal deste tipo de Estado a origem democrática do poder e das normas”¹⁶⁶.

O contexto histórico tem revelado que, apesar dos defeitos, a democracia é o sistema que melhor permite a convivência e o desenvolvimento das pessoas e, neste cenário, o Direito é capaz de limitar o poder e, por consequência, proteger os direitos fundamentais.

Dahl aponta as vantagens da democracia: ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos; garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que outros sistemas não-democráticos não proporcionam; assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável; ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas; promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável; promove um grau relativamente alto de igualdade política; apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercerem a liberdade de autodeterminação; somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral; os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não-democráticos; as modernas democracias não lutam umas contra as outras¹⁶⁷.

Diante disso, Bobbio traz que:

Direito e poder são duas faces de uma mesma moeda: só o poder pode criar direito e só o direito pode limitar o poder. O Estado despótico é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do poder; no extremo oposto, encontra-se o Estado democrático, que é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do direito¹⁶⁸.

Logo, o Estado Democrático de Direito brasileiro, previsto na Constituição de 1988, precisa ser garantido e, neste propósito, exige-se que todos os governantes e todas as pessoas o protejam, mas, de modo especial e segundo a separação dos poderes, requer dos juízes que o exercício de suas funções seja voltado para sua proteção e garantia. Neste cenário, tal proteção e promoção dos direitos fundamentais, do Estado e da democracia em si é a grande função do Supremo Tribunal Federal.

Indo mais além, na medida em que sua competência foi alargada, o Poder Judiciário e o Supremo Tribunal Federal passaram a exercer uma gama vasta de atribuições, dentre elas, a

¹⁶⁶ BESTES, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005, p. 283.

¹⁶⁷ DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 73-74.

¹⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 23.

análise e aprovação, ou não, de modificações e adequações do texto constitucional, tais como a mutação constitucional.

2.2 Mutação constitucional.

De acordo com o que vem sendo apresentado, a sociedade   dinâmica, se reconstruindo e se refazendo a todo tempo e, neste contexto, o ordenamento constitucional e, conseqüentemente, o Direito, deve acompanhar tal dinamicidade, visto que sua função, dadas as devidas proporções e possibilidades, é justamente garantir e proteger a soberania popular.

Segundo traz Bonavides,

O Direito não   ciência que se cultive com indiferença ao modelo de sociedade onde o homem vive e atua. Não é a forma social apenas o que importa, mas em primeiro lugar a forma política, pois esta configura as bases de organização sobre as quais se levantam as estruturas do poder¹⁶⁹.

O que o autor acima quer ilustrar é o considerado equívoco de se imaginar uma Constituição como um ente rígido e imutável frente a uma sociedade que   dinâmica, o que pode fazer com que seu texto acabe se tornando ultrapassado e obsoleto.

A esse respeito, Barroso afirma que: “uma das patologias cr nicas da hermenêutica constitucional é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto o possível com o antigo”¹⁷⁰.

Nesse contexto, enquanto a Constituição representa a norma de conduta de um Estado, ao elencar regras de direitos e deveres que se formam no tempo e estruturam a convivência em uma sociedade politicamente organizada, tal como a do Brasil, tem-se têm também o poder constituinte, do qual decorre não apenas o estabelecimento de uma Constituição mas, têm também, a possibilidade de sua posterior alteração por meio do poder constituinte derivado reformador¹⁷¹.

Aqui, cabe a ressalva de que o poder constituinte refere-se, basicamente, ao poder de criar uma nova Constituição ou de reformar uma Constituição já existente e que o povo, naturalmente, é o titular de tal poder, exercendo-o por meio de seus representantes eleitos, daí

¹⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. O direito constitucional e o momento político. Revista de Informação Legislativa, ano 21, n. 81, jan./mar., 1984, p. 217-230.

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Natureza jurídica e funções das Agências Reguladoras de serviços públicos. Boletim de Direito Administrativo, ano XV, n. 6, jun., 1999, p. 29-35.

¹⁷¹ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196.

poder-se entender este poder como uma força política de um povo organizado. Portanto, embora a Constituição seja uma norma jurídica, reconhece-se uma força política do povo na sua origem¹⁷².

O poder constituinte trata-se, portanto, de um poder permanente de organização social e política, que continua existindo, aguardando sempre que o seu titular, ou seja, o povo, queira novamente exercê-lo. Isso significa, então, que o poder do povo não se esgota com a elaboração e dita rigidez da Constituição¹⁷³.

Diante de tais posicionamentos, embora seja, num primeiro momento, considerado rígido, é passível de discussão que todo texto constitucional admita a possibilidade de mudança, justamente a fim de evitar se tornar ultrapassado o que, por conseguinte, intenta evitar problemas muitas vezes incontornáveis para a sociedade que rege sua conduta conforme suas normas, nestes casos, obsoletas.

Para tanto, meios formais, como a emenda constitucional¹⁷⁴ e a revisão constitucional¹⁷⁵, e informais de alteração do texto constitucional são utilizados e, aqui, a mutação constitucional surge como um meio informal de alteração do conteúdo constitucional a ser analisado.

Primeiramente, cabe esclarecer que o meio informal de alteração do texto constitucional, no qual se enquadra a mutação constitucional, refere-se a “... alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação...”¹⁷⁶.

Retomando o contexto de poder constituinte, Novellino esclarece que, ao poder constituinte derivado, também chamado de poder constituinte instituído, que tem o poder de reformar uma Constituição já existente, este pode ser classificado em poder derivado reformador, que se refere ao poder para alterar a Constituição já existente e em poder derivado decorrente, que diz respeito ao poder que cada Estado-membro possui para elaborar sua Constituição. Ao contrário do poder originário, são características do poder derivado tratar-se de poder secundário, condicionado e limitado. É secundário porque há outro que lhe precede, que é o poder originário, daí porque também se chama de poder instituído. É condicionado

¹⁷² Idem.

¹⁷³ Idem.

¹⁷⁴ “A emenda é o caminho normal que a lei maior estabelece para a introdução de novas regras ou preceitos no texto da Constituição. O estatuto supremo tem nesse instrumento do processo legislativo o meio apropriado para manter a ordem normativa superior adequada com a realidade e as exigências revisionistas que se forem manifestando” (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pág. 184).

¹⁷⁵ Da mesma forma que as emendas constitucionais, a revisão constitucional também implica numa alteração da dicção do normativo constitucional como forma de conferir-lhe outro conteúdo. (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pág. 184).

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 129.

porque não pode ser exercido de qualquer maneira, condiciona-se a determinada forma e conteúdo, possuindo formas pré-estabelecidas de manifestação. É limitado porque possui seus limites na própria Constituição, da forma como estabelecido pelo poder originário¹⁷⁷.

Já no que se refere ao poder derivado reformador, ainda que a Constituição não seja imutável, existem limites para o seu exercício como, por exemplo, as cláusulas pétreas¹⁷⁸. O poder constituinte reformador segue disciplinado no artigo 60 da Constituição Federal de 1988¹⁷⁹. Por outro lado, também o poder derivado decorrente está limitado, segundo traz o artigo 25 da Constituição Federal de 1988: "Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição"¹⁸⁰.

O poder derivado reformador trata-se, portanto, do princípio da simetria que, por sua vez, vincula o exercício do poder derivado decorrente. A simetria vai além da proibição de contrariedade à Constituição Federal, determinando que os Estados sigam o modelo que esta estabelece. Assim, surge a possibilidade de alteração da Constituição sem a modificação literal do texto, que se trata do fenômeno da mutação constitucional.

No que se refere ao conceito de mutação constitucional, Bulos aponta ser este:

O processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais¹⁸¹.

¹⁷⁷ NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 6 ed. Rio de Janeiro: Método, 2012, p. 178.

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. (Brasil. Op. cit., p. 60).

¹⁸⁰ Brasil. Op. cit., p. 34.

¹⁸¹ BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

A doutrina ainda considera que a mutação constitucional pode, no tocante à sua terminologia, ser relacionada às expressões transição constitucional ou revisão informal¹⁸², processos oblíquos¹⁸³, processos não formais¹⁸⁴, vicissitude constitucional tácita¹⁸⁵ e poder constituinte difuso.

A mutação constitucional, enquanto processo informal, envolve os processos de alteração do conteúdo da Constituição, sem que haja modificação de seu texto. Ou seja, a mutação constitucional informal não é uma mudança formal do texto da Constituição. O texto constitucional não muda, permanece inalterado. A rigor, trata-se da chamada modificação hermenêutica ou modificação interpretativa. Por isso, fala-se em modalidade informal de modificação da Constituição, porque, de fato, não se está mudando a Constituição no seu plano formal, o texto fica intacto, apenas está sendo alterada a forma de interpretá-la¹⁸⁶.

Diante de tais definições, pode-se afirmar que a mutação constitucional é uma espécie de reforma constitucional sem supressão de texto, que tem como base a interpretação da norma jurídica.

A norma jurídica, por sua vez, é o produto da interpretação que se faz em determinada época. As palavras constantes nas normas jurídicas trazem sentidos, os quais podem variar conforme a evolução social, sobretudo com os avanços na sistemática jurídica, quando se torna possível uma releitura, fazendo-se uma reinterpretação da norma, sem alteração do texto constitucional. Neste contexto, a mutação constitucional é associada ao chamado poder constituinte difuso porque seria uma alteração da Constituição feita pela via interpretativa, mas que pode ser feita por todos, já que um dos postulados do Direito Constitucional moderno é a democratização da interpretação constitucional, onde não há grupos exclusivos autorizados a interpretar a Constituição, sendo que todos são democraticamente autorizados a interpretá-la¹⁸⁷.

Dessa forma, diante de uma sociedade aberta, democrática e pluralista, a mutação constitucional seria uma forma de externar o poder constituinte, vez que, embora não haja efetiva alteração formal do texto da Constituição, esta acaba sendo informalmente alterada, pela via hermenêutica. Quanto à questão da mutação constitucional ser um poder difuso, isto se

¹⁸² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional. Coimbra. Almedina, 1993, p. 231.

¹⁸³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo. Max Limonad, 1986, p. 12.

¹⁸⁴ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Diritto costituzionale. Napoli: Dott, 1986, p. 86.

¹⁸⁵ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Coimbra: Editora Coimbra, 1991, p. 133.

¹⁸⁶ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 203.

¹⁸⁷ FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Mutação constitucional informal e a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3841, 6 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26225>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

refere ao fato de que, embora a interpretação do Judiciário tenha um peso mais significativo sobre a ordem jurídica, todos são intérpretes da Constituição e, assim, estão legitimados para proceder à sua interpretação que, por sua vez, cabe não somente aos órgãos do Poder Judiciário, como também os demais poderes públicos, bem como os múltiplos atores presentes na sociedade civil, que têm a missão de atribuir e dar sentido às normas constitucionais¹⁸⁸.

Quanto aos tipos de mutação constitucional, pode-se citar a mutação constitucional por interpretação, pela prática constitucional, pela prática política, por desuso, para preenchimento de lacunas, pela legislação ordinária e por interpretação judiciária.

Quanto à mutação constitucional por interpretação, esta é o tipo mais clássico abordado pela doutrina, justamente por atribuir ao objeto interpretado certo significado.

Para Bonavides:

Busca a interpretação, portanto, estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito. Questiona a lei, não o direito. Objeto da interpretação é, de modo genérico, a norma jurídica contida em leis, regulamentos ou costumes. Não há norma jurídica que dispensa interpretação. Por onde se conclui improcedente o aforismo romano “*in claris non fiti interpretatio*”. Este, pelo menos, é o parecer de Nawisky, Carbone 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”¹⁸⁹.

Em seu entendimento, o autor assume que a interpretação tem um papel de dar vida ao texto legal, entretanto, quando se trata de normas constitucionais, deve-se deter uma maior atenção, visto seu caráter político.

Ainda segundo Bonavides:

As relações que a norma constitucional, pela sua natureza 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 à norma constitucional, salvo violentando-lhe o sentido e a natureza, uma interpretação de todo mecânica e silogística, indiferente à plasticidade que lhe é 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 é 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

¹⁸⁸ Idem.

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 398.

momento lógico da operação silogística, o interprete da regra constitucional vê escapar-lhe não raro o que é mais precioso e essencial: a captação daquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito, que o faz dinâmico, e não simplesmente estático. Cada ordenamento constitucional imerso em valores culturais é estrutura peculiar, rebelde a toda uniformidade interpretativa absoluta, quanto aos meios ou quanto às técnicas aplicáveis¹⁹⁰.

Ferraz atenta para o fato de que a mutação constitucional por interpretação não altera o texto da lei nem mesmo seu conteúdo, modificando tão somente o sentido ou o contorno da norma¹⁹¹.

Em geral, a mutação constitucional é uma adaptação do texto constitucional à nova realidade política e, aqui, o que importa é que, na interpretação, não existe mudança da realidade social, mas uma escolha do aplicador da norma dentre uma gama de possibilidades decorrentes desta, sempre respeitando o texto da lei. Ademais, na interpretação, a escolha e a concretização da norma são realizadas dentro da realidade social existente, não sendo necessário ocorrer uma mudança na realidade social.

Importante ressaltar também que a mutação constitucional por interpretação é um ato de comprovação da modificação social e da necessidade de associar essa transformação ao Direito Constitucional.

Já no que se refere à mutação constitucional pela prática constitucional, entende-se este tipo no sentido mais amplo possível, visto abranger todas as hipóteses que envolvam ação ou omissão dos sujeitos envolvidos. Aqui, enquadram-se os casos de omissão legislativa e falta de previsão legal, por exemplo¹⁹².

No tocante à mutação constitucional por prática política, esta faz referência às convenções constitucionais que, por sua vez, nada mais são do que práticas políticas desprovidas de qualquer tipo de coercibilidade formal.

Conforme Silva:

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, 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

¹⁹⁰ Ibidem, p. 420.

¹⁹¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Op. cit., p. 58.

¹⁹² FRANCISCO, Jorge. Emendas constitucionais e limites flexíveis. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37.

de Constituição rígida. Mas aí, por regra, elas quase sempre importam desvios da reta compreensão das normas constitucionais¹⁹³.

Como exemplos de mutação constitucional que decorrem de convenção constitucional, Silva cita o voto de liderança no Congresso Nacional, momento em que o voto do líder de um determinado partido representa toda bancada deste, visto que para tal ato não existe qualquer previsão legal. Outro exemplo são as medidas provisórias, pois seu uso tornou-se indiscriminado pelo Presidente da República¹⁹⁴.

Referente à mutação constitucional por desuso, este termo compreende a inaplicabilidade de preceitos constitucionais formalmente constituídos. Portanto, a falta de uso da norma constitucional faz com que seu significado seja alterado, uma vez que tal desuso denota-se praticamente um veto à hipótese antes prevista.

Como exemplo de mutação constitucional por desuso, tem-se o caso da reeleição para presente nos Estados Unidos da América. Aqui, ainda que a Constituição do país em questão nada previsse acerca do tema, visto que a possibilidade nunca foi exercida por mais de uma vez, quando o presidente Frank Delano Roosevelt se candidatou à sua reeleição pela segunda vez, houve grande impacto, pois existia um costume ou um consenso de que a reeleição seria disputada uma única vez, decorrendo em uma mudança constitucional e, com esta, em uma reforma formal, o que limitou a possibilidade de reeleição para apenas uma vez¹⁹⁵.

Assim, a mutação constitucional por desuso é decorrente de uma interpretação da sociedade e não estatal, ou seja, é a prática social que gerará a lacuna constitucional ou até mesmo preenchê-la, restando evidente que, embora esta norma em desuso, que foi paralelamente expurgada da realidade social, venha a ser aplicada, incorrerá em quebra constitucional, pois contrária à nova realidade constitucional que já alterou o significado do texto constitucional¹⁹⁶.

Quanto à mutação constitucional para preenchimento de lacunas, esta se dá diante de uma situação que não está prevista na Constituição, mas que esta, de alguma forma, ligada à sociedade, seja por meio das regras gerais de Direito, dos princípios constitucionais ou mesmo do Direito de maneira geral. Um bom exemplo são os costumes, classificados em interpretativo, introdutivo, complementar ou integrativo e derogatório, segundo traz Ferraz:

¹⁹³ SILVA, José Afonso da. *Mutações constitucionais*. In: Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2007, p. 295.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 296.

¹⁹⁵ MENEZES, Daniel Francisco Nagao. *Economia e mutação constitucional*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008, p. 62-63.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 65.

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 interpretativo 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 constitucionais¹⁹⁷.

Conforme os efeitos apontados acima, observa-se que o costume de natureza derogatória (contrário à norma formal da Constituição) resultará em uma mutação constitucional adaptativa para essa nova realidade, sob pena da Constituição transformar-se, de acordo com Lassale, “em uma singela folha de papel”¹⁹⁸.

Já no tipo de mutação constitucional pela legislação ordinária, Silva aponta que a Constituição deve possuir regras que permitam a integração com diversos atores sociais e que, para tanto, traz, em sua sistemática, formas que permitam tal integração com a legislação infraconstitucional.

Já ressaltai, de outra feita, a relevância da 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 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 paraconstitucional¹⁹⁹.

Nesse caso, quando a Constituição delega à legislação infraconstitucional a regulamentação de vários preceitos constitucionais, ela abre uma gama de possibilidades para ocorrências de mutações. Por conseguinte, a cada modificação legislativa infraconstitucional,

¹⁹⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Op. cit., p. 191.

¹⁹⁸ LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 21.

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 289.

desde que esta altere o significado da norma primeira estabelecida na Constituição, bem como seja aceita socialmente de forma espontânea, incorrerá numa mutação constitucional²⁰⁰.

Para Menezes:

Esta é uma das poucas hipóteses de mutação constitucional por processo legislativo formal, visto que é a norma infraconstitucional que provocará a mutação, sendo alterada por reforma legislativa, passando pelos trâmites formais do Poder Legislativo. E nesse momento que aparece o grande risco dessa forma de mutação, qual seja: a substituição dos processos formais de reformas da Constituição pela mutação constitucional por ação da legislação infraconstitucional²⁰¹.

Dessa forma, fica evidente que a mudança na interpretação das normas infraconstitucionais que regulamentam normas constitucionais também levará à ocorrência de mutação constitucional.

Finalmente, nos casos de mutação constitucional por interpretação judiciária, tal modalidade seria por meio de interpretação ou por meio da aplicação do direito. Em ambos os casos há uma construção pelo Poder Judiciário de um novo Direito Constitucional²⁰².

Como exemplo, pode-se citar a questão da construção judicial feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, quando do julgamento *Marbury x Madison*, datado de 1803, que culminou com o nascimento do controle de constitucionalidade difuso²⁰³.

No Brasil, como exemplo de mutação constitucional por interpretação judiciária tem-se a doutrina brasileira do *habeas corpus*, a qual alargou o cabimento dessa ação judicial para toda garantia individual do cidadão, antes da criação do mandado de segurança²⁰⁴.

Assim, tendo como base a interpretação, se faz importante salientar, aqui, o importante papel mutacional exercido pelo Supremo Tribunal Federal quando da utilização das técnicas de declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto e interpretação conforme a Constituição. Nestas modalidades, não há declaração de nulidade da norma, permanecendo o texto impugnado vigente no ordenamento jurídico. A utilização da interpretação conforme a Constituição proporciona a conservação da norma mediante a sua aplicação restrita ao sentido compatível com a Constituição, de acordo com Barroso, ao apontar que: "O papel da interpretação conforme a Constituição é, precisamente, o de ensinar, por via de interpretação

²⁰⁰ FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Op. cit., p. 01.

²⁰¹ MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Op. cit., p. 69-70.

²⁰² Ibidem, p. 289.

²⁰³ Idem.

²⁰⁴ FACHIN, Zulmar. Op. cit., p. 302.

extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta como suspeita"²⁰⁵.

A declaração sem redução de texto leva à eliminação da aplicação dos sentidos da norma que sejam contrários à Constituição, sendo, portanto, um caminho interpretativo que evita a alteração do texto constitucional, embora seja declarada a sua inconstitucionalidade em relação a alguns sentidos determinados²⁰⁶.

Diante de todos os tipos de mutação constitucional apresentados, merece destaque o fato de que tais mutações constitucionais podem sofrer certas limitações após sua ocorrência, bem como podem sofrer ações de mecanismos do controle de constitucionalidade.

Os limites impostos à mutação constitucional vêm da noção de que esta não pode ultrapassar os limites da nova correlação de forças que está em contradição com a anterior e o texto constitucional, sendo evidente que tais alterações devem ocorrer de tal maneira que possam ser suportadas pelo texto original da Constituição, sob pena de incorrer em quebra constitucional. Portanto, o próprio sistema constitucional também vem a ser um limite à mutação constitucional, visto que a mudança social não vai além deste sistema, fazendo com que a mutação constitucional seja sempre parcial, nunca atingindo toda Constituição, pois, do contrário ter-se-ia uma revogação do texto constitucional²⁰⁷.

Por outro lado, caso a mudança social, ou seja, uma nova conjuntura política ocorra de tal forma que necessite de uma alteração no texto constitucional o caminho seria a reforma formal da Constituição e não o instituto da mutação constitucional²⁰⁸.

Dai então que o instituto da mutação constitucional demanda o uso da interpretação como meio de reforma constitucional, tratando-se de um instrumento que pode, efetivamente, se mostrar eficaz para revigorar e vivificar a Constituição, preservando a sua principiologia e assegurando a sua longevidade e eficácia.

Indo mais além, uma vez que a interpretação representa uma atividade de mediação cuja finalidade é tornar concreta a norma jurídica abstrata e que a Constituição é um sistema de normas aberto a várias soluções interpretativas, a mutação constitucional surge como uma alternativa de reforma à Constituição, desde que, logicamente, sejam observados seus limites e, conseqüentemente, seu “uso abusivo” e “periculoso”.

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 186.

²⁰⁶ *Idem*.

²⁰⁷ MENEZES, Daniel Francisco Nagao. *Op. cit.*, p. 74-76.

²⁰⁸ *Idem*.

Como exemplo de mutação constitucional, pode-se citar o que se deu com o artigo 5º, XI, da Constituição Federal de 1988, que traz que: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". Neste caso, antes se entendia o termo "casa" como sinônimo de residência. Mais tarde, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal termo passou a ser entendido não apenas como relativo à residência, mas também, por exemplo, a um quarto de hotel ocupado, a um trailer que serve de casa ambulante, ao estabelecimento empresarial e ao local de trabalho, todas estas localidades podem ser abrangidas no rol protetivo do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio²⁰⁹.

Outro exemplo pode ser apresentado quando do debate acerca do texto do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988, que traz que: "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". Neste caso, conforme novo entendimento, a Constituição de 1988 teria modificado de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente a exigência da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Neste sentido, o STF propôs uma mutação constitucional em face do referido artigo, para defender a possibilidade de que as decisões proferidas pela Corte Maior, em sede de controle incidental, ao invés de gerar efeitos apenas inter partes, operasse efeitos *erga omnes*, independente da decisão do Senado quanto à suspensão da execução da lei impugnada²¹⁰.

Assim, o artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988, conforme a tese levantada no âmbito do Supremo, indicaria agora uma mera comunicação pelo STF ao Senado, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do citado dispositivo constitucional, entendendo que 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. Trata-se, aqui, da chamada Teoria da Abstrativização do Controle Concreto, ainda observada e debatida no âmbito do STF²¹¹.

²⁰⁹ OLIVEIRA, Edezio Muniz de. Mutação constitucional. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul., 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9813&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 12 fev. 2015.

²¹⁰ Idem.

²¹¹ Idem.

Já quanto ao quesito de “periculosidade” do uso da mutação constitucional, Costa²¹² cita a proposta elaborada pelo Ministro Gilmar Mendes de retirar o papel do Senado do controle difuso de constitucionalidade, quando do julgamento da Reclamação Constitucional 4.335 que, por sua vez, representa o objeto de análise do presente estudo, será discutida mais aprofundadamente no capítulo a seguir.

²¹² COSTA, Sandro José de Oliveira. Questões atuais de direito constitucional. Rio de Janeiro: Corifeu, 2007, p. 26.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL 4.335: AMEAÇA À CIDADANIA CONSTITUCIONAL?

A Reclamação Constitucional 4.335 é um exemplo de mutação constitucional expressada pelo Supremo Tribunal Federal e sua análise é importante, pois, através dela, é possível avaliar a correção e legitimidade da referida decisão, especialmente à luz do sentido e alcance do instituto da mutação constitucional e, para, além disto, sobre a repercussão deste tipo de postura judicial à vista da cidadania constitucional e conforme a ideia de democracia segundo Habermas.

Aqui, cabe lembrar que a reclamação é um instituto apto a garantir a autoridade das decisões da Corte, com esteio no artigo 102, I, “I”, da Constituição Federal de 1988. A legitimidade para ajuizamento depende do sistema sob o qual se deu a decisão: se na via difusa, apenas cabe às partes do processo; se na concentrada, qualquer pessoa que tenha seus direitos lesados pela decisão que contrarie o posicionamento do Tribunal.

De maneira prática, a Reclamação Constitucional 4.335 trata-se da propositura de tal instituto ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, em face da decisão do juiz de Direito da Vara das Execuções Penais da Comarca de Rio Branco que indeferiu pedido de progressão de regime em relação a dez sentenciados que cumpriam pena na referida comarca²¹³.

O juiz que deliberava sobre a progressão de regime em questão, indeferiu a progressão de regime dos sentenciados em razão do cumprimento de pena pela prática de crimes hediondos, de modo que haveria óbice legal sobre o referido pedido²¹⁴.

De acordo com a Defensoria Pública daquele Estado da Federação teria havido afronta à supremacia da decisão do Supremo Tribunal Federal, porque no julgamento do *habeas corpus* 82.959, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal, de forma incidental e através do controle difuso de constitucionalidade declarou inconstitucional artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, de modo que proibição legal deixará de existir.

Instado a se manifestar sobre a Reclamação Constitucional, o juiz se posicionou:

²¹³ Por absoluta impertinência em relação ao objeto da pesquisa, omite-se nesta oportunidade o nome dos sentenciados.

²¹⁴ Artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos).

Como a decisão se deu no controle difuso de constitucionalidade (análise dos efeitos da lei no caso concreto), a decisão do Supremo terá que ser comunicada ao Senado para que o parlamento providencie a suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional. (...) (destacado).

O magistrado, portanto, faz consignar expressamente que deixou de reconhecer o julgamento proferido pelo STF declarando a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime aos apenados por crimes hediondos, porque ela se deu em controle difuso de constitucionalidade (destacado e grifado).

Importante ressaltar aqui o papel do Senado Federal no controle difuso, disposto no art. 52, inciso X da Constituição Federal de 1988, cujo objetivo é a participação pública no controle de tais pronunciamentos decisórios o que, por sua vez, promove o abandono do egoísmo moderno do agente julgador, que na tradição brasileira, é visto como protagonista processual²¹⁵.

Como o direito é fruto da dinâmica social do homem, com a “derrocada do esquema sujeito/objeto [...], o sujeito solipsista (*selbstsuchtlger*) dá lugar à intersubjetividade”²¹⁶. Logo, ao se admitir o novo papel atribuído ao Senado Federal, qual seja, o de mero órgão destinado a dar publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal estar-se-ia admitindo que o direito “é (será) aquilo que a vontade do poder quer que seja. Chega-se ao ápice da não democracia: o direito transformado em política.”²¹⁷. O direito deve ser um mecanismo garantidor da política e não a própria política.

Dessa feita, para que houvesse a suspensão da norma então declarada inconstitucional, o ordenando constitucional determinava a comunicação ao Senado Federal sobre a declaração incidental de inconstitucionalidade (destacado).

E o magistrado seguiu sua postura apontando que:

Quanto à decisão do STF de declarar inconstitucional o artigo da Lei 8.072/90 que veda a progressão de regime de cumprimento de pena para condenados por crimes hediondos e equiparados, é pacífico que, tratando-se de controle difuso de constitucionalidade, somente tem efeitos entre as partes (destacado).

²¹⁵ STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 10, n. 20, 2º semestre de 2007, p. 37-57.

²¹⁶ Ibidem, p. 48.

²¹⁷ Idem.

No ápice de sua justificativa, aponta o artigo 178²¹⁸ do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – que prevê a mesma exigência de comunicação do artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988 – e afirma:

Para que venha a ter eficácia para todos é necessária a comunicação da Corte Suprema ao Senado Federal que, a seu critério, pode suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da CF).

(...)

Assim, não havendo qualquer notícia de que o Senado Federal tenha sido comunicado e que tenha suspenso a eficácia do artigo declarado *incidenter tantum* inconstitucional, o que se tem até a presente data é que ainda está em vigor o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime. Se a decisão do Supremo Tribunal Federal tivesse sido tomada em sede de ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado), produziria eficácia contra todos e efeito vinculante, relativa aos demais órgãos do Judiciário e até à Administração Pública direta e indireta, nos exatos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal. Todavia, como dito, não foi o que se verificou – a decisão se deu no controle difuso. (destacado e grifado).

É importante constar que, nesse caso, a Procuradoria Geral da República opinou pelo não conhecimento da Reclamação Constitucional, consignado em seu parecer que inexistia decisão proferida pelo STF, cuja supremacia devesse ser preservada.

Neste ponto em específico, caba ressaltar o aprofundamento do exame da admissibilidade da referida reclamação. Isto porque, a questão é puramente formal e não é objeto do estudo que, nessa pesquisa, centrou-se no mérito da decisão relativa à hipótese de mutação constitucional.

Apesar disso, é pertinente destacar que a preliminar de não conhecimento da Reclamação Constitucional foi superada pelo Supremo Tribunal Federal através do voto condutor do Ministro Gilmar Mendes que, por sua vez, asseverou a evolução da interpretação sobre o tema constatando o cabimento de Reclamação Constitucional sempre que houver comprovação de prejuízo resultante de decisões que contrariem teses do STF²¹⁹.

²¹⁸ Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos artigos 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição Federal de 1988.

²¹⁹ Embora este não seja o foco central do estudo, importante consignar que o voto do Ministro Gilmar Mendes sobre esta questão é absolutamente incompatível com o entendimento majoritário acerca do tema controle de constitucionalidade. Isto porque, neste caso, tendo a decisão paradigma da Reclamação sido proferida em **controle** difuso de constitucionalidade não há produção de tese, em espécie, sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas. No controle difuso de constitucionalidade o que se tem é o afastamento da suposta norma inconstitucional para julgamento do mérito colocado *inter partes*, de modo que não há coisa julgada sobre o afastamento da norma supostamente inconstitucional. No controle difuso, portanto, não se tem coisa julgada material sobre tese de inconstitucionalidade de normas, de modo que, de fato, é absolutamente plausível afastar-se o conhecimento da Reclamação constitucional, conforme pretendia a Procuradoria Geral da República. No caso em questão, é oportuno destacar que o Ministro Gilmar Mendes supera a preliminar já adiantando o mérito de seu voto, na medida em que reconhece que a decisão proferida no *habeas corpus* 82.959 tem efeito vinculante

Uma vez superada a preliminar (quase que em confusão com o mérito), o Ministro Gilmar Mendes inaugura sobre tese acerca de mutação constitucional, problematizando o objetivo desta pesquisa: o papel do Senado Federal (além da repercussão da decisão à luz da cidadania constitucional).

Para fundamentar sua concepção de mutação, Gilmar Mendes inicia o seu voto tratando expressamente sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade.

Coloca o tema da seguinte forma:

A suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal foi à forma definida pelo constituinte para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade. (destacado).

Gilmar Mendes, portanto, ao apresentar o artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988 em seu voto, o coloca como decisão do constituinte, informando a sua intenção: emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade.

O ministro prossegue seu voto problematizando a natureza jurídica da resolução do Senado Federal, questionando seu caráter, sua abrangência e sua pertinência.

Em determinado momento de seu voto, o ministro chega a afirmar que a suspensão prevista no artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988 constitui ato político que retira a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos.

E ainda:

Vê-se, pois, que, tal como assentado (...) o ato do Senado tem o condão de outorgar eficácia ampla à decisão judicial, vinculativa, inicialmente, apenas para os litigantes. (destacado).

(...)

Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. (destacado).

O ministro decide, após expor vários registros históricos, inaugurar, de fato, sua tese, cabendo destacar a importância argumentativa que ele atribuiu à passagem:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes - hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de

erga omnes típicas daquelas proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, onde se tem, de fato, tese sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma.

uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? (destacado).

E sobre este ponto, concluiu: “A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.” (destacado e grifado).

Ao instituir tal premissa – a de que o instituto da suspensão pelo Senado Federal justifica-se, apenas, por conta de seu contexto histórico (portanto, quase que por um “descuido” do constituinte) – fica relativamente fácil a Gilmar Mendes sustentar ter havido a incidência da mutação constitucional, conforme ficará claro mais adiante.

Bastante interessante apurar que, após a declaração acima, Gilmar Mendes cuida de trazer em seu voto uma dezena de situações onde a comunicação ao Senado Federal ou é inadequada ou mostra-se problemática.

Aqui, antes de tratar especificamente do instituto da mutação constitucional o Ministro relator informa que o artigo 52, inciso X é de natureza puramente histórica, sem serventia para os tempos atuais, especialmente porque ele não se aplica [ria] nos casos de: rejeição de arguição de inconstitucionalidade; nos casos onde o Tribunal ao prover ou não recursos fixa interpretação da Constituição; nas declarações de não-recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal; nos casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; nas decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta; e quando o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de certa expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário.

Segundo o entendimento acima, o instituto é histórico e, portanto, ultrapassado, já que não teria aplicabilidade nas outras manifestações do Tribunal acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

Após suas considerações, o Ministro Gilmar Mendes fundamenta sua tese na mutação constitucional com o intuito de, agora, superar o texto constitucional.

Segundo seu voto:

Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não-aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a ideia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação.

Assinale-se que se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era *ipso jure* nula, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF.

E ainda:

Uma orientação dogmática minimamente consistente haveria de encaminhar-se nesse sentido, até porque a atribuição de funções substantivas ao Senado Federal era a própria negação da ideia de nulidade da lei devidamente declarada pelo órgão máximo do Poder Judiciário.

Após longas citações, o ministro caminha para conclusão:

Conforme destacado, a ampliação do sistema concentrado, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar radicalmente a concepção 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.

(...)

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. (destacado).

Após o voto do Ministro relator, segue votando o Ministro Eros Grau. Aqui, cabe ressaltar que o relativo voto é substancialmente importante para a presente análise e qualifica a problemática aqui trazida. Isto porque, como se verificará, o Ministro Eros Grau, em seu voto, praticamente reescreve o texto do artigo 52, inciso X, dando a dimensão dos efeitos da mutação constitucional operada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, apesar de não ter sido o voto condutor, é certo que foi um voto rico de elementos para a análise acerca do assunto.

A clareza desta mutação fica nitidamente visível nesta menção:

O eminente Relator, jurista sensível à necessidade de adequação da Constituição ao devir social, em seu voto propõe se a promova no que tange aos efeitos das decisões do Supremo no exercício do controle difuso. E o faz extraindo o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica *mutação constitucional*: ao Senado Federal está atribuída competência para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional. (destacado).

Nota-se, portanto, que há clareza na menção do instituto da mutação constitucional e na sua consequência imediata em relação ao caso, que foi a alteração do texto constitucional.

Veja-se, reforçando-se que, Eros Grau é categórico ao afirmar que, a partir da mutação constitucional proposta pelo relator, caberia ao Senado Federal, por força do artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988, dar apenas publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal e não mais suspender lei declarada inconstitucional por decisão do STF. (destacado e grifado).

Ponto importante do voto de Eros Grau, além do citado acima, é a forma objetiva com que elencou a preocupação dos votos até então proferidos, simplificando de maneira bastante clara (também) as ponderações do relator:

Desejo inicialmente ponderar, no entanto, a procedência dos cuidados do eminente Ministro Relator. O crescimento do número de litígios e a multiplicação de processos idênticos no âmbito do sistema de controle difuso são expressivos da precariedade da paz construída no interior da sociedade civil.

A passagem do voto posta acima é bastante oportuna, na medida em que elenca um discurso recorrente no Judiciário²²⁰, especialmente na Suprema Corte: o excessivo número de processos, ou o excessivo número de recursos, ou o excessivo número de causas a serem resolvidas. Quase sempre este, embora não de forma isolada, é um argumento utilizado para sensibilizar juízes.

Após tais considerações o Ministro Eros grau segue seu voto se dedicando a falar do dever social do Supremo, fazendo uma síntese da necessidade de o Supremo atuar “proficientemente, viabilizando a fluente transformação da luta em jogo”²²¹.

Ponto ainda bastante fundamental do voto do Ministro Eros Grau é aquele em que dedica a explica a alteração semântica do texto constitucional. Tem-se aqui, forte conteúdo a ser visualizado, já que, conforme explicado durante este item da pesquisa, está-se analisando se é possível por meio da mutação constitucional alterar não apenas o sentido do texto constitucional, mas a sua própria semântica.

(...) 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

²²⁰ O discurso do excessivo número de processos não é exclusividade do STF, mas de praticamente todo o judiciário.

²²¹ Neste ponto o Ministro faz referência à nota de rodapé constante de seu voto. Vide: GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 158 e ss.

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, apoia-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 sujeita a uma série de associações, oposições e homologias que conferem sentido ao texto, de modo que, em verdade, não inventa a norma. (destacado).

E com isto, justificando em seu voto a possibilidade de alteração do texto constitucional, Eros Grau conclui entregando absoluta expressividade não apenas ao seu voto, mas ao voto do Ministro relator.

Isto posto, cumpre ponderarmos o que propõe, em seu voto, o eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes. S. Excia. extrai o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica *mutação constitucional*: ao Senado Federal está atribuída competência privativa para dar publicidade a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. (destacado).

E arremata:

Note-se bem que S. Excia. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição. (destacado).

Diante da síntese dos dois votos condutores do julgamento, é possível observar alteração, por meio do instituto da mutação constitucional, não apenas do sentido do texto constitucional, mas, sobretudo, por meio de mutação da Constituição do texto constitucional.

Diante do quadro anunciado na síntese de ambos os votos, o Ministro Sepúlveda Pertence, antecipando seu voto diverge com fundamentos que também convém destacar.

(...) não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista. (destacado).

Substancialmente, a divergência aberta pelo Ministro Sepúlveda Pertence se sustenta em dois fundamentos. Primeiro, pela presença da engenharia constitucional de comunicação ao Senado, tal como posto no artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988 ter sobrevivido a tantas Constituições (com exceção da Carta do Estado Novo); e segundo, porque a época do julgamento não haveria necessidade de tamanha modificação para se entregar efetividade às

decisões judiciais do STF, vinculando quem quer que seja tendo em vista a possibilidade de edições de sumulas vinculantes.

A divergência assim deixa claro:

(...) peço vênica aos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau para julgar improcedente a reclamação que, a meu ver, é o grande risco tsunâmico - eu diria - do Supremo Tribunal de hoje, porque, sem alargamentos, ela já tende a ser brevemente a via mais frequente de acesso ao Tribunal. Não vejo necessidade de rompê-la a custo desta delicada decisão institucional de converter essa prerrogativa a que o Congresso sempre se reservou, nas sucessivas Constituições, em uma função subalterna de dar publicidade a decisões do Supremo Tribunal em processos subjetivos. (destacado).

Prestando sua contribuição, o Ministro Joaquim Barbosa acompanha a divergência e assinala solução na mesma linha do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, sem maiores acréscimos, ressaltando a possibilidade de edição de súmula vinculante, como um poderoso antídoto para resolução da questão.

Parte significativa do seu voto é a que segue:

Concluo, Sra. Presidente, que para a eficácia das decisões da Corte vejo o dispositivo como um complemento, não como obstáculo. Imagino situações, mesmo que residuais, em que um caso, por suas circunstâncias muito próprias, suscite a declaração de inconstitucionalidade *in concreto*. (destacado).

Depois do voto do Ministro Joaquim Barbosa, passa a votar o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski que, após longa digressão histórica do instituto controle concentrado de constitucionalidade, chega ao voto do Ministro Gilmar fazendo remissão as suas conclusões com vistas a construir o seu raciocínio.

A partir dessa construção, o ministro Ricardo Lewandowski diverge:

Após bem refletir sobre tal proposição, ousou divergir de Sua Excelência quanto à ocorrência da aludida mutação constitucional, por não entender tratar-se o instituto de mera reminiscência histórica.

E prossegue para trazer o seu fundamento:

(...) primeiro, constato que a Câmara Alta, não tem descuidado do cumprimento dessa relevante competência que os constituintes brasileiros lhe tem atribuído, de forma reiterada, desde o advento da Carta de 1934. Nesse sentido, assinalo que, entre 7 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal pautou, para deliberação dos Senadores, nada menos que 53 ofícios encaminhados por esta Corte, solicitando a promulgação de projeto de resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso.

Sobre o voto do Ministro Sepúlveda Pertence – que pretende expressamente a modificação do texto constitucional, Ricardo Lewandowski traz:

Tal interpretação, contudo, a meu ver, levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência daquela Casa Legislativa no tocante ao controle de constitucionalidade, reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo. Com efeito, a prevalecer tal entendimento, a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa.

O referido ministro prossegue de forma peremptória:

A exegese proposta, segundo entendo, vulneraria o próprio sistema de separação de poderes, concebido em meados do século XVIII na França pré-revolucionária pelo Barão de la Brède e Montesquieu, exatamente para impedir que todas as funções governamentais – ou a maioria delas – se concentrem em determinado órgão estatal, colocando em xeque a liberdade política dos cidadãos. O referido teórico, para tanto, concebeu a famosa fórmula segundo a qual “*le pouvoir arrete le pouvoir*”, de modo a evitar que alguém ou alguma assembleia de pessoas possa enfeixar todo o poder em suas mãos, ensejando, assim, o surgimento de um regime autocrático.

Ricardo Lewandowski arremata sua postura, com significativas menções:

Suprimir competências de um Poder de Estado, por via de exegese constitucional, a meu sentir, colocaria em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos, como ressalta *Jellinek*²²².

(...)

(...) o que se propõe aqui é algo inteiramente diferente. Almeja-se, na verdade, deslocar uma competência atribuída pelos constituintes a determinado Poder para outro. Não me parece, contudo, seja possível materializar-se tal desiderato, mesmo porque os próprios teóricos da mutação constitucional reconhecem que esse fenômeno possui limites.

Após debates, o Ministro Teori Zavascki pediu vista e trouxe seu voto vista em 20/03/2014, já passado longo período desde o início do julgamento (01/02/2007).

Aliás, sobre o tema, é importante mencionar que, nas folhas 144/146 dos autos, os Ministros empreendem um grande debate sobre a prejudicialidade da Reclamação. Isto se dá, porque o Supremo Tribunal Federal, no curso do julgamento da Reclamação, aprova a Súmula Vinculante n. 26, cujo objeto é justamente a possibilidade de progressão de regime dos condenados por crimes hediondos, sepultando de vez o entendimento acerca da constitucionalidade do chamado regime de cumprimento de pena *integralmente fechado*.

²²² JELLINEK, Georg. Teoria general del Estado. Buenos Aires: Editora IB de F, 2005, p. 747.

Súmula vinculante 26 - para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

O Ministro Teori acompanha o relator, mas para deferir a Reclamação Constitucional em relação à súmula vinculante. Com isto, poder-se-ia falar em perda de cientificidade sobre o objeto da pesquisa. No entanto, ele permanece na medida em que o julgamento da Reclamação continua com o seu voto (sem, portanto, qualquer declaração de prejudicialidade de objeto) e, os seus fundamentos, são igualmente relevantes para a discussão que foi iniciada com os votos do Ministro Relator e do Ministro Eros Grau.

Alguns trechos de seus votos são extremamente relevantes, já que ele tratou de falar sobre a aproximação do Direito Brasileiro com as doutrinas do *common law* e a sua vinculação aos precedentes para concluir acerca da autoridade e supremacia das decisões do Supremo em relação ao exercício da discricionariedade política do Senado Federal prevista no artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido:

É interessante ilustrar a paulatina, mas persistente, caminhada do direito brasileiro no rumo da valorização dos precedentes judiciais, no âmbito da jurisdição geral (e não, exclusivamente, da constitucional, de que se tratará mais adiante) mencionando alguns de seus mais expressivos movimentos.

Na esteira dos argumentos secundários de Gilmar Mendes, o Ministro Teori sustenta seu voto na ideia de que não é possível ignorar as profundas alterações legislativas que aproximaram as decisões do Supremo Tribunal Federal a efeitos *ultra partes*.

Cita-se:

(...) esse panorama ilustra a inequívoca força *ultra partes* que o sistema normativo brasileiro atualmente atribui aos precedentes dos tribunais superiores e, especialmente, do STF. Daí a precisa observação do professor Danilo Knijnik²²³: embora não seja certo “dizer que o juiz brasileiro, p. ex., está jungido ao precedente tanto quanto o estaria um juiz norte-americano ou inglês”, também “será falso, mormente na atualidade, dizer que o precedente é uma categoria jurídico-processual estranha ao direito pátrio, ou que tem apenas uma força meramente persuasiva”.

²²³ KNIJNIK, Danilo. O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 59.

O Ministro Teori conclui, fazendo menção às modificações trazidas com a Emenda Constitucional 45/2004 que, de acordo com seu entendimento, teria expandido a força das decisões do Supremo Tribunal Federal.

É inegável, por conseguinte, que, atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, nas hipóteses de que trata o art. 52, X da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos tribunais superiores e, como não poderia deixar de ser, especialmente os da Corte Suprema.

Próximo a votar, o Ministro Roberto Barroso acompanha o Ministro Teori e não traz considerações novas em seu voto.

Resumindo-o, tem-se:

Assim, louvando - não formalmente, mas sinceramente – esse impulso dado pelo voto do Ministro Gilmar Mendes no sentido de reconhecer a mutação constitucional e vendo isso, talvez, quase como que um apelo ao legislador ou ao poder constituinte reformador para que reveja isso, porque acho que é bom, para o país e para a jurisdição, a universalização dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Plenário, eu, no entanto, manifesto-me contrariamente ao reconhecimento da mutação constitucional, porém adiro ao voto do Ministro Teori Zavascki para conhecer e julgar procedente a Reclamação por inobservância da Súmula Vinculante nº 26.

A Ministra Rosa Weber e o Ministro Celso de Mello votam acompanhando o Ministro Teori, sem nada trazer de novo. O Ministro Marco Aurélio acompanha o relator, igualmente, sem nada acrescentar de novo aos argumentos já citados.

E, com isso, o resultado é proclamado:

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator), julgando procedente a reclamação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 01.02.2007.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o Relator; do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo *habeas corpus* de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da reclamação, mas igualmente concedia o *habeas corpus*, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 19.04.2007.

Decisão: Colhido o voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski, que não conhecia da reclamação, mas concedia *habeas corpus* de ofício, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Não votam os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 16.05.2013.

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu e julgou procedente a reclamação, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da reclamação, mas concediam *habeas corpus* de ofício. Não participaram da votação os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que sucederam aos Ministros Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Ausentes, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, em viagem oficial para participar da 98ª Comissão de Veneza, na cidade de Veneza, Itália, e, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), que votou em assentada anterior. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente no exercício da Presidência). Plenário, 20.03.2014.

Conforme se pode observar, em suma, a Reclamação Constitucional 4.335 tratou-se de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Acre, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alegou-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no *habeas corpus* 82.959/SP (DJU de 1.9.2006), em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos — (Informativo 454).

Assim, o Ministro Eros Grau, em voto-vista, julgou procedente a reclamação, acompanhando o voto do relator, no sentido de que, pelo artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, ao Senado Federal, no quadro de uma verdadeira mutação constitucional, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão contém força normativa bastante para suspender a execução da lei.

Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o Relator; do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo *habeas corpus* de ofício para que o juiz examinasse os demais requisitos para deferimento da progressão, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da reclamação, mas igualmente concedia o *habeas corpus*, pediu vista dos autos o Ministro Ricardo Lewandowski e, ao final, a referida reclamação foi julgada procedente o que, no entanto, acabou se configurando em um problema no tocante à noção da cidadania constitucional e à democracia.

3.1 O problema da Reclamação Constitucional 4.335.

Conforme verificado acima, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Reclamação Constitucional 4.335, afirmou que a competência do Senado Federal em relação ao controle difuso de constitucionalidade é o de apenas dar publicidade às decisões da Corte.

Através dos votos, especialmente do Ministro Relator Gilmar Mendes e do Ministro Eros Grau, houve uma abrupta retirada de competência constitucional do Senado Federal.

O problema dessa engenharia constitucional comandada especialmente por Gilmar e Grau é que, por meio de um instituto idôneo como o da mutação constitucional, o Supremo Tribunal Federal ultrapassou o limite ontológico e, especialmente, semântico do artigo 52, inc. X da Constituição Federal de 1988.

E isso não parece democrático, tampouco cidadão.

Deve-se anotar que a regra descrita no artigo 52, inc. X da Constituição Federal de 1988 não é uma fórmula nova, tampouco uma fórmula ultrapassada ou que não tenha dado certo. Neste sentido, o próprio Mendes assinala que: “daí ter-se adotado, em 1934, a suspensão e execução pelo Senado como mecanismo destinado a outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade”²²⁴.

Desde a Constituição Federal de 1934, com exceção da Constituição de 1937 – autoritária por nascimento – todas as Constituições da República trouxeram o formato de participação descrito no artigo 52, inc. X. A repetição desta fórmula de controle pelo Senado na Constituição Federal de 1988 é um indicativo de exercício de cidadania. O retorno do instituto, portanto, indica clara opção do constituinte em matéria de cidadania, participação democrática e política e, especialmente, em manter-se de olhos atentos em relação às decisões do Supremo.

A declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade não pode ter o condão de apagar a legislação eventualmente atacada. O seu afastamento puro e simples diante do caso concreto não pode ter o efeito automático de retirada da lei do mundo jurídico, senão apenas na relação jurídico processual trazida à Suprema Corte. Não há autoridade política conferida a apenas 11 pessoas para tal intento, configurando a sua utilização um autoritarismo sem precedentes na história constitucional e do controle de constitucionalidade.

A mutação constitucional, ainda que se queira lhe entregar um grande remédio de modificação dos efeitos de um determinado instituto, não pode e não faz modificação do texto

²²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 41, n. 162, abr./jun., 2004, p. 150.

constitucional, não ultrapassa o sentido semântico da norma e, principalmente, não derroga a capacidade política de um poder da República em um dispositivo constitucional cuja gênese foi, justamente, complementar a participação da Suprema Corte, entregando a sua decisão resquícios mínimos de cidadania e participação popular.

Importantíssimo mencionar que a previsão constitucional é a de suspensão da lei ou ato normativo, o que implica em retirada do ato do mundo da vida para que nunca houvesse produzido efeitos diante da própria declaração de inconstitucionalidade, enquanto que a revogação implica numa retirada posterior que não desconsidera os efeitos eventualmente já produzidos.

O Senado Federal, justamente porque age de forma política – e, portanto, legitimado do ponto de vista democrático pela maior presença de cidadania constitucional – não está obrigado ante a declaração de inconstitucionalidade a suspender a lei declarada inconstitucional. Age, como todo órgão política norteado por conveniência e oportunidade política, ante a discussão democrática e cidadã que estabelece com os seus partícipes na tomada das decisões políticas.

Não se trata apenas de entregar eficácia ampla, pura e simplesmente. Trata-se, acima de tudo, de entregar legitimidade política a uma decisão que fora decidida no contexto entre partes.

Indo mais além, trata-se de permitir a retirada da lei – ato jurídico de maior legitimidade e participação cidadã no contexto democrático – do mundo da vida, repita-se, entregando a decisão de 11 juízes a legitimidade democrática necessária para derrubada da lei – este ato tão legítimo quanto informado.

Nesse caso, tem-se uma fórmula relativamente complexa, escolhida pelo constituinte (ou por tantos constituintes) para, sob o enfoque democrático e sob o aspecto da cidadania constitucional, entregar efeitos amplos à decisão do Supremo, permitindo, especialmente, a participação do sujeito constitucional nesta decisão. Sua supressão, portanto, implica na supressão da própria participação do sujeito constitucional.

Tudo isso sem que seja necessário novamente apontar o autoritarismo de uma decisão que, ultrapassando o limite semântico do texto constitucional – e, portanto, sua força constituinte – derroga capacidade política de um dos Poderes da República²²⁵.

Pode parecer inadequado para conferir eficácia *erga omnes* as decisões do Supremo, mas este raciocínio apenas se dá porque se pensa o instituto pelo viés histórico, quando se

²²⁵ Aqui, caberia uma extensão avaliação de violação do princípio constitucional da independência e convivência harmônica entre os Poderes da República, mas como o objeto da pesquisa não é identificar ou apontar esta inferência (mas somente o cenário de supressão de cidadania constitucional), limita-se a observação a aponta-los nesta nota, chamando atenção do leitor para outro grave problema que nasce com a decisão do Supremo na Reclamação Constitucional 4.335.

deveria pensa-lo sob o viés democrático, de participação política e de conteúdo de cidadania. Seria então um absurdo imaginar que uma fórmula tão debatida e tão complexa como aquela pensada por diversas assembleias constituintes para conferir legitimidade democrática e participação cidadã seja vista apenas como algo histórico.

Aliás, Gilmar Mendes, ao apontar esta suposta inadequação, não é capaz de citar absolutamente nenhuma decisão política, mas apenas decisões do STF que, por sua vez, se apropriam de toda a doutrina e sistemática de controle de constitucionalidade. Não há um ato político ou de participação popular que sustente a chamada inadequação alegada, outro viés do autoritarismo desta conclusão.

Gilmar ainda aponta, com o intuito de reforçar sua tese e seu voto, que no caso de rejeição da arguição de inconstitucionalidade, o instituto não tem qualquer aplicação. Ora, evidentemente não é disto que se trata e a menção sequer deve ser considerada um argumento válido a esta discussão. Isto porque, o instituto não foi pensado para esta hipótese – de modo que discuti-la é pura retórica sem fundamento e porque, se o Supremo não declarou a norma inconstitucional, rejeitando a arguição da parte, não há qualquer vício da norma em relação ao texto da constitucional, não cabendo ao Senado qualquer interferência no assunto. Ademais, se o Poder Legislativo pretende modificar, revogar ou retirar leis ou atos normativos do mundo da vida, sem que haja declaração de inconstitucionalidade, deverá utilizar o regular processo legislativo, o que significa que, mesmo na ausência de declaração de inconstitucionalidade poderá, obviamente, o Senado e todo o Poder Legislativo num debate democrático e cidadão, de racionalidade discursiva produzir, alterar ou retirar atos normativos do mundo da vida.

Reler o papel do Senado Federal nas declarações de inconstitucionalidade, não pressupõe lhe retirar capacidade política e, principalmente, não autoriza a retirar a capacidade de participação dos cidadãos deste mecanismo.

Não se pode fazer um exercício intuitivo de supressão de participação democrática, de supressão de participação política ou de capacidade política de um dos Poderes da República. Isto porque, no controle abstrato já há engenharia constitucional desta participação, que é a ampliação do rol dos legitimados para a propositura da ação. Dentre os legitimados é possível notar ampla participação política, democrática e de cidadania, porque o rol de pessoas habilitadas a questionar a norma no controle concentrado e/ou abstrato contempla figuras exclusivamente políticas (e não mais apenas técnica, como, por exemplo, a Procuradoria Geral da República).

Dessa forma, a manutenção dessa participação política do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade é necessária para manter equidade com o controle abstrato, sendo

certo que a Constituição Federal de 1988 pensou em ambos os controles de forma democrática. O resultado do julgamento suprime esta participação democrática de um dos poderes, o que é um autoritarismo sem precedente.

Nesse sentido, o modelo escolhido pela Constituição Federal de 1988 seria perfeito quando da visualização que, tanto num como noutro controle de constitucionalidade há participação política (e não apenas técnica). Tanto num, como noutro modelo há participação popular e de cidadania.

O que a mutação constitucional fez na Reclamação Constitucional 4.335 foi retirar de um desses modelos essa participação. A retirada por si só não é pior que a fórmula utilizada e os efeitos que dela advém, dentro de uma linha de hermenêutica constitucional puramente histórica e autoritária.

Deixar de aplicar o artigo 52, X, significa não só abrir precedente de não cumprimento de norma constitucional – enfraquecendo sobremodo a força normativa da Constituição – mas também suportar as consequências, uma vez que a integridade [no Direito] também supõe integridade da própria Constituição²²⁶.

Por fim, Dworkin aponta que: “(...) o artigo 52, X é muito mais importante do que se tem pensado. Ele consubstancia um deslocamento do polo de tensão do solipsismo das decisões do Judiciário em direção da esfera pública de controle dessas decisões”²²⁷.

²²⁶ Ibidem, p. 12.

²²⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 12.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O presente estudo, que teve o objetivo de analisar a postura do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Reclamação Constitucional 4.335, principalmente no que se refere ao seu papel no Estado Democrático de Direito brasileiro e, mais especificamente, à cidadania constitucional, resgatou as bases de igualdade, liberdade e fraternidade características da Revolução Francesa, bem como a ideia de “governo do povo feito para o povo”, características de um Estado Democrático de Direito, a fim evidenciar a sua soberania baseada na nação enquanto comunidade democrática resultante da necessidade que o Estado tinha de acompanhar as várias transformações econômicas, sociais e políticas vivenciadas pela sociedade através dos tempos. Ou seja, no Estado Democrático de Direito, a confluência entre o poder estatal e a necessidade popular é o que garante os direitos dos seus cidadãos.

Aqui, viu-se que uma das características mais importantes do Estado Democrático de Direito é a tripartição dos poderes, idealizada por Montesquieu visando o exercício, em separado, dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário demonstrando, assim, a harmonia e independência dos poderes que alicerçam tanto a soberania do Estado quanto a democracia e a garantia dos direitos fundamentais.

Indo mais além e tomando como marco teórico o jus filósofo Jürgen Habermas, o estudo mostrou que a soberania do povo, a garantia de uma ampla proteção jurídica individual, a legalidade da administração e a separação entre o Estado, seus poderes e a sociedade efetivamente são consideradas o alicerce do Estado Democrático de Direito brasileiro e que, neste contexto, a Constituição Federal surge a fim de garantir a legalidade dos ditames democráticos, dentre eles, a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Os textos constitucionais, segundo apontou o estudo, ao se pautarem nas normas jurídicas que regulam a forma do Estado, de seu governo, do exercício do seu poder, do estabelecimento de seus órgãos e dos limites de sua atuação, constituem o Estado em si, tendo como pressuposto o poder emanado do povo e voltado para o povo.

Ademais, como características principais, viu-se que a Constituição, além de definir e organizar um Estado, tem a rigidez como um de seus parâmetros, voltada justamente para a impossibilidade ou dificuldade de se moldar o texto constitucional segundo interesse de poucos e em detrimento do bem de toda a nação. Aqui, teve lugar, pela primeira vez, a menção à

mutação constitucional, um dos focos do presente estudo ao ser associada ao instituto da Reclamação Constitucional.

Ainda assim, antes de se discutir tal instituto, fez-se necessário ao estudo deixar claro que, ao ter como pressuposto fundamental o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, sejam elas individuais ou sociais, a Constituição Federal de 1988 assume um caráter “cidadão”, justamente por agregar e conciliar os valores fundamentais enquanto cerne da organização estatal aos direitos, garantias e deveres fundamentais dos indivíduos que compõem o Estado brasileiro e que, neste contexto, têm sua identidade e cidadania constitucionais definidas como sempre em constante formação e reformulação devidas, em grande parte, às diferenças entre os povos e às transformações da sociedade.

Aqui se delineou claramente a relação entre a rigidez da Constituição voltada para o cidadão e a construção e a reformulação deste, com o surgimento de novas posturas diante de novos apelos e necessidades, o que trouxe à tona a noção de cidadania constitucional proposta por Habermas, na qual o direito e o exercício da cidadania seguem diretamente vinculados ao exercício da autonomia do cidadão que, por sua vez, deve estar totalmente ciente de seus deveres e direitos, bem como da sua participação no Estado e no contexto individual e social que o compõem.

A cidadania constitucional, portanto e segundo demonstrou Habermas, surge da consolidação de mecanismos que, através de procedimentos cívicos e legais, possibilitam e apoiam a reconstrução permanente do Estado Democrático de Direito, e o Direito, aqui, assume importante função, ao ser responsável por integrar os sistemas políticos e econômicos, legitimando e organizando a ação do Estado, sempre em consonância com os princípios democráticos, atentando para o que acontece na sociedade e conforme a autonomia dos cidadãos.

Nesse cenário, o Poder Judiciário, enquanto um dos poderes basilares do Estado Democrático de Direito, surge, então, como uma espécie de instrumento em favor do cidadão, ao buscar equilibrar o que traz a Constituição e as transformações e necessidades da sociedade, sempre em nome da cidadania e da democracia.

Dessa maneira, o estudo apontou que, mais do que uma função política, o Direito e o Poder Judiciário têm como missão primeira a implementação, a proteção e a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, bem como decidir os conflitos, controlar a constitucionalidade das leis e realizar seu autogoverno enquanto poder basilar, missões estas atreladas ao conceito de jurisdição constitucional que, ao interpretar e aplicar o que traz a Constituição por meio dos órgãos judiciais tem, no Supremo Tribunal Federal, sua

representação e competência delineadas, sendo a mutação constitucional um exemplo de suas atribuições.

Nesse ponto, pode-se observar que, conforme mencionado, ainda que o texto constitucional tenha a rigidez como uma de suas principais características, justamente a fim de caminhar de encontro com a realidade e evitar um caráter ultrapassado e obsoleto, meios como a emenda e a revisão constitucional – formal e informal – são utilizados e, enquanto objeto do presente estudo, a mutação constitucional surge como exemplo de meio informal de alteração do conteúdo constitucional, ou seja, representa uma alteração semântica do que traz o referido texto, geralmente decorrente de modificações sociais que requerem sua aplicação.

Assim, viu-se que, ao permitir a alteração do conteúdo da Constituição, sem que haja modificação de seu texto, a mutação constitucional faz com que a norma jurídica de adequue a uma sociedade aberta, democrática e pluralista, tal qual a brasileira, ressaltando ainda mais a necessidade de associar a sociedade ao Estado Democrático de Direito.

No entanto, conforme apontou o estudo, a mutação constitucional não pode, de maneira alguma, incorrer em quebra constitucional ou efetivar um conflito entre o que precisa ser alterado e o que segue estabelecido no texto original da Constituição, tendo lugar, então, a discussão acerca da Reclamação Constitucional 4.335 e a possibilidade deste instituto ter retirado a cidadania constitucional quando de sua votação pelo Supremo Tribunal Federal.

Viu-se então que a Reclamação Constitucional 4.335 faz referência à reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no estado do Acre, diante do indeferimento do pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão por prática de crimes hediondos em regime integralmente fechado. Na ocasião, tal reclamação foi considerada oponente à decisão do Supremo Tribunal Federal conforme o *Habeas Corpus* 82.959/SP, no qual foi declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos.

Dessa forma, viu-se que, mesmo com a posição do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade da norma, alguns juízes de primeiro grau, por causa da ausência do efeito *erga omnes* e vinculante da decisão, continuaram impedindo a progressão com fundamento no dispositivo legal já tido por inconstitucional sendo que, a partir daí, a Defensoria Pública da União ajuizou a referida Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal trazendo, como fundamento, a preservação da autoridade das decisões daquela Suprema Corte.

Uma vez posta em votação pelos ministros do Supremo, conforme os votos já expostos no presente texto, tal reclamação foi, ao final, julgada procedente, o que abriu margem à

discussão acerca da retirada da cidadania constitucional e, consequente, do ferimento à democracia, principalmente no que se refere ao controle difuso de constitucionalidade e à retirada de competência constitucional do Senado Federal conforme o texto do artigo 52, inc. X da Constituição Federal de 1988.

Portanto, diante de todo o exposto, foi possível observar que, ao julgar a Reclamação Constitucional 4.335 e declarar que, por meio da mutação constitucional é possível o Supremo Tribunal Federal modificar o texto constitucional, quer em sua estrutura, quer em sua semântica, a Corte demonstrou que está disposta a empreender quaisquer medidas hermenêuticas para fazer valer o seu entendimento, mesmo que isto, como visto, usurpe ou retire função política de outro órgão da República.

Retomando a questão da cidadania constitucional, pode-se afirmar que, sendo a Constituição Federal considerada cidadã, por todos os motivos elencados neste trabalho, então o órgão constitucional que lhe efetiva também o deve ser.

O relevante em tal situação é que, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, segundo o próprio texto constitucional, é tido como o guardião da Constituição (art. 102 da Constituição Federal de 1988), ainda assim isto não o torna inquestionável, intransponível ou até mesmo “dono da verdade”.

Nesse sentido, ao analisar o caso da Reclamação Constitucional 4335, o estudo apontou que, nos dias de hoje, o Supremo Tribunal Federal de hoje indica sinais de que pode vir a agir à revelia da Constituição o que, certa e indubitavelmente, fere a face “cidadã” que se entende que este deve possuir enquanto órgão constituído pela Constituição Federal de 1988, tendo sempre como pressuposto o fato de que o povo é o “dono” da Constituição e não um único poder ou órgão, por mais relevante que seja ao contexto democrático do Estado.

E é justamente nessa esteira de raciocínio que se verifica o quão equivocado está o Supremo Tribunal Federal dos tempos atuais que, diante de ataques de ativismo que fecham o texto constitucional, fazem sucumbir o ideal de pluralismo democrático, tornando o Tribunal, portanto, autoritário, antidemocrático e nada cidadão.

Indo mais além, pode-se afirmar que práticas como as visualizadas no presente trabalho transferem a cidadania e o debate democrático para outros patamares secundários, o que não é bom para a sociedade e o exercício de sua cidadania.

Muito pelo contrário, tal como a Constituição, o Supremo Tribunal Federal cidadão é aquele que dialoga, é aquele que ouve, é aquele que, com racionalidade, indica o melhor argumento e que toma a atividade judicial como o exercício de jurisdição, seja de que processos se estiver tratando, o que destaca o seu caráter democrático.

Ainda nesse sentido, pode-se considerar que o Supremo Tribunal Federal cidadão não é o fim da interpretação constitucional, mas, pelo contrário, é o ponto de partida neste processo de aprendizado inclusivo e cidadão e, justamente por isso, não deve e não pode impor uma solução fechada, ausente de diálogo.

Assim, conclui-se que a ideia de cidadania está ligada ao aspecto de discurso democrático, discurso este que possa viabilizar o processo de aprendizado e de inclusão social, já que há o entendimento que o projeto constitucional não acabou em 5 de outubro de 1988, mas que se projeta para o presente e para o futuro, como condição de legitimidade do texto constitucional.

Desta forma, o guardião desta cidadania e desta Constituição cidadã deve, igualmente, respeitar este espaço de diálogo entre o texto constitucional e a sociedade cabendo, portanto, ao Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão responsável pela guarda da Constituição Federal, manter e difundir seu aspecto democrático e cidadão, transformando-se no grande arquiteto capaz de construir e reconstruir o texto constitucional por meio da interpretação dos textos garantido, assim, a conquista e a garantia de direitos, bem como a pluralidade da sociedade, sempre em defesa de uma Constituição efetivamente cidadã.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. **Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado**. Curitiba: Juruá, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. Natureza jurídica e funções das Agências Reguladoras de serviços públicos. **Boletim de Direito Administrativo**, ano XV, n. 6, jun., 1999, p. 29-35.

BESTES, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2005.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Diritto costituzionale**. Napoli: Dott, 1986.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. **O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo**. Tradução brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, mai./ago., 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200007&script=sci_arttext>. Acesso em: 11 jan. 2015.

_____. O direito constitucional e o momento político. **Revista de Informação Legislativa**, ano 21, n. 81, jan./mar., 1984, p. 217-230.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra. Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, n. 23, p. 127-139, nov., 2004.

CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves, **Direito constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rei Editora, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, maio, 1999.

CASTRO, Marcos Faro. O STF e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun., 1997.

CITTADINO, Giselle. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2002.

_____. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

COSTA, Sandro José de Oliveira. **Questões atuais de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Corifeu, 2007.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo. **O poder dos juízes**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DANTAS, Ivo. **Da defesa do Estado e das instituições democráticas**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

_____. Jurisdição constitucional e a promoção dos direitos sociais. In: SAMPAIO, José Adércio José. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

De PLÁCIDO e SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. 30 ed. v. I e II. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

DUARTE, Écio Oto Ramos Duarte. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
ESTEVES, João Luiz M. **Direitos sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Método, 2008.

FARIA, José Eduardo. Os desafios do judiciário. **Revista USP**, Coordenadoria de Comunicação Social (CCS)/USP, São Paulo, n. 21, p. 47-57, 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Mutações constitucionais informais e a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3841, 6 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26225>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

FRANCISCO, Jorge. **Emendas constitucionais e limites flexíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Poder judiciário: controle interno e externo e revisão constitucional. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **O judiciário e a constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. Tradução brasileira de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2 ed. v. 1-2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Buenos Aires: Editora IB de F, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. **Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais**. Artigo publicado em 09 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 08 jan. 2015, p. 02.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. **Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9241>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública na perspectiva dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTR, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Método, 2008.

MAIA NETO, Geraldo de Azevedo. **O significado dos direitos fundamentais e o papel do constitucionalismo**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2508, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14850>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

MARTINEZ, Vinicius C. Estado do bem estar social ou Estado Social? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6623>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 8 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos, cidadania e educação. Uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2074>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direitos fundamentais e Estado constitucional**. 2 ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 41, n. 162, abr./jun., 2004, p. 149-168.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENEZES, Daniel Francisco Nagao. **Economia e mutação constitucional**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

MICHAELLO MARQUES, Carlos Alexandre; NUNES, Franciene Rodrigues. **O estado democrático de direito e a colisão de direitos fundamentais**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 98, 01/03/2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11300>. Acesso em: 06 jan. 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. 4 ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

OLIVEIRA, Edezio Muniz de. Mutação constitucional. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul., 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9813&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 12 fev. 2015.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Minorias e democracia no Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 307-322, jan. dez. 2006.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. Manole: Barueri, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Manual da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. Mutações constitucionais. *In: Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *In: Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 10, n. 20, 2º semestre de 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4 ed. 7 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sócias no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: RT, 1999.