

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E ESTADO

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A COISA JULGADA NO
CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE:
ANÁLISE DE UM FRAGMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

BRASÍLIA
2006

Antonio Carlos Torres de Siqueira de Maia e Pádua

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A COISA
JULGADA NO CONTROLE ABSTRATO DE
CONSTITUCIONALIDADE: ANÁLISE DE UM
FRAGMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

*Dissertação apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre em Direito e Estado pela
Universidade de Brasília, sob orientação do Professor
Doutor Gilmar Ferreira Mendes*

Brasília, 2006

TERMO DE APROVAÇÃO

Antonio Carlos Torres de Siqueira de Maia e Pádua

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A COISA JULGADA NO CONTROLE
ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: ANÁLISE DE UM FRAGMENTO
DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

*Dissertação apresentada em 13 de março de 2006 como
requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em
Direito e Estado pela Universidade de Brasília, perante a
seguinte banca examinadora:*

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes, orientador

Universidade de Brasília

***Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho,
membro***

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira

Universidade de Brasília

À Mônica, João e Isabela

AGRADECIMENTOS

Essa pesquisa só pôde ser realizada porque Mônica, além de ler e reler o que escrevi, assumiu sozinha a direção da casa, e porque João abriu mão da minha companhia de uma forma que Isabela ainda nem chegou a conhecer. À paciência e ao companheirismo de cada um deles devo a conclusão da dissertação, por isso agradeço muito a cada um deles. Amo vocês.

Agradeço também ao amigo Eneas que, com suas observações, contribuiu sobremaneira com este trabalho. Ajudou-me bastante lendo e comentando o projeto com o qual me candidatei à realização do curso, bem como os esboços que lhe apresentei. Obrigado amigo.

Ao Professor Inocêncio devo a descoberta de que a hermenêutica é muito mais que aquele conjunto de métodos burocraticamente descrito nos manuais. A forma didática e extremamente clara com que expõe a matéria fez de mim seu eterno devedor.

Ao Professor Gilmar agradeço por ter me aceitado como orientando apesar do enorme comprometimento do seu tempo. Agradeço, ainda, pelos apontamentos preciosos que permitiram identificar e desenvolver os pontos relevantes da dissertação, bem como pelas indicações bibliográficas sempre pertinentes.

Aos colegas Defensores Públicos, Claudionor, André e Holden, agradeço pela consideração que tiveram ao manter de pé, sem a minha ajuda, o ideal que chamamos de trabalho, prestando assistência jurídica aos desvalidos nesse país socialmente injusto.

Finalmente, aos meus pais, que sempre fizeram tudo o que podiam por mim, aos meus irmãos e aos demais colegas, peço

que também recebam os meus sinceros agradecimentos.

A todos, muito obrigado.

RESUMO

Nesta dissertação o autor pretende verificar a relação entre a mutação constitucional e a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Para isso, o autor inicia a pesquisa com o estudo do desenvolvimento do conceito de mutação constitucional, desde sua formulação inicial por Jellinek, marcada pelo positivismo sociológico, até a que Hesse enuncia, já sob a influência da hermenêutica.

Em seguida, o autor estuda a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade, traçando as diferenças entre a coisa julgada em caso de controle concreto de constitucionalidade e a coisa julgada que recai sobre o julgamento de lei em tese.

Finalmente, o autor analisa uma série de decisões em controle abstrato de constitucionalidade sob as luzes daquilo que foi estudado sobre a mutação constitucional e sobre a coisa julgada constitucional, para descrever como o Supremo Tribunal Federal relacionou uma e outra naquele caso concreto.

ABSTRACT

In this thesis, the author intends to analyse the relationship between constitutional change and *res judicata* in the context of the judicial review (abstrakte Normenkontrolle) performed by the Brazilian Supreme Court.

To this end, the author begins the thesis by studying the development of the concept of constitutional change, since it was first proposed by Jellinek through the lenses of sociological positivism until Hesse reshaped it under the influence of hermeneutics.

Then, the author analyses res judicata in the context of judicial review, drawing the difference between res judicata in the context of judicial review and res judicata in the context of judicial review.

Finally, the autor analyses a series of opinions delivered as judicial review in the light of the study on constitutional change and constitutional res judicata, in order to describe how the Brazilian Supreme Court relates one another.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO, 11

I. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, 15

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS, 16

1.1 A supremacia constitucional como contraponto histórico da soberania do parlamento, 18

1.2. O modelo constitucional francês e o esvaziamento da força normativa da constituição, 22

2. O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, 26

2.1. A mutação constitucional como evidência da força normativa da realidade, 31

2.2. A assimilação do controle de constitucionalidade pelo modelo constitucional continental-europeu, 46

2.3. O reconhecimento da força normativa própria da constituição como pressuposto da revisão hermenêutica do conceito de mutação constitucional, 52

2.4. A mutação constitucional como uma questão hermenêutica, 58

II. A COISA JULGADA NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, 66

1. A COISA JULGADA CONSTITUCIONAL, 67

2. A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E A COISA JULGADA CONSTITUCIONAL, 72

III. A RELAÇÃO ENTRE A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A COISA JULGADA EM CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE VERIFICADA EM UM FRAGMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 85

1. O DESENVOLVIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, SOBRE O PREENCHIMENTO DAS VAGAS DESTINADAS AO QUINTO CONSTITUCIONAL NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS EM QUE HAVIA TRIBUNAL DE ALÇADA, 86

1.1. A Representação n. 879, de 13 de Dezembro de 1972, 87

1.2. A Representação n. 1.006, de 10 de Maio de 1979, 96

1.3. A Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 29, de 21 de Fevereiro de 1990, 101

1.4. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 813, de 9 de Junho de 1994, 115

2. ANÁLISE DAS DECISÕES SOBRE O QUINTO CONSTITUCIONAL, 126

3. COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMPATIBILIZOU A COISA JULGADA COM AS VIRADAS EM SUA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O QUINTO CONSTITUCIONAL, 137

CONCLUSÃO, 152

BIBLIOGRAFIA, 154

INTRODUÇÃO

O controle abstrato de constitucionalidade em nosso país se realiza por meio da jurisdição. Sendo assim, a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de determinada norma é o resultado de um processo judicial e constituiu o objeto do acórdão do Supremo Tribunal Federal, via de regra, em uma ação direta de inconstitucionalidade ou de uma ação declaratória de constitucionalidade.

Como toda decisão judicial, a que controla abstratamente a constitucionalidade das leis depende de uma provocação prévia, pois não cabe ao Supremo Tribunal dizer quando seus ofícios são necessários. A inércia marca indelevelmente a atividade dos juízes, e disso não escapam nem mesmo os seus ministros.

Apresentada a demanda e estabelecida a possibilidade do contraditório, inaugura-se o processo. Este, por sua vez, será regularmente concluído com uma decisão sobre a questão de adequação constitucional levantada pelo autor, além das que o tribunal entender pertinentes e indispensáveis à resolução da controvérsia acerca da constituição.

Entre a inauguração do processo e a decisão que o encerra, abre-se o espaço para o debate sobre a constitucionalidade ou não da norma. Enquanto a discussão é estimulada, muitos ou alguns poucos interessados expõem, cada um ao seu tempo, os argumentos que acreditam comprovar a justiça da posição que tomam frente à questão posta em julgamento.

O debate no processo é ordenado e, perdida ou encerrada a oportunidade de argumentar, nada há que possa fazer o interessado em expor ou continuar expondo as suas razões. A limitação da discussão se justifica porque não é pela discussão que existe o processo, mas, sim, para desfazer as dúvidas sobre a aplicação da constituição.

Toda a argumentação que precede a decisão do tribunal serve apenas para iluminar os ministros com outras perspectivas, que não as deles próprios, para análise da questão constitucional. A qualidade da decisão será tanto maior quanto melhores forem os argumentos levantados pelos interessados que se manifestaram, porém, ruim ou bom, o acórdão que julga o mérito do pedido determina qual a interpretação válida da constituição.

Isso se dá porque não há espaço na atividade judicial para debates puramente teóricos, afinal o tribunal presta um serviço público voltado à solução das controvérsias constitucionais que causam ou podem causar transtornos para a sociedade. O caráter prático da jurisdição exige que o processo judicial chegue a um fim.

Sendo assim, não há dúvida que também as decisões em jurisdição constitucional abstrata tornam-se imutáveis em algum momento. Contudo, como nestas decisões trata o tribunal de afirmar a adequação, em tese, de uma lei em face do que dispõe a constituição, salta aos olhos o problema da relação entre a coisa julgada e a dinâmica da aplicação constitucional.

Claro que uma formulação dessa ordem pressupõe a admissão da mutação constitucional. Não que a mutação da constituição seja a única manifestação da dinâmica constitucional, afinal a própria emenda à constituição também

é capaz de demonstrá-la. Mas como absolutamente nenhuma emenda à constituição está diretamente ligada à aplicação do texto constitucional vigente, está evidente que apenas a mutação integra o problema.

Dessa forma, impõe-se o estudo da mutação constitucional para que a pesquisa chegue a um termo satisfatório. Por isso, é essa a tarefa de que se ocupará o primeiro capítulo da dissertação.

Claro que também é indispensável o estudo da coisa julgada, dirigido, especificamente, para a sua formulação no controle abstrato de constitucionalidade. A abordagem que a doutrina voltada à compreensão do direito constitucional faz da coisa julgada se diferencia um pouco da que é realizada pela doutrina processual civil, e é disso que se ocupará o segundo capítulo.

Finalmente, vistos os dois conceitos-chave para a realização da pesquisa, será chegada a hora de estudar como o Supremo Tribunal os relaciona no exercício da jurisdição constitucional abstrata. Para realizar essa tarefa optei pela análise de um fragmento da jurisprudência do tribunal. Sendo assim, a resposta à questão posta será circunstancial, ou seja, será a resposta que se pôde extrair do caso concreto analisado.

A impossibilidade de conhecer e relacionar todas as decisões em controle abstrato justifica a opção de restringir as conclusões da dissertação ao caso estudado, pois a limitação da análise a um fragmento específico da jurisprudência do tribunal, longe de retirar a relevância do estudo, será sempre útil para a formação de uma teoria mais abrangente.

Não ignoro que apenas ladeado por estudos de outros fragmentos da jurisprudência será possível ter uma

idéia mais precisa de como o tribunal, de maneira genérica, relaciona a dinâmica da aplicação da constituição e a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade. Mas a elaboração de uma teoria de aplicação absoluta não é a proposta desta dissertação.

Por hora, embora as conclusões do estudo possam ter desdobramentos de caráter geral, a pergunta que se procura responder nesta dissertação se circunscreve à série de decisões analisada, ou seja: **como o Supremo Tribunal relacionou a coisa julgada e o caráter dinâmico da aplicação do texto da constituição no caso do quinto constitucional?**

I. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Foi na Alemanha onde, pela primeira vez, se utilizou o termo “mutação constitucional” para expressar uma mudança no direito constitucional, apesar do texto da constituição ter permanecido inalterado¹.

Como as disposições constitucionais continuavam as mesmas, mas as práticas legislativas, administrativas ou judiciais davam novos rumos ao estado, pareceu aos doutrinadores alemães do começo do século passado que a rigidez constitucional não se prestava como barreira às alterações fáticas da constituição.

Realidade constitucional e norma constitucional acabaram isoladas e contrapostas. Por isso, nesse primeiro momento, a mutação constitucional foi apresentada como uma evidência de que não era possível conter o estado (realidade) por meio da constituição (norma).

Os fatos se sobrepunham às normas, assim, ou a constituição se adequava à realidade, ou estava fadada a ser por ela superada. Em última análise, portanto, não se reconhecia qualquer força conformadora às disposições constitucionais.

Esse aspecto marcou a doutrina continental-européia – e também a brasileira² – de tal forma que, mesmo hoje, depois de nos ter sido dada a possibilidade de tomar a constituição enquanto texto histórico, a mutação ainda é capaz de assustar por ser considerada uma ameaça à supremacia

¹ *Dau-Lin. Mutación de la Constitución*, 29.

² *Ferraz. Processos Informais de Mudança da Constituição*, 13.

constitucional³.

Nos Estados Unidos, onde a constituição sempre foi verdadeiramente rígida, as mudanças no direito constitucional desacompanhadas de emendas ao texto foram assimiladas de uma maneira muito mais natural. Lá, até mesmo em razão da tradição da common law, foi possível lidar melhor com as questões relacionadas à aplicação das normas constitucionais.

Boa parte da doutrina norte-americana percebeu que as mudanças constitucionais sem alteração do texto decorriam da sua releitura diante dos casos concretos que exigiam solução. Nos Estados Unidos, a constituição sempre foi tomada como parte da realidade, e a mutação, como uma consequência normal da aplicação das normas constitucionais.

Contribuiu bastante para o distanciamento entre a enunciação da prática alemã da norte-americana o fato da Europa não ter conhecido o controle de constitucionalidade antes da segunda metade do século passado. Enquanto nos Estados Unidos a inconstitucionalidade podia ser corrigida pela Suprema Corte, na Alemanha todo ato do governo valia, mesmo o contrário à constituição. Eis porquê a doutrina alemã não conseguiu distinguir bem a atualização do texto da sua violação.

Não à toa, a noção de mutação constitucional remete à construção continental-européia, de origem francesa⁴, da supremacia parlamentar que, impondo a convivência de uma constituição rígida – tipicamente norte-americana – com a

³ *Canotilho*. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 1191-1192; *Vega*. La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente, 208-215.

⁴ *Canotilho*. Direito... 56.

soberania do parlamento – própria do modelo constitucional inglês, ofuscou sobremaneira a força normativa do texto constitucional por um longo tempo.

1.1. A supremacia constitucional como contraponto histórico da soberania do parlamento

Ciente de que o modelo constitucional dos Estados Unidos foi idealizado para impedir a exclusão do povo norte-americano – ou, ao menos, de sua elite – na condução dos seus próprios negócios, fica fácil notar um ponto de semelhança entre a teoria revolucionária lá produzida com aquela que na França se voltava contra o absolutismo monárquico.

Precisavam os norte-americanos afirmar a sua soberania, negando validade às decisões de governo tomadas por um parlamento no qual não estavam representados. Por isso empreenderam uma guerra de revolta contra a submissão política à Inglaterra⁵.

A bem da verdade, os norte-americanos se insurgiram contra o governo inglês para recuperar o status de liberdade de que desfrutaram até o endurecimento das relações de dominação colonial levado à cabo pelo Rei Jorge III⁶. Foi a crescente ingerência metropolitana que incitou a ruptura política.

Tão logo conquistaram a independência, trataram as antigas colônias – em sua maioria – de reescrever as cartas

⁵ *Sellers et al.* Uma Reavaliação da História dos Estados Unidos, 56-64.

⁶ *Sellers et al.* Uma Reavaliação, 56-57.

coloniais pelas quais se regiam, para deixar claro que o povo era a fonte de todo poder. Ao fazê-lo, deram origem às primeiras constituições escritas norte-americanas⁷.

A elaboração de um documento contendo as normas fundamentais de um grupo social era comum na tradição puritana a que pertenciam os colonos norte-americanos, afinal exigia-se a celebração de um pacto – o pacto da graça – como condição indispensável para a fundação de uma congregação religiosa⁸.

Essa mesma idéia, no plano das relações políticas, inspirou a elaboração dos convenants, verdadeiros contratos que iam assinados por todos os que integravam o grupo, e que estabeleciam as regras para o bom funcionamento da comunidade⁹.

A prática dos convenants subsidiou a formação do modelo constitucional americano, que não raro identifica constituição e contrato social¹⁰. Como consequência, firmou-se nos Estados Unidos o sentimento de que o exercício do poder constituinte não poderia se dar por meio de representantes¹¹.

Sendo indeclinável a soberania¹², não haveria como o povo deixar de expressar, por si, a aprovação das normas às quais passariam a dever obediência. Foi por esta razão que a convenção criada para projetar o texto constitucional não foi considerada, em momento algum,

⁷ *Sellers et al.* Uma Reavaliação, 72-73.

⁸ *Vega. La Reforma...* 31.

⁹ *Vega. La Reforma...* 31.

¹⁰ *Sellers et al.* Uma Reavaliação, 72

¹¹ *Vega. La Reforma...* 31.

¹² *Rousseau. O Contrato Social*, 33.

depositária do poder constituinte¹³.

Como sempre trataram a associação política como um contrato de fato, os norte-americanos puderam forjar a mais perfeita forma de operação do poder constituinte¹⁴, pois a eles impôs-se a aprovação popular como condição necessária para a validade da constituição escrita¹⁵.

“[Nessas] circunstâncias, a necessidade de fazer valer, conforme o princípio democrático, a suprema autoridade do povo em face da autoridade do governante, não oferece outra possibilidade nem outra alternativa que o estabelecimento, pelo próprio povo, de uma lei superior (a Constituição) que obrigue por igual governantes e governados”¹⁶.

Aprovado o texto e posta a constituição, nela passaria a residir a soberania popular, e nisso vai a principal diferença entre o modelo constitucional norte-americano e o modelo constitucional inglês. Nos Estados Unidos, ao contrário do que se passou na Inglaterra, nunca houve espaço para o governo, nem mesmo o seu ramo mais representativo, afirmar-se soberano.

“Toda a construção do direito americano tem por base a noção de que o povo possui originariamente o direito de estabelecer, para o seu futuro governo, os princípios, que mais conducentes lhe afigurem à sua utilidade. O exercício desse direito original é um insigne esforço: não pode, nem deve repetir-se freqüentemente. Os princípios que destarte uma vez se estabeleceram, consideram-se, portanto, fundamentais, E, como a autoridade, de que eles dimanam, é suprema, e raro se exerce, esses princípios têm destino permanente. A vontade primitiva e soberana organiza o governo, assinalando-lhe os

¹³ Vega. La Reforma... 31.

¹⁴ Vega. La Reforma... 30.

¹⁵ Canotilho. Direito... 79-80; Vega. La Reforma... 29-32.

¹⁶ Vega. La Reforma... 25.

diferentes ramos, as respectivas funções. A isto pode cingir-se; ou pode estabelecer raias, que eles não devem transpor [omitido] Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de natureza ilimitada”¹⁷.

Por materializar em seu texto a vontade do povo, até mesmo o parlamento devia obediência às normas constitucionais. Assim, no modelo norte-americano a constituição, desde o início, configurou-se como a lei suprema, da qual ninguém, absolutamente ninguém, poderia se esquivar.

Ao admitir o controle de constitucionalidade pela Suprema Corte, os Estados Unidos nada mais fizeram que respeitar a soberania popular e seu consectário lógico: o princípio da supremacia constitucional.

Nos Estados Unidos, a constituição sempre funcionou como a garantia de que o governante jamais se voltaria contra o governado, não só por ser ela própria o fundamento da legitimidade do governo, mas, principalmente, porque nela estavam postos os limites do poder estatal.

Diante desse quadro, a jurisdição constitucional, que, conforme estudo de Mauro Cappelletti, preexistia a independência¹⁸, não encontrou maiores problemas para se firmar definitivamente na ordem jurídica da federação norte-americana.

¹⁷ *Marshal apud Barbosa*. Atos Inconstitucionais, 40-41.

¹⁸ *Cappelletti*. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis, 58-63.

1.2. O modelo constitucional francês e o esvaziamento da força normativa da constituição

A teoria revolucionária francesa, como se disse, serviu de inspiração aos norte-americanos, afinal unia uns e outros a ausência de representatividade política. Tal qual se passava nas treze colônias inglesas, na França o povo – a elite burguesa – não participava da condução do governo.

Contudo, o ânimo dos franceses era bem diferente do dos norte-americanos, pois para eles não bastava romper com um parlamento do além-mar para poder determinar os seus próprios rumos. No absolutismo francês a soberania do monarca excluía qualquer forma de representação política¹⁹.

Não havia na França uma ordem de coisas que se desejasse defender, muito pelo contrário. Por isso a burguesia revolucionária daquele país precisou criar um modelo político novo quando depôs o rei²⁰.

Diferente do que aconteceu nos Estados Unidos (convenants e cartas coloniais), a afirmação de uma norma escrita que por todos devesse ser respeitada não encontrou sustentação na tradição pré-revolucionária francesa²¹. Por isso, o modelo constitucional que lá se desenvolveu seguiu um caminho diferente do norte-americano.

¹⁹ Vega. La Reforma... 56.

²⁰ Canotilho. Direito... 73.

²¹ Vega. La Reforma... 43; Bastos. Para compreensão de Sieyès: Notas e Fragmentos sobre a História da França Feudal in Sieyès. A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?, ix-xiv.

Formada a Assembléia Nacional a partir dos escombros da estrutura institucional monárquica – a terça parte dos Estados Gerais, nela foi reconhecida a soberania nacional²². Tal qual na Inglaterra, era no órgão mais representativo do governo que residia o poder soberano²³.

Diante disso, não houve na França a exigência de participação popular no processo de elaboração da constituição²⁴, afinal a Assembléia Nacional era a própria nação, fonte de todo o poder. Isso está bem claro na lição de Sieyès²⁵.

“Quem ousaria dizer que o Terceiro Estado não tem em si tudo o que é preciso para formar uma nação completa? Ele é o homem forte e robusto que está ainda com um braço preso. Se se suprimisse as ordens privilegiadas, isso não diminuiria em nada a nação; pelo contrário, lhe acrescentaria. Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégio? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele, as coisas iriam infinitamente melhor sem os outros”²⁶.

Desse conjunto de circunstâncias históricas resultou um modelo constitucional que pretendia conciliar uma assembléia soberana e uma lei suprema. Ora, a inviabilidade do sistema francês salta aos olhos, pois a constituição americana de 1787 não comportava a soberania de qualquer dos ramos do governo²⁷.

Como lex superior imposta pelo soberano que não

²² Bastos. Introdução in Sieyès. A Constituinte... xlvii.

²³ Vega. La Reforma... 34.

²⁴ Canotilho. Direito... 78; Vega. La Reforma... 32-33.

²⁵ Sieyès. A Constituinte..., 1-3.

²⁶ Sieyès. A Constituinte... 3-4.

²⁷ Cappelletti. O Controle... 62-63

governa ao governo que não é soberano, a constituição se funda na descontinuidade do poder constituinte²⁸. Sempre que se reconhece no governo a soberania, e, com isso, a permanência do poder constituinte, a qualidade da supremacia abandona a constituição²⁹.

Foi exatamente isso o que aconteceu na França quando, após a revolução, afirmou-se o princípio da supremacia parlamentar. A Assembléia Nacional, porque soberana, não encontrou limites na constituição, muito pelo contrário³⁰.

Quando a doutrina francesa admitiu a supremacia parlamentar, excluiu a possibilidade de assimilar adequadamente a idéia fundamental que sustenta o modelo constitucional americano: a distinção entre poder constituinte e poder constituído³¹.

Assim, mesmo que entre os franceses não houvesse uma desconfiança generalizada em relação ao judiciário, não seria possível admitir a jurisdição constitucional como fizeram os norte-americanos, afinal, a supremacia parlamentar impossibilita qualquer tentativa de limitação externa dos poderes do parlamento.

A inadmissibilidade do controle de constitucionalidade das leis, portanto, era uma característica absolutamente necessária ao modelo constitucional francês que, dada a natureza constituinte da Assembléia Nacional, exigiu o esvaziamento da idéia de supremacia constitucional, que, levada às últimas conseqüências, nada mais significa que

²⁸ Vega. La Reforma... 34-35.

²⁹ Vega. La Reforma... 43.

³⁰ Vega. La Reforma... 42-46.

³¹ Vega. La Reforma... 36-37.

o esvaziamento da força normativa própria da constituição³².

³² Vega. La Reforma... 42-43.

2. O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A doutrina continental-européia, por influência do que se passou na França, não assimilou a separação entre o poder constituinte e o poder constituído logo no Século XIX, como fez a doutrina norte-americana.

Admitindo concomitantemente a supremacia constitucional e a soberania do parlamento, sob a influência do modelo constitucional francês, as nações da Europa continental incorporaram uma contradição que só se podia sanar pela eliminação de um daqueles princípios.

Como a história demonstrou, em todas elas foi a supremacia constitucional que sofreu o esvaziamento exigido pela lógica da compatibilização. Contudo, não foram todas as nações que conseguiram perceber o que estavam a por em prática.

Na Itália, por exemplo, o reconhecimento da supremacia do governo determinou a exclusão da rigidez constitucional, admitindo a constituição (Estatuto Albertino) sua modificação sem maiores dificuldades. Na Alemanha o mesmo não se passou.

Pareceu à doutrina alemã que a dinâmica política subjugava por completo a constituição, e a prova disso estava precisamente na absoluta falta de efetividade das suas normas, incapazes que eram de conter o governo. Diante disso, reputou-se como uma crença infundada a força que era atribuída à sua juridicidade³³.

Tomado desse espírito, Lassale se lançou à tarefa

³³ *Dau-Lin. Mutación...* 23.

de descobrir qual “verdadeira essência, o verdadeiro conceito de uma Constituição”³⁴. Não por outra razão desprezou de pronto a utilização do direto para alcançar o seu objetivo.

“[As respostas jurídicas] limitam-se a descrever exteriormente como se formam as Constituições e o que fazem, mas não explicam o que é uma Constituição. Estas afirmações dão-nos critérios, notas explicativas para conhecer juridicamente uma Constituição, porém não esclarecem onde está o conceito de toda Constituição, isto é, a essência constitucional”³⁵.

Lassale acreditava que, apesar da enorme importância que a idéia de constituição tem para o direito, não haveria nele proposição capaz de evidenciar a sua substância. O direito, ao seu ver, lidaria apenas com formulações acessórias – a função e a origem da constituição – e não com a noção em si.

Diante da insuficiência das proposições jurídicas, tornou-se necessário recorrer ao método lógico-dedutivo para explicar, positivamente, o que é a constituição. Curiosamente, é por se valer da posição fundamental que ocupa no ordenamento – claramente uma formulação do direito – que Lassale inicia a sua investigação.

Como a “idéia de fundamento traz implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia fazendo-a assim e não de outro modo”³⁶, sendo “a constituição a **lei fundamental** de uma nação, será [omitido] uma força ativa que faz, por uma **exigência da necessidade**, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país

³⁴ Lassale. A Essência da Constituição, 5.

³⁵ Lassale. A Essência... 6.

³⁶ Lassale. A Essência... 10.

sejam o que realmente são”³⁷.

Como a constituição é a causa das leis, ou seja, é o que determina o conteúdo das leis, abriu-se o caminho para a descoberta da sua essência, bastando identificar no mundo real – que é onde devem ser procuradas as respostas verdadeiramente científicas para o positivismo³⁸ – o que dá a forma das leis, o porquê delas serem como são.

Lassale situa a constituição em uma relação de causalidade e dela obtém a resposta que procura. A força militar do monarca, a influência da aristocracia, o poder do capital e da indústria, e, também, o poder difuso e desorganizado do povo são a constituição³⁹, afinal, as leis devem seu conteúdo à configuração desses fatores.

*“Os **fatores reais do poder** que atuam no seio de cada sociedade são essa **força ativa** e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que **não possam ser**, em substância, **a não ser tal como elas são**”⁴⁰.*

Identificados os fatores reais do poder como a força que determina o conteúdo do ordenamento jurídico, identificada está, objetivamente, a essência da constituição. Como a causa determinante das leis é o conjunto das forças vivas que atuam na sociedade, são estas, na verdade, a própria constituição⁴¹.

Assim, como qualquer lei, também a “constituição jurídica” tem nos fatores reais do poder o seu fundamento e a

³⁷ Lassale. A Essência... 10.

³⁸ Larenz. Metodologia da Ciência do Direito, 45-46.

³⁹ Lassale. A Essência... 10-18.

⁴⁰ Lassale. A Essência... 10-11.

⁴¹ Lassale. A Essência... 17.

sua causa, afinal ela nada mais é do que uma norma revestida de especial consideração. Porém, dada a sua função – organização do estado – sua ligação com a política é muito mais intensa que a das leis comuns⁴².

O texto constitucional, por isso, não pode ser outra coisa senão a redução a termo das forças políticas em ação na sociedade. Para ser eficaz como norma, a constituição jurídica deve refletir em si os fatores reais do poder, pois do contrário, não terá como obter a obediência dos seus destinatários.

“Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos de poder que naquele país vigem, e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social”⁴³.

Por outro lado, em Lassale a existência de um texto constitucional não é fato neutro, pois, quando nele for possível perceber o reflexo dos fatores reais do poder, o que era apenas fático passa também a ser jurídico. Quando se integra ao direito, a constituição real adquire uma nova propriedade.

“Juntam-se [os] fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas verdadeiro direito – instituições jurídicas”⁴⁴.

É a realidade que atribui força normativa à constituição jurídica, por outro lado é o enquadramento ao

⁴² Lassale. A Essência... 7.

⁴³ Lassale. A Essência... 40.

⁴⁴ Lassale. A Essência... 17.

texto constitucional que atribui juridicidade à constituição real. Logo, no momento em que uma e outra se afastam, também se afastam a normatividade e juridicidade.

Contudo, como é a realidade que provê toda possibilidade de coerção, a subsistência da força normativa do texto constitucional depende inteiramente da manutenção do quadro das forças sociais, já que a sua normatividade é simples conseqüência da sua adequação à realidade.

“Onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”⁴⁵.

Sendo certo que uma norma desprovida de força coercitiva não é realmente uma norma, sob Lassale a força normativa da constituição – e aqui me refiro à constituição jurídica – foi totalmente esvaziada. Ao depender sempre da adequação aos fatores reais do poder, o texto constitucional deixa de ter sentido enquanto norma voltada exatamente à conformação desses fatores.

2.1. A mutação constitucional como evidência da força normativa da realidade

A direção que Lassale imprime à sua argumentação não deixa espaço para dúvidas: a constituição nada pode contra a realidade, mas é capaz de algo quando com ela está conforme. Foi exatamente sobre essa correlação que se construiu a noção de mutação constitucional na Alemanha.

⁴⁵ Lassale. A Essência... 33.

Sob a influência de Lassale⁴⁶, Jellinek elaborou uma noção de mutação constitucional que se funda precisamente no reconhecimento da força normativa da realidade⁴⁷.

Para Jellinek, a constituição, como qualquer outro preceito normativo, é uma tentativa de racionalizar o futuro, moldando-o a partir do presente. Contudo, as inúmeras circunstâncias que uma vez conjugadas dão forma à realidade tornam imprevisível o amanhã, e, por isso, a prescrição normativa acaba sempre revelando um déficit no momento de sua aplicação.

“Hoje sabemos que as leis podem muito menos do que se acreditava há um século, que expressam, unicamente, um dever ser cuja transformação em ser nunca se consegue plenamente, porque a vida real produz sempre fatos que não correspondem à imagem racional que desenha o legislador”⁴⁸.

Jellinek percebe com clareza que qualquer tentativa de racionalização jamais será plenamente realizável, impondo a concretização da norma, sempre, a superação do desnível que há entre a prescrição e a realidade tal como se apresenta.

“O legislador se defronta com poderes que crê chamado a dominar, mas que freqüentemente se alçam contra ele plenamente inadvertidos, atrevendo-se a substituí-lo, inclusive”⁴⁹.

Em razão da distância entre a norma

⁴⁶ Verdú. Estudio Preliminar in Reforma y Mutación de la Constitución, LXII-LXIII.

⁴⁷ Verdú. Estúdio... LXIV.

⁴⁸ Jellinek. Reforma y Mutación de la Constitución, 6.

⁴⁹ Jellinek. Reforma... 6.

constitucional e a realidade constitucional a mutação se desenvolveria justamente no campo da aplicação, configurando-se como o defeito normativo capaz de evidenciar o afastamento parcial entre a constituição e o contexto político.

Segundo Jellinek, quando determinada prescrição constitucional não fosse factível, a prática acabaria forçando, ainda que imperceptivelmente, sua adequação à realidade. A mutação, portanto, seria o resultado da equação que reúne a racionalidade frustrada pela imprevisibilidade do futuro e a condição estática do texto.

“[Por] reforma da Constituição entendo a modificação dos textos constitucionais produzidas por ações voluntárias e intencionadas. E, por mutação da Constituição, entendo a modificação que deixa intacto o seu texto por não alterá-lo formalmente, que se produz por feitos que não têm que se fazer acompanhar pela intenção ou consciência da mutação”⁵⁰.

A inadequação do texto ao presente, ou tornaria necessária a sua atualização, para que, assim, se pudesse aplicá-lo em um contexto diferente daquele para o qual surgiu, ou imporia a exclusão de todo o seu campo de incidência, relegando-o ao mais completo ostracismo, tudo em nome da supremacia do real ante o jurídico.

“Da natureza mesmo das coisas depende que tratemos de modificar as instituições políticas e jurídicas que temos, de sorte que podem se enlaçar com as relações existentes e, por sua vez, conformar-se a novos fins”⁵¹.

A norma que decorre diretamente da realidade, especificamente das relações de dominação, não admitiria ser

⁵⁰ Jellinek. Reforma... 7.

⁵¹ Jellinek apud Verdú. Estudio... XVIII.

contrariada por uma disposição legal anacrônica e circunstancialmente irrealizável, mesmo que prevista na constituição.

Assim, quando houvesse uma incompatibilidade dessa ordem, o real simplesmente ignoraria o texto que não suporta ser concretizado, negando toda pretensão prescritiva de que algum dia o dotou. Como isso sempre se passa no momento da aplicação, não à toa aqueles a quem se atribui a tarefa de concretizar a constituição são os que acabam por concretizar também a mutação.

Movidos pela necessidade de adequação ao novo contexto político⁵², legisladores, administradores e juízes⁵³ impõem uma dinâmica ao texto constitucional, alargando os seus limites, desviando-o de sua rota original⁵⁴ ou amputando de sua eficácia⁵⁵.

A fluidez da realidade mais do que permite, exige as mutações constitucionais, pois a necessidade de seguir vivendo força superar o divórcio entre o sentido original do texto e a realidade que o contextualiza, colocando algo novo no lugar do significado inicialmente atribuído à norma constitucional.

É por necessidade que se constrói a ponte entre o velho e o novo conteúdo significativo da disposição que está a ser aplicada. A necessidade de adequação à realidade é a força que, tendo por origem o desvão verificado – conscientemente ou não⁵⁶ – no momento da aplicação da norma constitucional, conduz à consumação da mutação.

⁵² *Jellinek. Reforma...* 29-36.

⁵³ *Jellinek. Reforma...* 15-28.

⁵⁴ *Jellinek. Reforma...* 37-44.

⁵⁵ *Jellinek. Reforma...* 45-54.

Portanto, o parâmetro a que, necessariamente, deve a constituição se ajustar é o contexto político presente no momento de sua aplicação, pois só a disposição que pode ser efetivamente realizada é norma jurídica. Quando é absolutamente impossível realizar a norma constitucional, porque inadequada às circunstâncias políticas atuais, a total dissociação entre o texto e a realidade retira da constituição o caráter normativo que esta pretende possuir.

“Todo direito deve conter a possibilidade de ser realizado, isto é, de se tornar real; e o que não pode chegar a alcançar realidade, jamais deve ser objeto da investigação jurídica”⁵⁷.

Sob o ponto de vista de Jellinek, a força normativa da realidade destruiria a do texto, abrindo espaço para que, uma vez atualizado pela mutação, possa ser adequadamente realizado, afinal é indispensável que a realidade admita o “dever ser” contido na disposição constitucional.

Isso não significa que as disposições constitucionais devam ser meramente descritivas, afirmando simplesmente as coisas como são. Não. Do texto exige-se apenas que seja compatível com a realidade para que nela possa operar, ou seja, terá força enquanto permanecer nos limites do factível.

Nesses termos percebe-se que, para Jellinek, é com o desenvolvimento da experiência constitucional que as mutações passam a existir, seja porque o real exige que juízes, parlamentares e todos mais deixem de aplicar algum dos seus preceitos, seja porque o significado de uma das suas normas foi

⁵⁶ Jellinek. Reforma... 7.

⁵⁷ Jellinek apud Verdú. Estudio... XXXVII.

se alterando com o passar do tempo. É justamente a experiência constitucional que exige as mutações.

Hsü Dau-Lin, por sua vez, associa a mutação constitucional à superação da tentativa romântica de estabilização da constituição⁵⁸ e, como Jellinek, afirma que a força normativa do texto está submetida à força da necessidade política.

“Sem embargo, nossa atual concepção geral do direito tende a dizer que a variabilidade do direito não só é uma característica essencial do direito, como, também, um traço essencial de qualquer ideal jurídico. ‘O direito brota em suas particularidades condicionado pelo curso da existência humana’ (Stammler). A história milenar ensina, suficientemente, a relação estreita que margeia entre o conceito de direito e o ordenamento jurídico com o progresso cultural e como a todos arrasta, igualmente, o fluxo permanente do tempo. Certamente o presente demonstra, perfeitamente, que a doutrina da imutabilidade do direito, enquanto dever ser, carece de qualquer realidade”⁵⁹.

Está na maneira como compreende a própria constituição⁶⁰ a característica mais relevante de toda a construção teórica de Hsü Dau-Lin sobre a mutação e que, como se verá, espelha magnificamente bem o ápice de desenvolvimento da doutrina constitucional europeia ante do aumento da influência de Kelsen.

“Para fornecer um conceito que corresponda, do mesmo modo a diferentes casos geralmente designados como ‘mutação constitucional’, quiçá poderia-se dizer que se trata da incongruência que existe entre as normas constitucionais por

⁵⁸ Dau-Lin. Mutación... 23.

⁵⁹ Dau-Lin. Mutación... 67-68.

⁶⁰ Dau-Lin. Mutación... 155-157.

*um lado, e a realidade constitucional por outro*⁶¹.

Descartando a possibilidade da adequada colocação do problema sobre uma base formalista com a de Jellinek⁶², recorre à “nova doutrina do direito político” que trata a mutação como a desvalorização ou corrosão das normas constitucionais, uma incongruência entre a constituição e a realidade constitucional⁶³.

Sobre o pressuposto que estabelece – a definição de mutação como o descompasso entre a norma e o real, indica quatro maneiras da prática constitucional se relacionar com o texto que modifica, chamando cada uma de “classe de mutação”.

*“Se o problema da mutação da Constituição está fundado na relação entre a Constituição escrita e a situação constitucional real, isto é, entre normas e realidade no campo do direito constitucional - a mutação constitucional é a relação incorreta entre ambas - então podem ser diferenciadas quatro classes de mutação da Constituição: 1. Mutação da Constituição por meio de uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição. 2. Mutação da Constituição pela impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente. 3. Mutação da Constituição por meio de uma prática estatal contrária à Constituição. 4. Mutação da Constituição pela interpretação”*⁶⁴.

Na primeira delas, a prática não afronta diretamente nenhum preceito constitucional, mas, sim, o próprio sistema da constituição⁶⁵. Aqui, a contradição entre o

⁶¹ *Dau-Lin. Mutación... 29.*

⁶² *Dau-Lin. Mutación... 29.*

⁶³ *Dau-Lin. Mutación... 29.*

⁶⁴ *Dau-Lin. Mutación... 31.*

⁶⁵ *Dau-Lin. Mutación... 32.*

“dever ser” e o “ser” só é perceptível quando tomada a constituição em seu conjunto. A mutação, portanto, contraria o sentido da constituição⁶⁶.

“Pode ser produzida uma mutação da Constituição por uma prática estatal que não contradiz formalmente o texto constitucional. Nesse caso [não] se ignora um artigo concreto da Constituição nem se contradiz certa prescrição constitucional, pois se trata de relações jurídicas que não se regulam por um preceito constitucional. A tensão que se pode observar aqui se dá entre a situação real e a situação legal desenhada pela Constituição, não entre o existente e o prescrito. O sollen (dever ser) está aqui em contradição com o Sein (ser); não é resultado de certo artigo constitucional, mas sim do conjunto de várias prescrições constitucionais o da integração global de toda a trama constitucional”⁶⁷.

A segunda classe reúne as mutações que derivam da impossibilidade do preceito constitucional operar no real. Em outras palavras, a constituição, superada pela realidade, resta inviabilizada naquela sua previsão⁶⁸. A norma pode se tornar obsoleta quando, apesar de continuar “válida na técnica-jurídica”, deixa de ter aplicação efetiva, perdendo, assim, a sua “validade filosófico-jurídica”⁶⁹.

“A possibilidade de que uma proposição jurídica perca sua efetividade real é evidente. Por isso, as normas jurídicas, enquanto tais, nunca são valores absolutos, constantes: as concepções axiológicas e culturais, as relações sociais e econômicas as criam, mantêm e determinam”⁷⁰.

Até aqui a contradição foi ocultada ou pela

⁶⁶ Dau-Lin. Mutación... 33.

⁶⁷ Dau-Lin. Mutación... 32-33.

⁶⁸ Dau-Lin. Mutación... 36.

⁶⁹ Dau-Lin. Mutación... 68.

⁷⁰ Dau-Lin. Mutación... 69.

incapacidade em se perceber o sistema constitucional ou pela disposição de negar aplicação à norma, mas na terceira classe de mutação isso já não acontece. A mutação produzida por uma prática flagrantemente contrária à constituição eleva a tensão entre esta e a realidade aos olhos de todos.

“Uma mutação da Constituição pode se dar mediante uma prática constitucional que contradiz, claramente, a preceptiva da Constituição, seja pela legislação ordinária, seja pelos regulamentos dos órgãos estatais ou por sua prática efetiva. A situação de tensão é clara aqui, pois a contradição entre o Sein (ser) e o dever ser (Sollen) é inequívoca”⁷¹.

Por fim, a interpretação constitucional também é arrolada como uma das maneiras por meio das quais a mutação é produzida. Trata-se da classe das mutações em razão da interpretação, que faz a norma experimentar a substituição do seu conteúdo a medida que passa a regular situações distintas das para que foi imaginada.

“Cabe, também, mutação constitucional por meio da interpretação: particularmente quando os preceitos constitucionais, para serem interpretados, dependem de considerações e necessidades que mudam com o tempo, desatendendo ao texto fixo da Constituição, ou sem que se considere o sentido originário atribuído pelo constituinte às normas constitucionais em questão. A norma constitucional resta intacta, porém a prática constitucional que pretende segui-la é distinta. O que se infere da Constituição um dia como direito já não o é posteriormente. A Constituição experimenta uma mutação naquilo em que suas normas recebem outro conteúdo, na medida que seus preceitos regulam circunstâncias distintas das antes imaginadas”⁷².

Para Hsü Dau-Lin, norma e prática estão intimamente relacionadas, porém, apesar do real influir na

⁷¹ Dau-Lin. Mutación... 39.

⁷² Dau-Lin. Mutación... 45.

eficácia constitucional, extrair exclusivamente dos fatos a força normativa da constituição significa negar a própria separação entre o plano do “ser” e o do “dever ser”. As normas tem um poder que lhes é próprio e independente daquele que aos fatos é atribuído.

*“Não obstante, na realidade, esta doutrina [da força normativa dos fatos] é insustentável. Seu erro básico está na confusão entre o ideal e o existencial. O elemento do dever ser (*sollen*) de uma norma jurídica nunca resulta do elemento ser (*sein*) de um fato, mas sim brota, imediatamente da valoração imanente do direito preexistente da natureza humana”⁷³.*

“Se a força normativa dos fatos fosse realmente a ‘última fonte psicológica do direito’ (Jellinek, Allgemeine Staatsleher, pág. 9), então a contraposição entre o ser e o dever seria totalmente inconcebível e o conceito de justo e do injusto seria simplesmente impossível”⁷⁴.

“De todo modo, não se pode considerar unicamente a importância do exercício como fonte de todo direito, isto é evidente: posto que implicaria a negação da existência de qualquer reflexão jurídica e de qualquer sentimento jurídico humano”⁷⁵.

A constituição concentra em si uma força que decorre diretamente das suas normas⁷⁶, como também ocorre com toda e qualquer lei. Contudo, a condição especial de que se reveste o texto constitucional resulta em um valor que lhe é próprio, e está exatamente nessa sua singularidade a possibilidade de explicar adequadamente a mutação⁷⁷.

⁷³ *Dau-Lin. Mutación... 123.*

⁷⁴ *Dau-Lin. Mutación... 123.*

⁷⁵ *Dau-Lin. Mutación... 124.*

⁷⁶ *Dau-Lin. Mutación... 157.*

⁷⁷ *Dau-Lin. Mutación... 155-156.*

“A Constituição é a ordem jurídica do Estado, mais exatamente da vida na qual o Estado tem sua realidade vital’ (SMEND, Verfassung und Verfassungsrecht, pág. 76). Isto é válido em igual medida para todo Estado e para sua Constituição. Pois que [omitido] existe, efetivamente, para cada Estado, em sua Constituição escrita, um sistema ideal de sentido, no qual se estatui normativamente sua existência legítima de cujo teor se configura realmente sua existência atual. A abarca em sua totalidade completa, já que toda vida jurídica e social de cada Estado tem que se realizar e desenvolver conforme o sentido de sua Constituição escrita. Essa universalidade ideal, essa compreensão total ideal da Constituição explica, por sua vez, sua superioridade jurídica valorativa, sua autoridade suprema em todo o ordenamento jurídico e sua insuperável importância na vida estatal e política”⁷⁸.

Hsü Dau-Lin vê na constituição o berço em que repousa a legitimidade do estado, afinal o seu texto põe a idéia geral de regulação que deve permear todo o ordenamento. Essa supremacia legal, porém, tem um preço.

Porque regula a totalidade da vida jurídica e social, que é o ambiente de desenvolvimento do estado, a constituição não pode – nem pretende – ser mais que um esquema normativo, aberto, flexível e impreciso, voltado à realização da idealização que tem por conteúdo⁷⁹.

Como a função primeira dessa idealização é a conservação do próprio estado cuja realidade vital procura regular, a constituição orienta-se, antes de tudo, para a preservação da ordem de coisas estabelecida nela mesma.

Assim, é inerente à constituição o objetivo de manter íntegro o seu âmbito operativo ao ponto de, mostrando-

⁷⁸ Dau-Lin. Mutación... 157.

⁷⁹ Dau-Lin. Mutación... 158.

se necessário, receber como válidas disposições que, embora afrontem o texto constitucional, sejam imprescindíveis para sustentar a ordem da “totalidade da vida social”⁸⁰.

Está bem claro que, soterrado pela tradição continental, incapaz de separar governo e constituinte, Hsü Dau-Lin sucumbe à confusão que inverte os papéis da constituição e do estado⁸¹ e acaba por submeter a norma fundamental à função ideológica de manutenção da relação de dominação existente, primando pela preservação do estado como instituição⁸².

Disso, conclui que não há como o texto ser alcançado pela rigidez que se propugna⁸³, pois inviabilizada restaria a possibilidade de servir como garantia do status quo da ordem social constituída. A constituição não pode se voltar contra sua finalidade primordial, eis porque sua força normativa não ata de maneira alguma a regulamentação dos campos da vida estatal.

Cabendo ao estado preservar a si mesmo e, sendo ele uma realidade institucional auto-referente, não há como tomar as normas que põe senão como direito constitucional, mesmo que contrárias ao texto da constituição. Se as reformas necessárias à sua preservação não são concretizadas, o ímpeto de sobrevivência acaba por forçar de outro modo a atualização exigida⁸⁴, o que, por natureza, não se pode pretender limitar por considerações heterônomas⁸⁵.

⁸⁰ *Dau-Lin. Mutación...* 159-160.

⁸¹ *Dau-Lin. Mutación...* 160-161.

⁸² *Dau-Lin. Mutación...* 159-160.

⁸³ *Dau-Lin. Mutación...* 158-159.

⁸⁴ *Dau-Lin. Mutación...* 160-161.

⁸⁵ *Dau-Lin. Mutación...* 177.

“[As] mutações constitucionais não são só algo imposto forçosamente pelo Estado enquanto realidade vital da Constituição como sua regulamentação jurídica, mas são também, em parte, desejadas e favorecidas pela própria Constituição”⁸⁶.

[O] conceito de mutação constitucional em sentido material, põe, necessariamente, uma negação a limites à mutação constitucional no sistema constitucional [omitido] nossa análise anterior mostra que o problema da mutação constitucional fundamenta seu significado, precisamente, no fato de que o sistema constitucional não pode desaconselhar uma mutação material”⁸⁷.

As transformações políticas e tecnológicas que ocorrem com o decorrer do tempo alteram a escala e o conteúdo dos valores que norteiam a vida social, campo em que o estado se realiza, por isso são forçosamente refletidas pela constituição. A insuficiência do texto não corresponde à insuficiência da constituição, esta, como regulamentação total da “realidade vital”⁸⁸ do estado abrange todas as normas voltadas a este objetivo.

“Quando se fala em mutação constitucional, quando as normas positivas de uma Constituição escrita já não guardam congruência com a situação real, quando surge uma diferença entre o direito constitucional escrito e o efetivamente válido, então estamos ante uma mutação da Constituição em sentido formal ou mutação de seu texto.

Por outro lado, se fala de mutação constitucional quando na realidade da [vida] estatal se desenvolvem relações jurídicas contrapostas ao sistema – não importa se são determinadas por normas ou se nestas estão somente implicadas significativamente – incorporadas pela

⁸⁶ *Dau-Lin. Mutación... 163.*

⁸⁷ *Dau-Lin. Mutación... 177.*

⁸⁸ *Dau-Lin. Mutación... 161.*

*Constituição. Pode ser um instituto jurídico que não corresponde inteiramente ao sistema indicado na Constituição, podem ser circunstâncias reais que impedem a realização de uma intenção declarada nas normas constitucionais. É indiferente, se esta realidade está em contradição direta com certas normas da Constituição, ou se formalmente nem sequer tem contato com o texto da Constituição: mutação constitucional no sentido material, transformação do sistema ou do seu significado*⁸⁹.

Esses são, para Hsü Dau-Lin, os dois tipos de mutação que se apresentam aos que vivem a constituição. O primeiro, é formal simplesmente porque não ataca o sistema constitucional, apesar de investir contra o texto. O outro, material, corresponde a uma afronta à idealização ordenatória contida na constituição, sendo irrelevante, no caso, a existência de atrito com o seu texto, pois, ainda que não chegue a tangenciá-lo, afetará o substrato à linha ideal que permeia o regulamento da integralidade da vida social⁹⁰.

*“A explicação das duas classes de mutação constitucional é idêntica: apóiam-se na peculiaridade axiológica do direito constitucional; na insuficiência das normas constitucionais frente as necessidades vitais do Estado, na sua normatização elástica, na natureza teleológica do Estado, na auto-garantia da Constituição e na impossibilidade de fiscalizar os órgãos estatais*⁹¹.

Diante dessa distinção, reconhece nas mutações formais as alterações desejadas pela própria constituição como mecanismo de atualização das normas que regulam a vida social. Porque estão de acordo com o sistema constitucionalmente idealizado, é esse o tipo de mutação que materializa a atualização necessária à preservação do estado,

⁸⁹ Dau-Lin. Mutación... 169.

⁹⁰ Dau-Lin. Mutación... 170-174.

⁹¹ Dau-Lin. Mutación... 176.

sem transpassar os limites que põem para a racionalização as coisas que lhe dizem respeito⁹².

As mutações materiais, porém, apesar da violação às barreiras idealizadas pela constituição, não podem ser detidas, pois o sistema cede ante algo maior: a conservação da ordem estatal constituída. Nesse ponto a norma é atropelada pela razão primordial que a justifica: manter o estado. Assim, a necessidade política, como em Jellinek, volta à cena triunfante, demonstrando a supremacia do real⁹³.

Está claro que sob a óptica do positivismo jurídico “realista” do começo do século passado, a mutação constitucional consistia na mais perfeita evidência de que a constituição (norma) nada podia contra os fatos (realidade), o que, levado às últimas conseqüências, tornaria a supremacia e da rigidez constitucional postulados sem qualquer importância.

2.2. A assimilação do controle de constitucionalidade pelo modelo constitucional continental-europeu

O conceito de mutação constitucional se sustentou, inicialmente, sobre a suposta impossibilidade de conter o poder estatal. O quadro de esvaziamento da força normativa da constituição, contudo, deu lugar a um outro bem distinto quando, terminada a última grande guerra, as cortes constitucionais começaram a funcionar na continente europeu⁹⁴.

É certo que antes mesmo já despontava a

⁹² *Dau-Lin. Mutación...* 175-176.

⁹³ *Dau-Lin. Mutación...* 176-177.

⁹⁴ *Favoreu. As Cortes Constitucionais*, 15-18.

aproximação entre o modelo constitucional continental-europeu e o norte americano⁹⁵. Foi o que se passou na Alemanha em 1919 (Weimar), por meio do reconhecimento de uma jurisdição constitucional limitada outorgada ao Tribunal de Justiça do Estado⁹⁶, e também com a instituição do controle abstrato na Áustria em 1920⁹⁷.

Contudo, o controle de constitucionalidade só pôde ser efetivamente estabelecido na Europa continental após do débâcle nazista. Por volta da metade do século passado a mudança de postura em face da supremacia constitucional se acentuou de tal forma que a defesa da constituição contra atos do parlamento passou a ser reconhecida até mesmo por países que continuaram a negar a jurisdição constitucional⁹⁸.

A defesa que Kelsen faz do controle judicial abstrato de constitucionalidade perante o Instituto Internacional de Direito Público (1928)⁹⁹ e a resposta de Carl Schmitt (1929-1931)¹⁰⁰ refletem bem a transição pela qual passou o modelo constitucional europeu no período intermediário e posterior às grandes guerras.

No instituto Kelsen explicitou considerações de ordem prática sobre a composição do tribunal constitucional, o seu modo de funcionamento¹⁰¹, o objeto¹⁰² e o parâmetro do

⁹⁵ *Cappelletti*. O Controle... 111 e 120.

⁹⁶ *Mendes*. Jurisdição Constitucional, 8-9

⁹⁷ *Moraes*. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais, 116.

⁹⁸ *Cappelletti*. O Controle... 26-31; *Favoreu*. As Cortes... 93-102.

⁹⁹ *Kelsen*. *A Garantia Jurisdicional da Constituição in* Jurisdição Constitucional, 119.

¹⁰⁰ *Garcia*. *Prologo in La Defensa de la Constitución* 11.

¹⁰¹ *Kelsen*. *A Garantia...* 153-155.

¹⁰² *Kelsen*. *A Garantia...* 155-164.

controle¹⁰³, as conseqüências da anulação da lei inconstitucional¹⁰⁴, o processo e sua iniciativa¹⁰⁵ e o significado da justiça constitucional¹⁰⁶.

Nada disso importa nesse momento, como também não importa adentrar na questão da separação de poderes¹⁰⁷. Realmente relevantes para a compreensão da mencionada mudança são as considerações sobre a soberania parlamentar.

“Costumam-se fazer objeções a esse sistema [jurisdição constitucional]. A primeira, naturalmente, que tal instituição seria incompatível com a soberania do Parlamento. Mas, à parte o fato de que não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular, pois a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal, esse argumento cai por terra pelo simples fato de que é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo, exatamente da mesma maneira como as leis regulam o procedimento dos tribunais e das autoridades administrativas, que a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação, e que, por conseguinte, o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração. Se, ao contrário dessas concepções, se continua a afirmar a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador, é simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição”¹⁰⁸.

¹⁰³ Kelsen. *A Garantia...* 164-170.

¹⁰⁴ Kelsen. *A Garantia...* 170-173.

¹⁰⁵ Kelsen. *A Garantia...* 173-178.

¹⁰⁶ Kelsen. *A Garantia...* 170-186.

¹⁰⁷ Kelsen. *A Garantia...* 151-152.

¹⁰⁸ Kelsen. *A Garantia...* 151.

Pondo nesses termos a questão da soberania parlamentar, Kelsen deixou claro que o modelo constitucional europeu se desprendia dos laços que o ligavam às monarquias constitucionais de que se originou e, mais remotamente, às monarquias absolutistas¹⁰⁹.

A transição evidenciada pela jurisdição constitucional, porém, não se deu sem maiores percalços, encontrando em Carl Schmitt um contundente crítico. Em “La Defensa de la Constitución” Schmitt tenta, primeiramente, desconstruir as evidências de que o Tribunal Supremo já estava a praticar na Alemanha o controle de constitucionalidade tal como a Suprema Corte fazia nos Estados Unidos¹¹⁰.

Para tanto se utiliza de uma distinção entre o “controle material de constitucionalidade”, que, corresponderia à jurisdição constitucional difusa praticada em nosso país, e a “defesa da constituição”, correspondente ao nosso controle concentrado. No primeiro caso, a ordem jurídica não é a destinatária da proteção, pois é o direito individual que está no centro das atenções; no segundo é a própria ordem que se busca assegurar por meio da preservação da sua mais alta norma positivada¹¹¹.

Como Schmitt reconhece que todos podem deixar de aplicar normas que considerem inconstitucionais em situações concretas e que, com isso, a validade destas mesmas normas não sofre qualquer revés, é inviável ter o judiciário por defensor da constituição sem estender esse mesmo título a qualquer um¹¹².

¹⁰⁹ Kelsen. *A Garantia...* 127-128.

¹¹⁰ Schmitt. La Defensa de la Constitución, 43-57.

¹¹¹ Schmitt. La Defensa... 52.

¹¹² Schmitt. La Defensa... 56.

No que toca a defesa da constituição propriamente dita, inadequado seria outorgá-la a qualquer tribunal, pois como nela estão veiculadas as opções políticas, as controvérsias de fundo constitucional seriam verdadeiras controvérsias políticas. A judicialização desse tipo de problema acarretaria conseqüências negativas não só para os órgãos políticos do estado, mas também para o próprio judiciário¹¹³.

Curiosa, porém, é a resposta de Schmitt para o problema. Reconhecendo que o parlamento não poderia assumir a tarefa ante a partidarização das demandas estatais¹¹⁴, remete o controle de constitucionalidade para o Presidente da Alemanha, que toma como figura neutra capaz de arbitrar as controvérsias constitucionais voltado exclusivamente ao interesse da nação¹¹⁵.

“Antes de instituir um Tribunal para questões e conflitos de alta política, como protetor da Constituição, antes de por em perigo a Justiça com essas contaminações políticas, melhor seria recordar, em primeiro lugar, o conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema de preceitos. Segundo o conteúdo efetivo da Constituição de Weimar já existe um protetor da Constituição, a saber: o Presidente do Reich. Tanto sua estabilidade e permanência relativa (omitido) como também o grande número de suas atribuições (omitido) tem por objetivo no campo político, como conseqüência de sua relação imediata com o conjunto do Estado, criar uma instituição neutra que, como tal, seja portadora e garante do sistema constitucional e do funcionamento adequado das instâncias supremas do Reich, instituição que, além disso, se acha dotada, para o caso de necessidade, com atribuições eficazes que o permitam realizar uma defesa ativa da Constituição”¹¹⁶.

¹¹³ Schmitt. La Defensa... 57.

¹¹⁴ Schmitt. La Defensa... 89-91.

¹¹⁵ Schmitt. La Defensa... 213-251.

¹¹⁶ Schmitt. La Defensa... 249-251.

Na solução proposta por Schmitt, Kelsen notou que mais uma vez a doutrina européia estava a facear o muro que não conseguia transpor desde os idos do século XVIII: a resistência em admitir um controle de constitucionalidade efetivo¹¹⁷. Essa resistência, sustentada em preconceitos que antecederam o próprio modelo constitucional então praticado, voltou-se, como era de se esperar, contra a jurisdição constitucional¹¹⁸.

Schmitt não buscou amparo no princípio da soberania parlamentar, mas em algo mais antigo, datado do período em que o absolutismo estava a ceder o seu lugar na teoria política. Trata-se da teoria do poder neutro que, em sua época, procurou impedir o esvaziamento do poder do monarca evitando o surgimento de um mecanismo que servisse, efetivamente, para controlar os seus atos em face da constituição¹¹⁹.

Assim agindo, Schmitt evidenciou a dificuldade na superação de um ponto de vista equivocado que se sustentou durante um longuíssimo período de tempo sobre os mais diversos fundamentos.

A recordação das barbáries nazistas, porém, eliminou esse tipo de resistência, determinando a formação de um controle de constitucionalidade efetivo que, na Alemanha, foi entregue ao Tribunal Constitucional¹²⁰.

¹¹⁷ Kelsen. *Quem Deve Ser o Guardião da Constituição* in *Jurisdição Constitucional* 239-242.

¹¹⁸ Kelsen. *Quem...* 247-248.

¹¹⁹ Kelsen. *Quem...* 240-241

¹²⁰ Mendes. *Jurisdição...* 10-13.

2.3. O reconhecimento da força normativa própria da constituição como pressuposto da revisão hermenêutica do conceito de mutação constitucional

O estabelecimento definitivo da jurisdição constitucional foi o sinal de que a Europa continental havia alcançado a essência da supremacia da constituição. Não à toa o processo de valorização da constituição levado a cabo pela doutrina coincide com a tomada de consciência da indispensabilidade do controle de constitucionalidade.

Foi exatamente nesse o contexto em que amadureceu a teoria pura do direito de Kelsen (1934-1960)¹²¹. Ao notar que os enunciados normativos, enquanto prescrições de um dever, funcionam tão somente no plano da abstração intelectual e que, por isso, não o integram as considerações sobre a realidade sensível, acaba por afirmar a completa independência do jurídico em relação a tudo aquilo que diz respeito ao fático¹²².

Porque o que deve ser não se mistura com o que de fato se passa, a norma jurídica funciona isoladamente em cada um desses planos. Quando o relevante é o resultado fático produzido em decorrência da sua aplicação, a questão se circunscreve à sua eficácia ou ineficácia que, porém, não diz respeito ao direito; a validade é a qualidade que importa à norma jurídica enquanto direito, mas que nada significa para o “mundo dos fatos”¹²³.

A validade é atributo referido exclusivamente às

¹²¹ *Coelho*. Para Entender Kelsen, x-xi

¹²² *Kelsen*. Teoria... 3-4.

¹²³ *Kelsen*. Teoria... 226-232.

normas reciprocamente consideradas. Cada uma delas retira de outra sua validade, em uma cadeia que se encerra em pressuposto que chama de norma fundamental. O fundamento absoluto da validade encontra-se no mesmo plano das normas, ou seja, é puramente lógico, de modo que o direito, em Kelsen, está apoiado sobre si mesmo, prescindindo de qualquer referencial externo para existir como tal¹²⁴.

É direito tudo aquilo que encontra sua base na norma fundamental, mas como esta não passa à realidade, sua validade não pode ser empiricamente verificada, mas tão só pressuposta. A norma fundamental, que pode conter qualquer tipo de orientação, é a que se pressupõe válida e que, por isso, é efetivamente observada pela sociedade. Eis que a realidade entra como a única possibilidade de determinar a validade do sistema normativo, mas encerra-se aí, na questão da legitimidade, a sua relevância para o direito de Kelsen¹²⁵.

“Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada. A norma fundamental não é, portanto, um produto de uma descoberta livre. A sua pressuposição não se opera arbitrariamente, no sentido de que temos a possibilidade de escolha entre diferentes normas fundamentais quando interpretamos o sentido subjetivo de um ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objetivo, quer dizer: como normas jurídicas objetivamente válidas. Somente quando pressupomos essa norma fundamental referida a uma

¹²⁴ Kelsen. Teoria... 207-214.

¹²⁵ Kelsen. Teoria... 214-226.

Constituição inteiramente determinada, quer dizer, somente quando pressupomos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objetivo, quer dizer, como normas jurídicas objetivamente válidas, e as relações constituídas através dessas normas como relações jurídicas.

Aqui permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica do Estado erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se essa ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não se afirma qualquer valor transcendente ao Direito positivo”¹²⁶.

Posta uma constituição válida, é nela que as demais normas encontram o razão que as faz valer, mas a verificação dessa validade pode se dar com diferentes graus de vinculação. Por vezes as normas infraconstitucionais têm na constituição apenas a previsão do órgão que está autorizado a pô-las; por outras, não só a competência está fixada, mas também o seu conteúdo¹²⁷. Qualquer que seja o caso, o respeito à constituição impõe-se como condição de validade das normas, daí a possibilidade e a necessidade da jurisdição constitucional¹²⁸.

É lícito supor que, ao transcender o direito para o plano da abstração absoluta, Kelsen pretendia desmontar o positivismo anterior à teoria pura, que, pautando-se por pressupostos sociológicos ou psicológicos, reduziu o direito a nada. Contudo, ainda que tal meta tenha sido alcançada com

¹²⁶ Kelsen. Teoria... 214.

¹²⁷ Kelsen. Teoria... 240-242.

¹²⁸ Kelsen. Teoria... 287-292.

maestria, o resultado final da equação (o esvaziamento da força normativa) não foi modificado.

Uma constituição que não participa da realidade não pode ser verdadeiramente considerada como uma norma, ainda que plenamente válida no plano abstrato do “dever ser”. Portanto é mais do que pertinente a crítica formulada por Hesse ao perceber na teoria pura um instrumento apto a conduzir exclusivamente ao mesmo lugar que o realismo político.

Por isso Hesse se recusa a tratar a constituição sob qualquer daqueles enfoques extremos¹²⁹. Rompendo o isolamento imposto à constituição tanto por Lassale quanto por Kelsen, propugna por uma teoria que leve em conta a norma em seu horizonte, pois considera indispensável uma aproximação ao contexto constitucional para a adequada compreensão da força determinante própria do direito constitucional¹³⁰.

*“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua **vigência**, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia nem determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influencia, decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.*”

¹²⁹ Hesse. A Força... 14.

¹³⁰ Hesse. A Força... 11-12

“Mas [-] esse aspecto afigura-se decisivo[,] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”¹³¹.

Situar a pretensão de eficácia (abstrata) em relação ao real (concreto) sem confundi-la com a própria eficácia é o avanço que Hesse consegue realizar em relação a Kelsen, afinal, quando nega a possibilidade do jurídico transcender o espaço e o tempo, mantém a constituição – em seu aspecto normativo – como parte da realidade, dotando-a, finalmente, da importância que há muito lhe era negada pela doutrina européia.

Hesse facilita a compreensão da constituição como componente do grande cenário em que se realiza a experiência humana, componente esse que tem por função conformar o desenvolvimento da experiência futura com base em opções tomadas antecipadamente, sem deixar jamais de ajustar essa pretensão ao contexto histórico que encontra ao longo de sua existência.

A força normativa da constituição, condicionante histórica e condicionada pela história, é a medida da realização

¹³¹ Hesse. A Força... 15.

da pretensão de eficácia do texto constitucional. Quanto maior é a força normativa, maior a eficácia da constituição, e vice-versa. Sendo assim, para que a pretensão de eficácia se realize o mais plenamente possível, é necessário dosar adequadamente a ambição constitucional de determinar os rumos da sociedade¹³².

“Se não quiser permanecer ‘eternamente estéril’, a Constituição – entendida aqui como a ‘Constituição jurídica’ – não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar ‘forma e modificação’ à realidade; onde inexistente força a ser despertada – força essa que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhe direção; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se”¹³³.

É na natureza das próprias coisas que a constituição encontra não só o impulso inicial para sua atividade prescritiva de transformação ou de manutenção da realidade, mas também é nela que sua força normativa encontra limites intransponíveis.

Quanto mais próxima a correspondência entre o conteúdo constitucional e a natureza singular do presente, maior a chance de sua realização da sua pretensão prescritiva, pois assim torna-se mais fácil para os indivíduos que compõem a sociedade voltarem-se para a efetivação dos preceitos constitucionais, formando a vontade de concretizar a

¹³² Hesse. A Força... 15-16.

¹³³ Hesse. A Força... 18.

constituição, ou simplesmente a “vontade de constituição”¹³⁴.

Portanto, mostra-se indispensável que a compreensão do texto constitucional seja capaz de acompanhar a mudança das suas condicionantes históricas, de forma a manter viva a “vontade de constituição” e de nunca se divorciar da possibilidade de realizar a sua pretensão normativa¹³⁵. É sobre esse pressuposto que se assenta a revisão da noção de mutação constitucional.

2.4. A mutação constitucional como uma questão hermenêutica

Que a mutação constitucional tem fundo hermenêutico – mesmo que apenas parcial – não há dúvida alguma, afinal tanto em Jellinek¹³⁶ quanto em Hsü Dau-Lin¹³⁷ a interpretação integra as formulações da doutrina destinadas à explicação da mudança na forma de compreender o texto da constituição.

É verdade que não só a interpretação sustentou a noção em suas formulações, afinal a prática política desvinculada da constituição também era considerada instrumento apto a produzir mutações constitucionais.

Contudo, após a aceitação do controle de constitucionalidade, toda a prática administrativa e toda a legislação passou a estar sempre referida à constituição. O

¹³⁴ Hesse. *A Força...* 19.

¹³⁵ Hesse. *A Força...* 20-23.

¹³⁶ Jellinek. *Reforma...* 26-27.

¹³⁷ Dau-Lin. *Mutación...* 31.

controle, portanto, tornou explícito o que a doutrina positivista alemã do começo do século passado apenas sugerira parcialmente: a qualidade hermenêutica da mutação constitucional.

Em Kelsen a natureza hermenêutica da mutação ganhou ainda mais relevo, afinal, nos termos da teoria pura, sendo a constituição a norma posta mais genérica¹³⁸, há de oferecer apenas uma moldura passível de ser preenchida por qualquer solução que nela encontre o seu fundamento de validade¹³⁹, de forma que sempre existirá espaço para a alguma variação no momento em que o estiver a ser aplicada.

Ainda que o intérprete tenha sempre que se pautar pelo mesmo texto, a pluralidade de significações ligadas a valores distintos admite que a concretização da constituição não se dê sempre da mesma maneira. Esta, a razão dos conflitos entre normas postas em diferentes ocasiões¹⁴⁰ e, também, da variação na aplicação.

Dentro do espaço normativo constitucional as autoridades encarregadas de concretizar os preceitos da constituição decidem livremente como desempenharão essa tarefa nos limites suportados pelo texto. A opção por determinados valores em detrimento de outros tantos, porém, pode levar a contradições¹⁴¹.

Ocorre que, na teoria pura, as contradições axiológicas não implicam em desrespeito às disposições constitucionais se o resultado da aplicação passar à margem das opções determinadas pelo conteúdo material da

¹³⁸ Kelsen. Teoria... 252-254.

¹³⁹ Kelsen. Teoria... 364-367.

¹⁴⁰ Kelsen. Teoria... 363-371.

¹⁴¹ Kelsen. Teoria... 252-254.

constituição, afinal a opção por este ou aquele valor não tem significado jurídico por ser um dado da realidade.

A divergência sobre valores é assimilada pela estrutura dinâmica do direito e, embora indesejável, não compromete a ordem constitucional positivista, até porque, a existência de um conjunto de regras aptas a impedir a vigência concomitante de disposições conflitantes garante a eliminação das contradições puramente normativas¹⁴².

Embates políticos, conflitos ideológicos, escolha entre princípios, tudo isso faz parte do processo de formação da norma, logo por ela é internalizado. Para o positivismo jurídico da teoria pura de Kelsen, que tem por objeto exclusivamente o resultado normativo, nada disso importa.

Sendo assim, a mutação constitucional não poderia ser propriamente qualificada como uma questão jurídica, pois decorrendo a mudança de divergência fática entre as opções políticas, econômicas ou morais exigidas para a aplicação da norma constitucional, sua análise nada contribuiria para a compreensão do direito nos termos restritivos da na teoria pura¹⁴³.

Contudo, como não há consciência humana apartada da história, mesmo a mais pura abstração racional não está livre da tradição em que foi concebida. A interpretação das normas constitucionais demanda a sua contextualização na realidade, por isso é necessário recorrer novamente a Hesse para avançar no conhecimento da mutação constitucional.

“O significado da ordenação jurídica na realidade e em

¹⁴² Kelsen. Teoria... 220-223.

¹⁴³ Dau-Lin. Mutación... 148.

face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma ‘está em vigor’ ou ‘está derogada’; [não] há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica”¹⁴⁴.

Ninguém que pretenda aplicar a constituição será capaz de realizar essa tarefa sem levar em conta o contexto histórico em que a mesma se faz presente, afinal, não é verdadeira a segregação entre norma e realidade afirmada pelo positivismo. Muito pelo contrário, como notou Hesse, ambas se condicionam reciprocamente¹⁴⁵.

A aplicação da constituição pelo intérprete só é possível porque ambos existem na mesma realidade, compartilhando uma tradição comum. É absolutamente irrealizável a crença positivista na necessidade de concretizar a constituição considerando apenas a normatividade do seu texto, pois simplesmente não há como fugir da realidade presente.

“Mudanças de interpretação, é de se registrar, não decorrem de nenhum preciosismo hermenêutico, antes resultam do caráter nomogenético dos fatos sociais, como fatores determinantes da criação e da regeneração dos modelos jurídicos – sejam eles legislativos ou costumeiros, negociais ou jurisdicionais – a compasso de sempre renovadas exigências

¹⁴⁴ Hesse. A Força... 13.

¹⁴⁵ Neto *et al.* O Direito e a Vida Social.

*axiológicas*¹⁴⁶.

Mesmo que não se perceba, a tradição comum é o que possibilita a realização da constituição, pois está nela o ponto de contato indispensável em qualquer processo voltado à compreensão de textos históricos. Uma norma que não integra a tradição do intérprete dificilmente será por ele compreendida em razão da ausência de uma comunidade significativa.

É a tradição que traz ao presente o conhecimento constitucional que, previamente acumulado pela vivência da constituição, fornece ao intérprete os meios necessários à abordagem do texto. Sem a pré-compreensão do que está a dizer a constituição não é possível ao intérprete sequer iniciar a tarefa de realizar o comando que ela contém¹⁴⁷.

Obviamente, não está o intérprete preso à pré-compreensão do texto abordado. Muito pelo contrário, se no decorrer da análise verifica que cometeu um equívoco, deve reorientar suas formulações de modo a aplicar corretamente o texto constitucional. Ao fazê-lo – ou mesmo que não o faça por acreditar na correção da compreensão preliminar – algo de novo acrescentou à tradição que, a partir daquele momento foi alargada pela experiência recém-vivenciada¹⁴⁸.

Nesse processo contínuo de confirmação e revisão da tradição, expande-se com a vivência da constituição as bases da pré-compreensão do seu texto¹⁴⁹. Logo, tal como ninguém se banha duas vezes no mesmo rio, seja porque o rio já não é o mesmo, seja porque o indivíduo já não é o mesmo, a constituição é sempre outra após cada nova aplicação que

¹⁴⁶ *Coelho*. Interpretação Constitucional, 41.

¹⁴⁷ *Coelho*. Interpretação... 25.

¹⁴⁸ *Gadamer*. Verdade e Método, 354-361.

¹⁴⁹ *Coelho*. Interpretação... 41.

experimenta.

A mutação, portanto, é inerente ao interminável processo que materializa o desenvolvimento da compreensão do texto constitucional, decorrendo diretamente da atualização determinada pela contextualização da constituição no momento em que deve se dar a sua aplicação¹⁵⁰. Sempre que a espiral hermenêutica constitucional sofrer dois cortes em pontos distintos, poderá ser observada alguma variação na compreensão – mesmo que não muito relevante – entre os momentos históricos que constituem suas extremidades. Eis porque a mutação é o próprio resultado da concretização contextual da constituição ao longo de sua existência.

*“A concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização são, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da ‘realidade’, que essa norma está determinada a ordenar. As particularidades, muitas vezes, já moldadas juridicamente, dessas condições formam o ‘âmbito da norma’ que, da totalidade das realidades, afetadas por uma prescrição, do mundo social, é destacado pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o ‘programa da norma’, como parte integrante do tipo normativo. Como essas particularidades, e com elas, o ‘âmbito da norma’, estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o ‘programa da norma’) fique idêntico. Disso resulta uma **‘mutação constitucional’** permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente e, por causa disso, raramente fica clara”¹⁵¹.*

Sendo assim, a abordagem à mutação dá-se de uma nova perspectiva, já que não mais é tratada como um

¹⁵⁰ Coelho. Interpretação... 43-49.

¹⁵¹ Hesse. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, 50-51.

problema fático decorrente da desvalorização da norma jurídica, provocada pela força da realidade. Sob o ponto de vista hermenêutico, a mutação constitucional é o resultado natural da acumulação da experiência de aplicação da constituição ao longo do tempo de sua vigência.

Por isso Hesse pode afirmar que a mutação constitucional “não afeta o texto como tal – esse fica inalterado – senão a concretização do conteúdo das normas constitucionais; esta pôde, nomeadamente em vista da amplitude e abertura de muitas determinações constitucionais, sob pressupostos alterados, conduzir a resultados diferentes”¹⁵²

.

¹⁵² *Hesse. Elementos...* 46.

I. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Foi na Alemanha onde, pela primeira vez, se utilizou o termo “mutação constitucional” para expressar uma mudança no direito constitucional, apesar do texto da constituição ter permanecido inalterado¹.

Como as disposições constitucionais continuavam as mesmas, mas as práticas legislativas, administrativas ou judiciais davam novos rumos ao estado, pareceu aos doutrinadores alemães do começo do século passado que a rigidez constitucional não se prestava como barreira às alterações fáticas da constituição.

Realidade constitucional e norma constitucional acabaram isoladas e contrapostas. Por isso, nesse primeiro momento, a mutação constitucional foi apresentada como uma evidência de que não era possível conter o estado (realidade) por meio da constituição (norma).

Os fatos se sobrepunham às normas, assim, ou a constituição se adequava à realidade, ou estava fadada a ser por ela superada. Em última análise, portanto, não se reconhecia qualquer força conformadora às disposições constitucionais.

Esse aspecto marcou a doutrina continental-européia – e também a brasileira² – de tal forma que, mesmo hoje, depois de nos ter sido dada a possibilidade de tomar a constituição enquanto texto histórico, a mutação ainda é capaz de assustar por ser considerada uma ameaça à supremacia

¹ *Dau-Lin. Mutación de la Constitución*, 29.

² *Ferraz. Processos Informais de Mudança da Constituição*, 13.

constitucional³.

Nos Estados Unidos, onde a constituição sempre foi verdadeiramente rígida, as mudanças no direito constitucional desacompanhadas de emendas ao texto foram assimiladas de uma maneira muito mais natural. Lá, até mesmo em razão da tradição da common law, foi possível lidar melhor com as questões relacionadas à aplicação das normas constitucionais.

Boa parte da doutrina norte-americana percebeu que as mudanças constitucionais sem alteração do texto decorriam da sua releitura diante dos casos concretos que exigiam solução. Nos Estados Unidos, a constituição sempre foi tomada como parte da realidade, e a mutação, como uma conseqüência normal da aplicação das normas constitucionais.

Contribuiu bastante para o distanciamento entre a enunciação da prática alemã da norte-americana o fato da Europa não ter conhecido o controle de constitucionalidade antes da segunda metade do século passado. Enquanto nos Estados Unidos a inconstitucionalidade podia ser corrigida pela Suprema Corte, na Alemanha todo ato do governo valia, mesmo o contrário à constituição. Eis porquê a doutrina alemã não conseguiu distinguir bem a atualização do texto da sua violação.

Não à toa, a noção de mutação constitucional remete à construção continental-européia, de origem francesa⁴, da supremacia parlamentar que, impondo a convivência de uma constituição rígida – tipicamente norte-americana – com a

³ *Canotilho*. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 1191-1192; *Vega*. La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente, 208-215.

⁴ *Canotilho*. Direito... 56.

soberania do parlamento – própria do modelo constitucional inglês, ofuscou sobremaneira a força normativa do texto constitucional por um longo tempo.

1.1. A supremacia constitucional como contraponto histórico da soberania do parlamento

Ciente de que o modelo constitucional dos Estados Unidos foi idealizado para impedir a exclusão do povo norte-americano – ou, ao menos, de sua elite – na condução dos seus próprios negócios, fica fácil notar um ponto de semelhança entre a teoria revolucionária lá produzida com aquela que na França se voltava contra o absolutismo monárquico.

Precisavam os norte-americanos afirmar a sua soberania, negando validade às decisões de governo tomadas por um parlamento no qual não estavam representados. Por isso empreenderam uma guerra de revolta contra a submissão política à Inglaterra⁵.

A bem da verdade, os norte-americanos se insurgiram contra o governo inglês para recuperar o status de liberdade de que desfrutaram até o endurecimento das relações de dominação colonial levado à cabo pelo Rei Jorge III⁶. Foi a crescente ingerência metropolitana que incitou a ruptura política.

Tão logo conquistaram a independência, trataram as antigas colônias – em sua maioria – de reescrever as cartas

⁵ *Sellers et al.* Uma Reavaliação da História dos Estados Unidos, 56-64.

⁶ *Sellers et al.* Uma Reavaliação, 56-57.

coloniais pelas quais se regiam, para deixar claro que o povo era a fonte de todo poder. Ao fazê-lo, deram origem às primeiras constituições escritas norte-americanas⁷.

A elaboração de um documento contendo as normas fundamentais de um grupo social era comum na tradição puritana a que pertenciam os colonos norte-americanos, afinal exigia-se a celebração de um pacto – o pacto da graça – como condição indispensável para a fundação de uma congregação religiosa⁸.

Essa mesma idéia, no plano das relações políticas, inspirou a elaboração dos convenants, verdadeiros contratos que iam assinados por todos os que integravam o grupo, e que estabeleciam as regras para o bom funcionamento da comunidade⁹.

A prática dos convenants subsidiou a formação do modelo constitucional americano, que não raro identifica constituição e contrato social¹⁰. Como consequência, firmou-se nos Estados Unidos o sentimento de que o exercício do poder constituinte não poderia se dar por meio de representantes¹¹.

Sendo indeclinável a soberania¹², não haveria como o povo deixar de expressar, por si, a aprovação das normas às quais passariam a dever obediência. Foi por esta razão que a convenção criada para projetar o texto constitucional não foi considerada, em momento algum,

⁷ *Sellers et al.* Uma Reavaliação, 72-73.

⁸ *Vega. La Reforma...* 31.

⁹ *Vega. La Reforma...* 31.

¹⁰ *Sellers et al.* Uma Reavaliação, 72

¹¹ *Vega. La Reforma...* 31.

¹² *Rousseau. O Contrato Social*, 33.

depositária do poder constituinte¹³.

Como sempre trataram a associação política como um contrato de fato, os norte-americanos puderam forjar a mais perfeita forma de operação do poder constituinte¹⁴, pois a eles impôs-se a aprovação popular como condição necessária para a validade da constituição escrita¹⁵.

“[Nessas] circunstâncias, a necessidade de fazer valer, conforme o princípio democrático, a suprema autoridade do povo em face da autoridade do governante, não oferece outra possibilidade nem outra alternativa que o estabelecimento, pelo próprio povo, de uma lei superior (a Constituição) que obrigue por igual governantes e governados”¹⁶.

Aprovado o texto e posta a constituição, nela passaria a residir a soberania popular, e nisso vai a principal diferença entre o modelo constitucional norte-americano e o modelo constitucional inglês. Nos Estados Unidos, ao contrário do que se passou na Inglaterra, nunca houve espaço para o governo, nem mesmo o seu ramo mais representativo, afirmar-se soberano.

“Toda a construção do direito americano tem por base a noção de que o povo possui originariamente o direito de estabelecer, para o seu futuro governo, os princípios, que mais conducentes lhe afigurem à sua utilidade. O exercício desse direito original é um insigne esforço: não pode, nem deve repetir-se freqüentemente. Os princípios que destarte uma vez se estabeleceram, consideram-se, portanto, fundamentais, E, como a autoridade, de que eles dimanam, é suprema, e raro se exerce, esses princípios têm destino permanente. A vontade primitiva e soberana organiza o governo, assinalando-lhe os

¹³ Vega. La Reforma... 31.

¹⁴ Vega. La Reforma... 30.

¹⁵ Canotilho. Direito... 79-80; Vega. La Reforma... 29-32.

¹⁶ Vega. La Reforma... 25.

diferentes ramos, as respectivas funções. A isto pode cingir-se; ou pode estabelecer raias, que eles não devem transpor [omitido] Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de natureza ilimitada”¹⁷.

Por materializar em seu texto a vontade do povo, até mesmo o parlamento devia obediência às normas constitucionais. Assim, no modelo norte-americano a constituição, desde o início, configurou-se como a lei suprema, da qual ninguém, absolutamente ninguém, poderia se esquivar.

Ao admitir o controle de constitucionalidade pela Suprema Corte, os Estados Unidos nada mais fizeram que respeitar a soberania popular e seu consectário lógico: o princípio da supremacia constitucional.

Nos Estados Unidos, a constituição sempre funcionou como a garantia de que o governante jamais se voltaria contra o governado, não só por ser ela própria o fundamento da legitimidade do governo, mas, principalmente, porque nela estavam postos os limites do poder estatal.

Diante desse quadro, a jurisdição constitucional, que, conforme estudo de Mauro Cappelletti, preexistia a independência¹⁸, não encontrou maiores problemas para se firmar definitivamente na ordem jurídica da federação norte-americana.

¹⁷ *Marshal apud Barbosa*. Atos Inconstitucionais, 40-41.

¹⁸ *Cappelletti*. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis, 58-63.

1.2. O modelo constitucional francês e o esvaziamento da força normativa da constituição

A teoria revolucionária francesa, como se disse, serviu de inspiração aos norte-americanos, afinal unia uns e outros a ausência de representatividade política. Tal qual se passava nas treze colônias inglesas, na França o povo – a elite burguesa – não participava da condução do governo.

Contudo, o ânimo dos franceses era bem diferente do dos norte-americanos, pois para eles não bastava romper com um parlamento do além-mar para poder determinar os seus próprios rumos. No absolutismo francês a soberania do monarca excluía qualquer forma de representação política¹⁹.

Não havia na França uma ordem de coisas que se desejasse defender, muito pelo contrário. Por isso a burguesia revolucionária daquele país precisou criar um modelo político novo quando depôs o rei²⁰.

Diferente do que aconteceu nos Estados Unidos (convenants e cartas coloniais), a afirmação de uma norma escrita que por todos devesse ser respeitada não encontrou sustentação na tradição pré-revolucionária francesa²¹. Por isso, o modelo constitucional que lá se desenvolveu seguiu um caminho diferente do norte-americano.

¹⁹ Vega. La Reforma... 56.

²⁰ Canotilho. Direito... 73.

²¹ Vega. La Reforma... 43; Bastos. Para compreensão de Sieyès: Notas e Fragmentos sobre a História da França Feudal in Sieyès. A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?, ix-xiv.

Formada a Assembléia Nacional a partir dos escombros da estrutura institucional monárquica – a terça parte dos Estados Gerais, nela foi reconhecida a soberania nacional²². Tal qual na Inglaterra, era no órgão mais representativo do governo que residia o poder soberano²³.

Diante disso, não houve na França a exigência de participação popular no processo de elaboração da constituição²⁴, afinal a Assembléia Nacional era a própria nação, fonte de todo o poder. Isso está bem claro na lição de Sieyès²⁵.

“Quem ousaria dizer que o Terceiro Estado não tem em si tudo o que é preciso para formar uma nação completa? Ele é o homem forte e robusto que está ainda com um braço preso. Se se suprimisse as ordens privilegiadas, isso não diminuiria em nada a nação; pelo contrário, lhe acrescentaria. Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégio? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele, as coisas iriam infinitamente melhor sem os outros”²⁶.

Desse conjunto de circunstâncias históricas resultou um modelo constitucional que pretendia conciliar uma assembléia soberana e uma lei suprema. Ora, a inviabilidade do sistema francês salta aos olhos, pois a constituição americana de 1787 não comportava a soberania de qualquer dos ramos do governo²⁷.

Como lex superior imposta pelo soberano que não

²² Bastos. Introdução in Sieyès. A Constituinte... xlvii.

²³ Vega. La Reforma... 34.

²⁴ Canotilho. Direito... 78; Vega. La Reforma... 32-33.

²⁵ Sieyès. A Constituinte..., 1-3.

²⁶ Sieyès. A Constituinte... 3-4.

²⁷ Cappelletti. O Controle... 62-63

governa ao governo que não é soberano, a constituição se funda na descontinuidade do poder constituinte²⁸. Sempre que se reconhece no governo a soberania, e, com isso, a permanência do poder constituinte, a qualidade da supremacia abandona a constituição²⁹.

Foi exatamente isso o que aconteceu na França quando, após a revolução, afirmou-se o princípio da supremacia parlamentar. A Assembléia Nacional, porque soberana, não encontrou limites na constituição, muito pelo contrário³⁰.

Quando a doutrina francesa admitiu a supremacia parlamentar, excluiu a possibilidade de assimilar adequadamente a idéia fundamental que sustenta o modelo constitucional americano: a distinção entre poder constituinte e poder constituído³¹.

Assim, mesmo que entre os franceses não houvesse uma desconfiança generalizada em relação ao judiciário, não seria possível admitir a jurisdição constitucional como fizeram os norte-americanos, afinal, a supremacia parlamentar impossibilita qualquer tentativa de limitação externa dos poderes do parlamento.

A inadmissibilidade do controle de constitucionalidade das leis, portanto, era uma característica absolutamente necessária ao modelo constitucional francês que, dada a natureza constituinte da Assembléia Nacional, exigiu o esvaziamento da idéia de supremacia constitucional, que, levada às últimas conseqüências, nada mais significa que

²⁸ Vega. La Reforma... 34-35.

²⁹ Vega. La Reforma... 43.

³⁰ Vega. La Reforma... 42-46.

³¹ Vega. La Reforma... 36-37.

o esvaziamento da força normativa própria da constituição³².

³² Vega. La Reforma... 42-43.

2. O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A doutrina continental-européia, por influência do que se passou na França, não assimilou a separação entre o poder constituinte e o poder constituído logo no Século XIX, como fez a doutrina norte-americana.

Admitindo concomitantemente a supremacia constitucional e a soberania do parlamento, sob a influência do modelo constitucional francês, as nações da Europa continental incorporaram uma contradição que só se podia sanar pela eliminação de um daqueles princípios.

Como a história demonstrou, em todas elas foi a supremacia constitucional que sofreu o esvaziamento exigido pela lógica da compatibilização. Contudo, não foram todas as nações que conseguiram perceber o que estavam a por em prática.

Na Itália, por exemplo, o reconhecimento da supremacia do governo determinou a exclusão da rigidez constitucional, admitindo a constituição (Estatuto Albertino) sua modificação sem maiores dificuldades. Na Alemanha o mesmo não se passou.

Pareceu à doutrina alemã que a dinâmica política subjugava por completo a constituição, e a prova disso estava precisamente na absoluta falta de efetividade das suas normas, incapazes que eram de conter o governo. Diante disso, reputou-se como uma crença infundada a força que era atribuída à sua juridicidade³³.

Tomado desse espírito, Lassale se lançou à tarefa

³³ *Dau-Lin. Mutación...* 23.

de descobrir qual “verdadeira essência, o verdadeiro conceito de uma Constituição”³⁴. Não por outra razão desprezou de pronto a utilização do direto para alcançar o seu objetivo.

“[As respostas jurídicas] limitam-se a descrever exteriormente como se formam as Constituições e o que fazem, mas não explicam o que é uma Constituição. Estas afirmações dão-nos critérios, notas explicativas para conhecer juridicamente uma Constituição, porém não esclarecem onde está o conceito de toda Constituição, isto é, a essência constitucional”³⁵.

Lassale acreditava que, apesar da enorme importância que a idéia de constituição tem para o direito, não haveria nele proposição capaz de evidenciar a sua substância. O direito, ao seu ver, lidaria apenas com formulações acessórias – a função e a origem da constituição – e não com a noção em si.

Diante da insuficiência das proposições jurídicas, tornou-se necessário recorrer ao método lógico-dedutivo para explicar, positivamente, o que é a constituição. Curiosamente, é por se valer da posição fundamental que ocupa no ordenamento – claramente uma formulação do direito – que Lassale inicia a sua investigação.

Como a “idéia de fundamento traz implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia fazendo-a assim e não de outro modo”³⁶, sendo “a constituição a **lei fundamental** de uma nação, será [omitido] uma força ativa que faz, por uma **exigência da necessidade**, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país

³⁴ Lassale. A Essência da Constituição, 5.

³⁵ Lassale. A Essência... 6.

³⁶ Lassale. A Essência... 10.

sejam o que realmente são”³⁷.

Como a constituição é a causa das leis, ou seja, é o que determina o conteúdo das leis, abriu-se o caminho para a descoberta da sua essência, bastando identificar no mundo real – que é onde devem ser procuradas as respostas verdadeiramente científicas para o positivismo³⁸ – o que dá a forma das leis, o porquê delas serem como são.

Lassale situa a constituição em uma relação de causalidade e dela obtém a resposta que procura. A força militar do monarca, a influência da aristocracia, o poder do capital e da indústria, e, também, o poder difuso e desorganizado do povo são a constituição³⁹, afinal, as leis devem seu conteúdo à configuração desses fatores.

*“Os **fatores reais do poder** que atuam no seio de cada sociedade são essa **força ativa** e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que **não possam ser**, em substância, **a não ser tal como elas são**”⁴⁰.*

Identificados os fatores reais do poder como a força que determina o conteúdo do ordenamento jurídico, identificada está, objetivamente, a essência da constituição. Como a causa determinante das leis é o conjunto das forças vivas que atuam na sociedade, são estas, na verdade, a própria constituição⁴¹.

Assim, como qualquer lei, também a “constituição jurídica” tem nos fatores reais do poder o seu fundamento e a

³⁷ Lassale. A Essência... 10.

³⁸ Larenz. Metodologia da Ciência do Direito, 45-46.

³⁹ Lassale. A Essência... 10-18.

⁴⁰ Lassale. A Essência... 10-11.

⁴¹ Lassale. A Essência... 17.

sua causa, afinal ela nada mais é do que uma norma revestida de especial consideração. Porém, dada a sua função – organização do estado – sua ligação com a política é muito mais intensa que a das leis comuns⁴².

O texto constitucional, por isso, não pode ser outra coisa senão a redução a termo das forças políticas em ação na sociedade. Para ser eficaz como norma, a constituição jurídica deve refletir em si os fatores reais do poder, pois do contrário, não terá como obter a obediência dos seus destinatários.

“Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos de poder que naquele país vigem, e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social”⁴³.

Por outro lado, em Lassale a existência de um texto constitucional não é fato neutro, pois, quando nele for possível perceber o reflexo dos fatores reais do poder, o que era apenas fático passa também a ser jurídico. Quando se integra ao direito, a constituição real adquire uma nova propriedade.

“Juntam-se [os] fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas verdadeiro direito – instituições jurídicas”⁴⁴.

É a realidade que atribui força normativa à constituição jurídica, por outro lado é o enquadramento ao

⁴² Lassale. A Essência... 7.

⁴³ Lassale. A Essência... 40.

⁴⁴ Lassale. A Essência... 17.

texto constitucional que atribui juridicidade à constituição real. Logo, no momento em que uma e outra se afastam, também se afastam a normatividade e juridicidade.

Contudo, como é a realidade que provê toda possibilidade de coerção, a subsistência da força normativa do texto constitucional depende inteiramente da manutenção do quadro das forças sociais, já que a sua normatividade é simples conseqüência da sua adequação à realidade.

“Onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”⁴⁵.

Sendo certo que uma norma desprovida de força coercitiva não é realmente uma norma, sob Lassale a força normativa da constituição – e aqui me refiro à constituição jurídica – foi totalmente esvaziada. Ao depender sempre da adequação aos fatores reais do poder, o texto constitucional deixa de ter sentido enquanto norma voltada exatamente à conformação desses fatores.

2.1. A mutação constitucional como evidência da força normativa da realidade

A direção que Lassale imprime à sua argumentação não deixa espaço para dúvidas: a constituição nada pode contra a realidade, mas é capaz de algo quando com ela está conforme. Foi exatamente sobre essa correlação que se construiu a noção de mutação constitucional na Alemanha.

⁴⁵ Lassale. A Essência... 33.

Sob a influência de Lassale⁴⁶, Jellinek elaborou uma noção de mutação constitucional que se funda precisamente no reconhecimento da força normativa da realidade⁴⁷.

Para Jellinek, a constituição, como qualquer outro preceito normativo, é uma tentativa de racionalizar o futuro, moldando-o a partir do presente. Contudo, as inúmeras circunstâncias que uma vez conjugadas dão forma à realidade tornam imprevisível o amanhã, e, por isso, a prescrição normativa acaba sempre revelando um déficit no momento de sua aplicação.

“Hoje sabemos que as leis podem muito menos do que se acreditava há um século, que expressam, unicamente, um dever ser cuja transformação em ser nunca se consegue plenamente, porque a vida real produz sempre fatos que não correspondem à imagem racional que desenha o legislador”⁴⁸.

Jellinek percebe com clareza que qualquer tentativa de racionalização jamais será plenamente realizável, impondo a concretização da norma, sempre, a superação do desnível que há entre a prescrição e a realidade tal como se apresenta.

“O legislador se defronta com poderes que crê chamado a dominar, mas que freqüentemente se alçam contra ele plenamente inadvertidos, atrevendo-se a substituí-lo, inclusive”⁴⁹.

Em razão da distância entre a norma

⁴⁶ Verdú. Estudio Preliminar in Reforma y Mutación de la Constitución, LXII-LXIII.

⁴⁷ Verdú. Estúdio... LXIV.

⁴⁸ Jellinek. Reforma y Mutación de la Constitución, 6.

⁴⁹ Jellinek. Reforma... 6.

constitucional e a realidade constitucional a mutação se desenvolveria justamente no campo da aplicação, configurando-se como o defeito normativo capaz de evidenciar o afastamento parcial entre a constituição e o contexto político.

Segundo Jellinek, quando determinada prescrição constitucional não fosse factível, a prática acabaria forçando, ainda que imperceptivelmente, sua adequação à realidade. A mutação, portanto, seria o resultado da equação que reúne a racionalidade frustrada pela imprevisibilidade do futuro e a condição estática do texto.

“[Por] reforma da Constituição entendo a modificação dos textos constitucionais produzidas por ações voluntárias e intencionadas. E, por mutação da Constituição, entendo a modificação que deixa intacto o seu texto por não alterá-lo formalmente, que se produz por feitos que não têm que se fazer acompanhar pela intenção ou consciência da mutação”⁵⁰.

A inadequação do texto ao presente, ou tornaria necessária a sua atualização, para que, assim, se pudesse aplicá-lo em um contexto diferente daquele para o qual surgiu, ou imporia a exclusão de todo o seu campo de incidência, relegando-o ao mais completo ostracismo, tudo em nome da supremacia do real ante o jurídico.

“Da natureza mesmo das coisas depende que tratemos de modificar as instituições políticas e jurídicas que temos, de sorte que podem se enlaçar com as relações existentes e, por sua vez, conformar-se a novos fins”⁵¹.

A norma que decorre diretamente da realidade, especificamente das relações de dominação, não admitiria ser

⁵⁰ Jellinek. Reforma... 7.

⁵¹ Jellinek apud Verdú. Estudio... XVIII.

contrariada por uma disposição legal anacrônica e circunstancialmente irrealizável, mesmo que prevista na constituição.

Assim, quando houvesse uma incompatibilidade dessa ordem, o real simplesmente ignoraria o texto que não suporta ser concretizado, negando toda pretensão prescritiva de que algum dia o dotou. Como isso sempre se passa no momento da aplicação, não à toa aqueles a quem se atribui a tarefa de concretizar a constituição são os que acabam por concretizar também a mutação.

Movidos pela necessidade de adequação ao novo contexto político⁵², legisladores, administradores e juízes⁵³ impõem uma dinâmica ao texto constitucional, alargando os seus limites, desviando-o de sua rota original⁵⁴ ou amputando de sua eficácia⁵⁵.

A fluidez da realidade mais do que permite, exige as mutações constitucionais, pois a necessidade de seguir vivendo força superar o divórcio entre o sentido original do texto e a realidade que o contextualiza, colocando algo novo no lugar do significado inicialmente atribuído à norma constitucional.

É por necessidade que se constrói a ponte entre o velho e o novo conteúdo significativo da disposição que está a ser aplicada. A necessidade de adequação à realidade é a força que, tendo por origem o desvão verificado – conscientemente ou não⁵⁶ – no momento da aplicação da norma constitucional, conduz à consumação da mutação.

⁵² *Jellinek. Reforma...* 29-36.

⁵³ *Jellinek. Reforma...* 15-28.

⁵⁴ *Jellinek. Reforma...* 37-44.

⁵⁵ *Jellinek. Reforma...* 45-54.

Portanto, o parâmetro a que, necessariamente, deve a constituição se ajustar é o contexto político presente no momento de sua aplicação, pois só a disposição que pode ser efetivamente realizada é norma jurídica. Quando é absolutamente impossível realizar a norma constitucional, porque inadequada às circunstâncias políticas atuais, a total dissociação entre o texto e a realidade retira da constituição o caráter normativo que esta pretende possuir.

“Todo direito deve conter a possibilidade de ser realizado, isto é, de se tornar real; e o que não pode chegar a alcançar realidade, jamais deve ser objeto da investigação jurídica”⁵⁷.

Sob o ponto de vista de Jellinek, a força normativa da realidade destruiria a do texto, abrindo espaço para que, uma vez atualizado pela mutação, possa ser adequadamente realizado, afinal é indispensável que a realidade admita o “dever ser” contido na disposição constitucional.

Isso não significa que as disposições constitucionais devam ser meramente descritivas, afirmando simplesmente as coisas como são. Não. Do texto exige-se apenas que seja compatível com a realidade para que nela possa operar, ou seja, terá força enquanto permanecer nos limites do factível.

Nesses termos percebe-se que, para Jellinek, é com o desenvolvimento da experiência constitucional que as mutações passam a existir, seja porque o real exige que juízes, parlamentares e todos mais deixem de aplicar algum dos seus preceitos, seja porque o significado de uma das suas normas foi

⁵⁶ Jellinek. Reforma... 7.

⁵⁷ Jellinek apud Verdú. Estudio... XXXVII.

se alterando com o passar do tempo. É justamente a experiência constitucional que exige as mutações.

Hsü Dau-Lin, por sua vez, associa a mutação constitucional à superação da tentativa romântica de estabilização da constituição⁵⁸ e, como Jellinek, afirma que a força normativa do texto está submetida à força da necessidade política.

“Sem embargo, nossa atual concepção geral do direito tende a dizer que a variabilidade do direito não só é uma característica essencial do direito, como, também, um traço essencial de qualquer ideal jurídico. ‘O direito brota em suas particularidades condicionado pelo curso da existência humana’ (Stammler). A história milenar ensina, suficientemente, a relação estreita que margeia entre o conceito de direito e o ordenamento jurídico com o progresso cultural e como a todos arrasta, igualmente, o fluxo permanente do tempo. Certamente o presente demonstra, perfeitamente, que a doutrina da imutabilidade do direito, enquanto dever ser, carece de qualquer realidade”⁵⁹.

Está na maneira como compreende a própria constituição⁶⁰ a característica mais relevante de toda a construção teórica de Hsü Dau-Lin sobre a mutação e que, como se verá, espelha magnificamente bem o ápice de desenvolvimento da doutrina constitucional europeia ante do aumento da influência de Kelsen.

“Para fornecer um conceito que corresponda, do mesmo modo a diferentes casos geralmente designados como ‘mutação constitucional’, quiçá poderia-se dizer que se trata da incongruência que existe entre as normas constitucionais por

⁵⁸ Dau-Lin. Mutación... 23.

⁵⁹ Dau-Lin. Mutación... 67-68.

⁶⁰ Dau-Lin. Mutación... 155-157.

*um lado, e a realidade constitucional por outro*⁶¹.

Descartando a possibilidade da adequada colocação do problema sobre uma base formalista com a de Jellinek⁶², recorre à “nova doutrina do direito político” que trata a mutação como a desvalorização ou corrosão das normas constitucionais, uma incongruência entre a constituição e a realidade constitucional⁶³.

Sobre o pressuposto que estabelece – a definição de mutação como o descompasso entre a norma e o real, indica quatro maneiras da prática constitucional se relacionar com o texto que modifica, chamando cada uma de “classe de mutação”.

*“Se o problema da mutação da Constituição está fundado na relação entre a Constituição escrita e a situação constitucional real, isto é, entre normas e realidade no campo do direito constitucional - a mutação constitucional é a relação incorreta entre ambas - então podem ser diferenciadas quatro classes de mutação da Constituição: 1. Mutação da Constituição por meio de uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição. 2. Mutação da Constituição pela impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente. 3. Mutação da Constituição por meio de uma prática estatal contrária à Constituição. 4. Mutação da Constituição pela interpretação”*⁶⁴.

Na primeira delas, a prática não afronta diretamente nenhum preceito constitucional, mas, sim, o próprio sistema da constituição⁶⁵. Aqui, a contradição entre o

⁶¹ *Dau-Lin. Mutación...* 29.

⁶² *Dau-Lin. Mutación...* 29.

⁶³ *Dau-Lin. Mutación...* 29.

⁶⁴ *Dau-Lin. Mutación...* 31.

⁶⁵ *Dau-Lin. Mutación...* 32.

“dever ser” e o “ser” só é perceptível quando tomada a constituição em seu conjunto. A mutação, portanto, contraria o sentido da constituição⁶⁶.

“Pode ser produzida uma mutação da Constituição por uma prática estatal que não contradiz formalmente o texto constitucional. Nesse caso [não] se ignora um artigo concreto da Constituição nem se contradiz certa prescrição constitucional, pois se trata de relações jurídicas que não se regulam por um preceito constitucional. A tensão que se pode observar aqui se dá entre a situação real e a situação legal desenhada pela Constituição, não entre o existente e o prescrito. O sollen (dever ser) está aqui em contradição com o Sein (ser); não é resultado de certo artigo constitucional, mas sim do conjunto de várias prescrições constitucionais o da integração global de toda a trama constitucional”⁶⁷.

A segunda classe reúne as mutações que derivam da impossibilidade do preceito constitucional operar no real. Em outras palavras, a constituição, superada pela realidade, resta inviabilizada naquela sua previsão⁶⁸. A norma pode se tornar obsoleta quando, apesar de continuar “válida na técnica-jurídica”, deixa de ter aplicação efetiva, perdendo, assim, a sua “validade filosófico-jurídica”⁶⁹.

“A possibilidade de que uma proposição jurídica perca sua efetividade real é evidente. Por isso, as normas jurídicas, enquanto tais, nunca são valores absolutos, constantes: as concepções axiológicas e culturais, as relações sociais e econômicas as criam, mantêm e determinam”⁷⁰.

Até aqui a contradição foi ocultada ou pela

⁶⁶ Dau-Lin. Mutación... 33.

⁶⁷ Dau-Lin. Mutación... 32-33.

⁶⁸ Dau-Lin. Mutación... 36.

⁶⁹ Dau-Lin. Mutación... 68.

⁷⁰ Dau-Lin. Mutación... 69.

incapacidade em se perceber o sistema constitucional ou pela disposição de negar aplicação à norma, mas na terceira classe de mutação isso já não acontece. A mutação produzida por uma prática flagrantemente contrária à constituição eleva a tensão entre esta e a realidade aos olhos de todos.

“Uma mutação da Constituição pode se dar mediante uma prática constitucional que contradiz, claramente, a preceptiva da Constituição, seja pela legislação ordinária, seja pelos regulamentos dos órgãos estatais ou por sua prática efetiva. A situação de tensão é clara aqui, pois a contradição entre o Sein (ser) e o dever ser (Sollen) é inequívoca”⁷¹.

Por fim, a interpretação constitucional também é arrolada como uma das maneiras por meio das quais a mutação é produzida. Trata-se da classe das mutações em razão da interpretação, que faz a norma experimentar a substituição do seu conteúdo a medida que passa a regular situações distintas das para que foi imaginada.

“Cabe, também, mutação constitucional por meio da interpretação: particularmente quando os preceitos constitucionais, para serem interpretados, dependem de considerações e necessidades que mudam com o tempo, desatendendo ao texto fixo da Constituição, ou sem que se considere o sentido originário atribuído pelo constituinte às normas constitucionais em questão. A norma constitucional resta intacta, porém a prática constitucional que pretende segui-la é distinta. O que se infere da Constituição um dia como direito já não o é posteriormente. A Constituição experimenta uma mutação naquilo em que suas normas recebem outro conteúdo, na medida que seus preceitos regulam circunstâncias distintas das antes imaginadas”⁷².

Para Hsü Dau-Lin, norma e prática estão intimamente relacionadas, porém, apesar do real influir na

⁷¹ Dau-Lin. Mutación... 39.

⁷² Dau-Lin. Mutación... 45.

eficácia constitucional, extrair exclusivamente dos fatos a força normativa da constituição significa negar a própria separação entre o plano do “ser” e o do “dever ser”. As normas tem um poder que lhes é próprio e independente daquele que aos fatos é atribuído.

“Não obstante, na realidade, esta doutrina [da força normativa dos fatos] é insustentável. Seu erro básico está na confusão entre o ideal e o existencial. O elemento do dever ser (sollen) de uma norma jurídica nunca resulta do elemento ser (sein) de um fato, mas sim brota, imediatamente da valoração imanente do direito preexistente da natureza humana”⁷³.

“Se a força normativa dos fatos fosse realmente a ‘última fonte psicológica do direito’ (Jellinek, Allgemeine Staatsleher, pág. 9), então a contraposição entre o ser e o dever seria totalmente inconcebível e o conceito de justo e do injusto seria simplesmente impossível”⁷⁴.

“De todo modo, não se pode considerar unicamente a importância do exercício como fonte de todo direito, isto é evidente: posto que implicaria a negação da existência de qualquer reflexão jurídica e de qualquer sentimento jurídico humano”⁷⁵.

A constituição concentra em si uma força que decorre diretamente das suas normas⁷⁶, como também ocorre com toda e qualquer lei. Contudo, a condição especial de que se reveste o texto constitucional resulta em um valor que lhe é próprio, e está exatamente nessa sua singularidade a possibilidade de explicar adequadamente a mutação⁷⁷.

⁷³ *Dau-Lin. Mutación... 123.*

⁷⁴ *Dau-Lin. Mutación... 123.*

⁷⁵ *Dau-Lin. Mutación... 124.*

⁷⁶ *Dau-Lin. Mutación... 157.*

⁷⁷ *Dau-Lin. Mutación... 155-156.*

“A Constituição é a ordem jurídica do Estado, mais exatamente da vida na qual o Estado tem sua realidade vital’ (SMEND, Verfassung und Verfassungsrecht, pág. 76). Isto é válido em igual medida para todo Estado e para sua Constituição. Pois que [omitido] existe, efetivamente, para cada Estado, em sua Constituição escrita, um sistema ideal de sentido, no qual se estatui normativamente sua existência legítima de cujo teor se configura realmente sua existência atual. A abarca em sua totalidade completa, já que toda vida jurídica e social de cada Estado tem que se realizar e desenvolver conforme o sentido de sua Constituição escrita. Essa universalidade ideal, essa compreensão total ideal da Constituição explica, por sua vez, sua superioridade jurídica valorativa, sua autoridade suprema em todo o ordenamento jurídico e sua insuperável importância na vida estatal e política”⁷⁸.

Hsü Dau-Lin vê na constituição o berço em que repousa a legitimidade do estado, afinal o seu texto põe a idéia geral de regulação que deve permear todo o ordenamento. Essa supremacia legal, porém, tem um preço.

Porque regula a totalidade da vida jurídica e social, que é o ambiente de desenvolvimento do estado, a constituição não pode – nem pretende – ser mais que um esquema normativo, aberto, flexível e impreciso, voltado à realização da idealização que tem por conteúdo⁷⁹.

Como a função primeira dessa idealização é a conservação do próprio estado cuja realidade vital procura regular, a constituição orienta-se, antes de tudo, para a preservação da ordem de coisas estabelecida nela mesma.

Assim, é inerente à constituição o objetivo de manter íntegro o seu âmbito operativo ao ponto de, mostrando-

⁷⁸ Dau-Lin. Mutación... 157.

⁷⁹ Dau-Lin. Mutación... 158.

se necessário, receber como válidas disposições que, embora afrontem o texto constitucional, sejam imprescindíveis para sustentar a ordem da “totalidade da vida social”⁸⁰.

Está bem claro que, soterrado pela tradição continental, incapaz de separar governo e constituinte, Hsü Dau-Lin sucumbe à confusão que inverte os papéis da constituição e do estado⁸¹ e acaba por submeter a norma fundamental à função ideológica de manutenção da relação de dominação existente, primando pela preservação do estado como instituição⁸².

Disso, conclui que não há como o texto ser alcançado pela rigidez que se propugna⁸³, pois inviabilizada restaria a possibilidade de servir como garantia do status quo da ordem social constituída. A constituição não pode se voltar contra sua finalidade primordial, eis porque sua força normativa não ata de maneira alguma a regulamentação dos campos da vida estatal.

Cabendo ao estado preservar a si mesmo e, sendo ele uma realidade institucional auto-referente, não há como tomar as normas que põe senão como direito constitucional, mesmo que contrárias ao texto da constituição. Se as reformas necessárias à sua preservação não são concretizadas, o ímpeto de sobrevivência acaba por forçar de outro modo a atualização exigida⁸⁴, o que, por natureza, não se pode pretender limitar por considerações heterônomas⁸⁵.

⁸⁰ *Dau-Lin. Mutación...* 159-160.

⁸¹ *Dau-Lin. Mutación...* 160-161.

⁸² *Dau-Lin. Mutación...* 159-160.

⁸³ *Dau-Lin. Mutación...* 158-159.

⁸⁴ *Dau-Lin. Mutación...* 160-161.

⁸⁵ *Dau-Lin. Mutación...* 177.

“[As] mutações constitucionais não são só algo imposto forçosamente pelo Estado enquanto realidade vital da Constituição como sua regulamentação jurídica, mas são também, em parte, desejadas e favorecidas pela própria Constituição”⁸⁶.

[O] conceito de mutação constitucional em sentido material, põe, necessariamente, uma negação a limites à mutação constitucional no sistema constitucional [omitido] nossa análise anterior mostra que o problema da mutação constitucional fundamenta seu significado, precisamente, no fato de que o sistema constitucional não pode desaconselhar uma mutação material”⁸⁷.

As transformações políticas e tecnológicas que ocorrem com o decorrer do tempo alteram a escala e o conteúdo dos valores que norteiam a vida social, campo em que o estado se realiza, por isso são forçosamente refletidas pela constituição. A insuficiência do texto não corresponde à insuficiência da constituição, esta, como regulamentação total da “realidade vital”⁸⁸ do estado abrange todas as normas voltadas a este objetivo.

“Quando se fala em mutação constitucional, quando as normas positivas de uma Constituição escrita já não guardam congruência com a situação real, quando surge uma diferença entre o direito constitucional escrito e o efetivamente válido, então estamos ante uma mutação da Constituição em sentido formal ou mutação de seu texto.

Por outro lado, se fala de mutação constitucional quando na realidade da [vida] estatal se desenvolvem relações jurídicas contrapostas ao sistema – não importa se são determinadas por normas ou se nestas estão somente implicadas significativamente – incorporadas pela

⁸⁶ *Dau-Lin. Mutación... 163.*

⁸⁷ *Dau-Lin. Mutación... 177.*

⁸⁸ *Dau-Lin. Mutación... 161.*

*Constituição. Pode ser um instituto jurídico que não corresponde inteiramente ao sistema indicado na Constituição, podem ser circunstâncias reais que impedem a realização de uma intenção declarada nas normas constitucionais. É indiferente, se esta realidade está em contradição direta com certas normas da Constituição, ou se formalmente nem sequer tem contato com o texto da Constituição: mutação constitucional no sentido material, transformação do sistema ou do seu significado*⁸⁹.

Esses são, para Hsü Dau-Lin, os dois tipos de mutação que se apresentam aos que vivem a constituição. O primeiro, é formal simplesmente porque não ataca o sistema constitucional, apesar de investir contra o texto. O outro, material, corresponde a uma afronta à idealização ordenatória contida na constituição, sendo irrelevante, no caso, a existência de atrito com o seu texto, pois, ainda que não chegue a tangenciá-lo, afetará o substrato à linha ideal que permeia o regulamento da integralidade da vida social⁹⁰.

*“A explicação das duas classes de mutação constitucional é idêntica: apóiam-se na peculiaridade axiológica do direito constitucional; na insuficiência das normas constitucionais frente as necessidades vitais do Estado, na sua normatização elástica, na natureza teleológica do Estado, na auto-garantia da Constituição e na impossibilidade de fiscalizar os órgãos estatais*⁹¹.

Diante dessa distinção, reconhece nas mutações formais as alterações desejadas pela própria constituição como mecanismo de atualização das normas que regulam a vida social. Porque estão de acordo com o sistema constitucionalmente idealizado, é esse o tipo de mutação que materializa a atualização necessária à preservação do estado,

⁸⁹ Dau-Lin. Mutación... 169.

⁹⁰ Dau-Lin. Mutación... 170-174.

⁹¹ Dau-Lin. Mutación... 176.

sem transpassar os limites que põem para a racionalização as coisas que lhe dizem respeito⁹².

As mutações materiais, porém, apesar da violação às barreiras idealizadas pela constituição, não podem ser detidas, pois o sistema cede ante algo maior: a conservação da ordem estatal constituída. Nesse ponto a norma é atropelada pela razão primordial que a justifica: manter o estado. Assim, a necessidade política, como em Jellinek, volta à cena triunfante, demonstrando a supremacia do real⁹³.

Está claro que sob a óptica do positivismo jurídico “realista” do começo do século passado, a mutação constitucional consistia na mais perfeita evidência de que a constituição (norma) nada podia contra os fatos (realidade), o que, levado às últimas conseqüências, tornaria a supremacia e da rigidez constitucional postulados sem qualquer importância.

2.2. A assimilação do controle de constitucionalidade pelo modelo constitucional continental-europeu

O conceito de mutação constitucional se sustentou, inicialmente, sobre a suposta impossibilidade de conter o poder estatal. O quadro de esvaziamento da força normativa da constituição, contudo, deu lugar a um outro bem distinto quando, terminada a última grande guerra, as cortes constitucionais começaram a funcionar na continente europeu⁹⁴.

É certo que antes mesmo já despontava a

⁹² *Dau-Lin. Mutación...* 175-176.

⁹³ *Dau-Lin. Mutación...* 176-177.

⁹⁴ *Favoreu. As Cortes Constitucionais*, 15-18.

aproximação entre o modelo constitucional continental-europeu e o norte americano⁹⁵. Foi o que se passou na Alemanha em 1919 (Weimar), por meio do reconhecimento de uma jurisdição constitucional limitada outorgada ao Tribunal de Justiça do Estado⁹⁶, e também com a instituição do controle abstrato na Áustria em 1920⁹⁷.

Contudo, o controle de constitucionalidade só pôde ser efetivamente estabelecido na Europa continental após do débacle nazista. Por volta da metade do século passado a mudança de postura em face da supremacia constitucional se acentuou de tal forma que a defesa da constituição contra atos do parlamento passou a ser reconhecida até mesmo por países que continuaram a negar a jurisdição constitucional⁹⁸.

A defesa que Kelsen faz do controle judicial abstrato de constitucionalidade perante o Instituto Internacional de Direito Público (1928)⁹⁹ e a resposta de Carl Schmitt (1929-1931)¹⁰⁰ refletem bem a transição pela qual passou o modelo constitucional europeu no período intermediário e posterior às grandes guerras.

No instituto Kelsen explicitou considerações de ordem prática sobre a composição do tribunal constitucional, o seu modo de funcionamento¹⁰¹, o objeto¹⁰² e o parâmetro do

⁹⁵ *Cappelletti*. O Controle... 111 e 120.

⁹⁶ *Mendes*. Jurisdição Constitucional, 8-9

⁹⁷ *Moraes*. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais, 116.

⁹⁸ *Cappelletti*. O Controle... 26-31; *Favoreu*. As Cortes... 93-102.

⁹⁹ *Kelsen*. *A Garantia Jurisdicional da Constituição in* Jurisdição Constitucional, 119.

¹⁰⁰ *Garcia*. *Prologo in La Defensa de la Constitución* 11.

¹⁰¹ *Kelsen*. *A Garantia...* 153-155.

¹⁰² *Kelsen*. *A Garantia...* 155-164.

controle¹⁰³, as conseqüências da anulação da lei inconstitucional¹⁰⁴, o processo e sua iniciativa¹⁰⁵ e o significado da justiça constitucional¹⁰⁶.

Nada disso importa nesse momento, como também não importa adentrar na questão da separação de poderes¹⁰⁷. Realmente relevantes para a compreensão da mencionada mudança são as considerações sobre a soberania parlamentar.

“Costumam-se fazer objeções a esse sistema [jurisdição constitucional]. A primeira, naturalmente, que tal instituição seria incompatível com a soberania do Parlamento. Mas, à parte o fato de que não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular, pois a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal, esse argumento cai por terra pelo simples fato de que é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo, exatamente da mesma maneira como as leis regulam o procedimento dos tribunais e das autoridades administrativas, que a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação, e que, por conseguinte, o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração. Se, ao contrário dessas concepções, se continua a afirmar a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador, é simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição”¹⁰⁸.

¹⁰³ Kelsen. *A Garantia...* 164-170.

¹⁰⁴ Kelsen. *A Garantia...* 170-173.

¹⁰⁵ Kelsen. *A Garantia...* 173-178.

¹⁰⁶ Kelsen. *A Garantia...* 170-186.

¹⁰⁷ Kelsen. *A Garantia...* 151-152.

¹⁰⁸ Kelsen. *A Garantia...* 151.

Pondo nesses termos a questão da soberania parlamentar, Kelsen deixou claro que o modelo constitucional europeu se desprendia dos laços que o ligavam às monarquias constitucionais de que se originou e, mais remotamente, às monarquias absolutistas¹⁰⁹.

A transição evidenciada pela jurisdição constitucional, porém, não se deu sem maiores percalços, encontrando em Carl Schmitt um contundente crítico. Em “La Defensa de la Constitución” Schmitt tenta, primeiramente, desconstruir as evidências de que o Tribunal Supremo já estava a praticar na Alemanha o controle de constitucionalidade tal como a Suprema Corte fazia nos Estados Unidos¹¹⁰.

Para tanto se utiliza de uma distinção entre o “controle material de constitucionalidade”, que, corresponderia à jurisdição constitucional difusa praticada em nosso país, e a “defesa da constituição”, correspondente ao nosso controle concentrado. No primeiro caso, a ordem jurídica não é a destinatária da proteção, pois é o direito individual que está no centro das atenções; no segundo é a própria ordem que se busca assegurar por meio da preservação da sua mais alta norma positivada¹¹¹.

Como Schmitt reconhece que todos podem deixar de aplicar normas que considerem inconstitucionais em situações concretas e que, com isso, a validade destas mesmas normas não sofre qualquer revés, é inviável ter o judiciário por defensor da constituição sem estender esse mesmo título a qualquer um¹¹².

¹⁰⁹ Kelsen. *A Garantia...* 127-128.

¹¹⁰ Schmitt. La Defensa de la Constitución, 43-57.

¹¹¹ Schmitt. La Defensa... 52.

¹¹² Schmitt. La Defensa... 56.

No que toca a defesa da constituição propriamente dita, inadequado seria outorgá-la a qualquer tribunal, pois como nela estão veiculadas as opções políticas, as controvérsias de fundo constitucional seriam verdadeiras controvérsias políticas. A judicialização desse tipo de problema acarretaria conseqüências negativas não só para os órgãos políticos do estado, mas também para o próprio judiciário¹¹³.

Curiosa, porém, é a resposta de Schmitt para o problema. Reconhecendo que o parlamento não poderia assumir a tarefa ante a partidarização das demandas estatais¹¹⁴, remete o controle de constitucionalidade para o Presidente da Alemanha, que toma como figura neutra capaz de arbitrar as controvérsias constitucionais voltado exclusivamente ao interesse da nação¹¹⁵.

“Antes de instituir um Tribunal para questões e conflitos de alta política, como protetor da Constituição, antes de por em perigo a Justiça com essas contaminações políticas, melhor seria recordar, em primeiro lugar, o conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema de preceitos. Segundo o conteúdo efetivo da Constituição de Weimar já existe um protetor da Constituição, a saber: o Presidente do Reich. Tanto sua estabilidade e permanência relativa (omitido) como também o grande número de suas atribuições (omitido) tem por objetivo no campo político, como conseqüência de sua relação imediata com o conjunto do Estado, criar uma instituição neutra que, como tal, seja portadora e garante do sistema constitucional e do funcionamento adequado das instâncias supremas do Reich, instituição que, além disso, se acha dotada, para o caso de necessidade, com atribuições eficazes que o permitam realizar uma defesa ativa da Constituição”¹¹⁶.

¹¹³ Schmitt. La Defensa... 57.

¹¹⁴ Schmitt. La Defensa... 89-91.

¹¹⁵ Schmitt. La Defensa... 213-251.

¹¹⁶ Schmitt. La Defensa... 249-251.

Na solução proposta por Schmitt, Kelsen notou que mais uma vez a doutrina européia estava a facear o muro que não conseguia transpor desde os idos do século XVIII: a resistência em admitir um controle de constitucionalidade efetivo¹¹⁷. Essa resistência, sustentada em preconceitos que antecederam o próprio modelo constitucional então praticado, voltou-se, como era de se esperar, contra a jurisdição constitucional¹¹⁸.

Schmitt não buscou amparo no princípio da soberania parlamentar, mas em algo mais antigo, datado do período em que o absolutismo estava a ceder o seu lugar na teoria política. Trata-se da teoria do poder neutro que, em sua época, procurou impedir o esvaziamento do poder do monarca evitando o surgimento de um mecanismo que servisse, efetivamente, para controlar os seus atos em face da constituição¹¹⁹.

Assim agindo, Schmitt evidenciou a dificuldade na superação de um ponto de vista equivocado que se sustentou durante um longuíssimo período de tempo sobre os mais diversos fundamentos.

A recordação das barbáries nazistas, porém, eliminou esse tipo de resistência, determinando a formação de um controle de constitucionalidade efetivo que, na Alemanha, foi entregue ao Tribunal Constitucional¹²⁰.

¹¹⁷ Kelsen. *Quem Deve Ser o Guardião da Constituição* in *Jurisdição Constitucional* 239-242.

¹¹⁸ Kelsen. *Quem...* 247-248.

¹¹⁹ Kelsen. *Quem...* 240-241

¹²⁰ Mendes. *Jurisdição...* 10-13.

2.3. O reconhecimento da força normativa própria da constituição como pressuposto da revisão hermenêutica do conceito de mutação constitucional

O estabelecimento definitivo da jurisdição constitucional foi o sinal de que a Europa continental havia alcançado a essência da supremacia da constituição. Não à toa o processo de valorização da constituição levado a cabo pela doutrina coincide com a tomada de consciência da indispensabilidade do controle de constitucionalidade.

Foi exatamente nesse o contexto em que amadureceu a teoria pura do direito de Kelsen (1934-1960)¹²¹. Ao notar que os enunciados normativos, enquanto prescrições de um dever, funcionam tão somente no plano da abstração intelectual e que, por isso, não o integram as considerações sobre a realidade sensível, acaba por afirmar a completa independência do jurídico em relação a tudo aquilo que diz respeito ao fático¹²².

Porque o que deve ser não se mistura com o que de fato se passa, a norma jurídica funciona isoladamente em cada um desses planos. Quando o relevante é o resultado fático produzido em decorrência da sua aplicação, a questão se circunscreve à sua eficácia ou ineficácia que, porém, não diz respeito ao direito; a validade é a qualidade que importa à norma jurídica enquanto direito, mas que nada significa para o “mundo dos fatos”¹²³.

A validade é atributo referido exclusivamente às

¹²¹ *Coelho*. Para Entender Kelsen, x-xi

¹²² *Kelsen*. Teoria... 3-4.

¹²³ *Kelsen*. Teoria... 226-232.

normas reciprocamente consideradas. Cada uma delas retira de outra sua validade, em uma cadeia que se encerra em pressuposto que chama de norma fundamental. O fundamento absoluto da validade encontra-se no mesmo plano das normas, ou seja, é puramente lógico, de modo que o direito, em Kelsen, está apoiado sobre si mesmo, prescindindo de qualquer referencial externo para existir como tal¹²⁴.

É direito tudo aquilo que encontra sua base na norma fundamental, mas como esta não passa à realidade, sua validade não pode ser empiricamente verificada, mas tão só pressuposta. A norma fundamental, que pode conter qualquer tipo de orientação, é a que se pressupõe válida e que, por isso, é efetivamente observada pela sociedade. Eis que a realidade entra como a única possibilidade de determinar a validade do sistema normativo, mas encerra-se aí, na questão da legitimidade, a sua relevância para o direito de Kelsen¹²⁵.

“Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada. A norma fundamental não é, portanto, um produto de uma descoberta livre. A sua pressuposição não se opera arbitrariamente, no sentido de que temos a possibilidade de escolha entre diferentes normas fundamentais quando interpretamos o sentido subjetivo de um ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objetivo, quer dizer: como normas jurídicas objetivamente válidas. Somente quando pressupomos essa norma fundamental referida a uma

¹²⁴ Kelsen. Teoria... 207-214.

¹²⁵ Kelsen. Teoria... 214-226.

Constituição inteiramente determinada, quer dizer, somente quando pressupomos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objetivo, quer dizer, como normas jurídicas objetivamente válidas, e as relações constituídas através dessas normas como relações jurídicas.

Aqui permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica do Estado erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se essa ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não se afirma qualquer valor transcendente ao Direito positivo”¹²⁶.

Posta uma constituição válida, é nela que as demais normas encontram o razão que as faz valer, mas a verificação dessa validade pode se dar com diferentes graus de vinculação. Por vezes as normas infraconstitucionais têm na constituição apenas a previsão do órgão que está autorizado a pô-las; por outras, não só a competência está fixada, mas também o seu conteúdo¹²⁷. Qualquer que seja o caso, o respeito à constituição impõe-se como condição de validade das normas, daí a possibilidade e a necessidade da jurisdição constitucional¹²⁸.

É lícito supor que, ao transcender o direito para o plano da abstração absoluta, Kelsen pretendia desmontar o positivismo anterior à teoria pura, que, pautando-se por pressupostos sociológicos ou psicológicos, reduziu o direito a nada. Contudo, ainda que tal meta tenha sido alcançada com

¹²⁶ Kelsen. Teoria... 214.

¹²⁷ Kelsen. Teoria... 240-242.

¹²⁸ Kelsen. Teoria... 287-292.

maestria, o resultado final da equação (o esvaziamento da força normativa) não foi modificado.

Uma constituição que não participa da realidade não pode ser verdadeiramente considerada como uma norma, ainda que plenamente válida no plano abstrato do “dever ser”. Portanto é mais do que pertinente a crítica formulada por Hesse ao perceber na teoria pura um instrumento apto a conduzir exclusivamente ao mesmo lugar que o realismo político.

Por isso Hesse se recusa a tratar a constituição sob qualquer daqueles enfoques extremos¹²⁹. Rompendo o isolamento imposto à constituição tanto por Lassale quanto por Kelsen, propugna por uma teoria que leve em conta a norma em seu horizonte, pois considera indispensável uma aproximação ao contexto constitucional para a adequada compreensão da força determinante própria do direito constitucional¹³⁰.

*“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua **vigência**, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia nem determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influencia, decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.*”

¹²⁹ Hesse. A Força... 14.

¹³⁰ Hesse. A Força... 11-12

“Mas [–] esse aspecto afigura-se decisivo[,] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”¹³¹.

Situar a pretensão de eficácia (abstrata) em relação ao real (concreto) sem confundi-la com a própria eficácia é o avanço que Hesse consegue realizar em relação a Kelsen, afinal, quando nega a possibilidade do jurídico transcender o espaço e o tempo, mantém a constituição – em seu aspecto normativo – como parte da realidade, dotando-a, finalmente, da importância que há muito lhe era negada pela doutrina européia.

Hesse facilita a compreensão da constituição como componente do grande cenário em que se realiza a experiência humana, componente esse que tem por função conformar o desenvolvimento da experiência futura com base em opções tomadas antecipadamente, sem deixar jamais de ajustar essa pretensão ao contexto histórico que encontra ao longo de sua existência.

A força normativa da constituição, condicionante histórica e condicionada pela história, é a medida da realização

¹³¹ Hesse. A Força... 15.

da pretensão de eficácia do texto constitucional. Quanto maior é a força normativa, maior a eficácia da constituição, e vice-versa. Sendo assim, para que a pretensão de eficácia se realize o mais plenamente possível, é necessário dosar adequadamente a ambição constitucional de determinar os rumos da sociedade¹³².

“Se não quiser permanecer ‘eternamente estéril’, a Constituição – entendida aqui como a ‘Constituição jurídica’ – não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar ‘forma e modificação’ à realidade; onde inexiste força a ser despertada – força essa que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhe direção; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se”¹³³.

É na natureza das próprias coisas que a constituição encontra não só o impulso inicial para sua atividade prescritiva de transformação ou de manutenção da realidade, mas também é nela que sua força normativa encontra limites intransponíveis.

Quanto mais próxima a correspondência entre o conteúdo constitucional e a natureza singular do presente, maior a chance de sua realização da sua pretensão prescritiva, pois assim torna-se mais fácil para os indivíduos que compõem a sociedade voltarem-se para a efetivação dos preceitos constitucionais, formando a vontade de concretizar a

¹³² Hesse. A Força... 15-16.

¹³³ Hesse. A Força... 18.

constituição, ou simplesmente a “vontade de constituição”¹³⁴.

Portanto, mostra-se indispensável que a compreensão do texto constitucional seja capaz de acompanhar a mudança das suas condicionantes históricas, de forma a manter viva a “vontade de constituição” e de nunca se divorciar da possibilidade de realizar a sua pretensão normativa¹³⁵. É sobre esse pressuposto que se assenta a revisão da noção de mutação constitucional.

2.4. A mutação constitucional como uma questão hermenêutica

Que a mutação constitucional tem fundo hermenêutico – mesmo que apenas parcial – não há dúvida alguma, afinal tanto em Jellinek¹³⁶ quanto em Hsü Dau-Lin¹³⁷ a interpretação integra as formulações da doutrina destinadas à explicação da mudança na forma de compreender o texto da constituição.

É verdade que não só a interpretação sustentou a noção em suas formulações, afinal a prática política desvinculada da constituição também era considerada instrumento apto a produzir mutações constitucionais.

Contudo, após a aceitação do controle de constitucionalidade, toda a prática administrativa e toda a legislação passou a estar sempre referida à constituição. O

¹³⁴ Hesse. *A Força...* 19.

¹³⁵ Hesse. *A Força...* 20-23.

¹³⁶ Jellinek. *Reforma...* 26-27.

¹³⁷ Dau-Lin. *Mutación...* 31.

controle, portanto, tornou explícito o que a doutrina positivista alemã do começo do século passado apenas sugerira parcialmente: a qualidade hermenêutica da mutação constitucional.

Em Kelsen a natureza hermenêutica da mutação ganhou ainda mais relevo, afinal, nos termos da teoria pura, sendo a constituição a norma posta mais genérica¹³⁸, há de oferecer apenas uma moldura passível de ser preenchida por qualquer solução que nela encontre o seu fundamento de validade¹³⁹, de forma que sempre existirá espaço para a alguma variação no momento em que o estiver a ser aplicada.

Ainda que o intérprete tenha sempre que se pautar pelo mesmo texto, a pluralidade de significações ligadas a valores distintos admite que a concretização da constituição não se dê sempre da mesma maneira. Esta, a razão dos conflitos entre normas postas em diferentes ocasiões¹⁴⁰ e, também, da variação na aplicação.

Dentro do espaço normativo constitucional as autoridades encarregadas de concretizar os preceitos da constituição decidem livremente como desempenharão essa tarefa nos limites suportados pelo texto. A opção por determinados valores em detrimento de outros tantos, porém, pode levar a contradições¹⁴¹.

Ocorre que, na teoria pura, as contradições axiológicas não implicam em desrespeito às disposições constitucionais se o resultado da aplicação passar à margem das opções determinadas pelo conteúdo material da

¹³⁸ Kelsen. Teoria... 252-254.

¹³⁹ Kelsen. Teoria... 364-367.

¹⁴⁰ Kelsen. Teoria... 363-371.

¹⁴¹ Kelsen. Teoria... 252-254.

constituição, afinal a opção por este ou aquele valor não tem significado jurídico por ser um dado da realidade.

A divergência sobre valores é assimilada pela estrutura dinâmica do direito e, embora indesejável, não compromete a ordem constitucional positivista, até porque, a existência de um conjunto de regras aptas a impedir a vigência concomitante de disposições conflitantes garante a eliminação das contradições puramente normativas¹⁴².

Embates políticos, conflitos ideológicos, escolha entre princípios, tudo isso faz parte do processo de formação da norma, logo por ela é internalizado. Para o positivismo jurídico da teoria pura de Kelsen, que tem por objeto exclusivamente o resultado normativo, nada disso importa.

Sendo assim, a mutação constitucional não poderia ser propriamente qualificada como uma questão jurídica, pois decorrendo a mudança de divergência fática entre as opções políticas, econômicas ou morais exigidas para a aplicação da norma constitucional, sua análise nada contribuiria para a compreensão do direito nos termos restritivos da na teoria pura¹⁴³.

Contudo, como não há consciência humana apartada da história, mesmo a mais pura abstração racional não está livre da tradição em que foi concebida. A interpretação das normas constitucionais demanda a sua contextualização na realidade, por isso é necessário recorrer novamente a Hesse para avançar no conhecimento da mutação constitucional.

“O significado da ordenação jurídica na realidade e em

¹⁴² Kelsen. Teoria... 220-223.

¹⁴³ Dau-Lin. Mutación... 148.

face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma ‘está em vigor’ ou ‘está derogada’; [não] há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica”¹⁴⁴.

Ninguém que pretenda aplicar a constituição será capaz de realizar essa tarefa sem levar em conta o contexto histórico em que a mesma se faz presente, afinal, não é verdadeira a segregação entre norma e realidade afirmada pelo positivismo. Muito pelo contrário, como notou Hesse, ambas se condicionam reciprocamente¹⁴⁵.

A aplicação da constituição pelo intérprete só é possível porque ambos existem na mesma realidade, compartilhando uma tradição comum. É absolutamente irrealizável a crença positivista na necessidade de concretizar a constituição considerando apenas a normatividade do seu texto, pois simplesmente não há como fugir da realidade presente.

“Mudanças de interpretação, é de se registrar, não decorrem de nenhum preciosismo hermenêutico, antes resultam do caráter nomogenético dos fatos sociais, como fatores determinantes da criação e da regeneração dos modelos jurídicos – sejam eles legislativos ou costumeiros, negociais ou jurisdicionais – a compasso de sempre renovadas exigências

¹⁴⁴ Hesse. A Força... 13.

¹⁴⁵ Neto *et al.* O Direito e a Vida Social.

*axiológicas*¹⁴⁶.

Mesmo que não se perceba, a tradição comum é o que possibilita a realização da constituição, pois está nela o ponto de contato indispensável em qualquer processo voltado à compreensão de textos históricos. Uma norma que não integra a tradição do intérprete dificilmente será por ele compreendida em razão da ausência de uma comunidade significativa.

É a tradição que traz ao presente o conhecimento constitucional que, previamente acumulado pela vivência da constituição, fornece ao intérprete os meios necessários à abordagem do texto. Sem a pré-compreensão do que está a dizer a constituição não é possível ao intérprete sequer iniciar a tarefa de realizar o comando que ela contém¹⁴⁷.

Obviamente, não está o intérprete preso à pré-compreensão do texto abordado. Muito pelo contrário, se no decorrer da análise verifica que cometeu um equívoco, deve reorientar suas formulações de modo a aplicar corretamente o texto constitucional. Ao fazê-lo – ou mesmo que não o faça por acreditar na correção da compreensão preliminar – algo de novo acrescentou à tradição que, a partir daquele momento foi alargada pela experiência recém-vivenciada¹⁴⁸.

Nesse processo contínuo de confirmação e revisão da tradição, expande-se com a vivência da constituição as bases da pré-compreensão do seu texto¹⁴⁹. Logo, tal como ninguém se banha duas vezes no mesmo rio, seja porque o rio já não é o mesmo, seja porque o indivíduo já não é o mesmo, a constituição é sempre outra após cada nova aplicação que

¹⁴⁶ *Coelho*. Interpretação Constitucional, 41.

¹⁴⁷ *Coelho*. Interpretação... 25.

¹⁴⁸ *Gadamer*. Verdade e Método, 354-361.

¹⁴⁹ *Coelho*. Interpretação... 41.

experimenta.

A mutação, portanto, é inerente ao interminável processo que materializa o desenvolvimento da compreensão do texto constitucional, decorrendo diretamente da atualização determinada pela contextualização da constituição no momento em que deve se dar a sua aplicação¹⁵⁰. Sempre que a espiral hermenêutica constitucional sofrer dois cortes em pontos distintos, poderá ser observada alguma variação na compreensão – mesmo que não muito relevante – entre os momentos históricos que constituem suas extremidades. Eis porque a mutação é o próprio resultado da concretização contextual da constituição ao longo de sua existência.

*“A concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização são, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da ‘realidade’, que essa norma está determinada a ordenar. As particularidades, muitas vezes, já moldadas juridicamente, dessas condições formam o ‘âmbito da norma’ que, da totalidade das realidades, afetadas por uma prescrição, do mundo social, é destacado pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o ‘programa da norma’, como parte integrante do tipo normativo. Como essas particularidades, e com elas, o ‘âmbito da norma’, estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o ‘programa da norma’) fique idêntico. Disso resulta uma **‘mutação constitucional’** permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente e, por causa disso, raramente fica clara”¹⁵¹.*

Sendo assim, a abordagem à mutação dá-se de uma nova perspectiva, já que não mais é tratada como um

¹⁵⁰ Coelho. Interpretação... 43-49.

¹⁵¹ Hesse. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, 50-51.

problema fático decorrente da desvalorização da norma jurídica, provocada pela força da realidade. Sob o ponto de vista hermenêutico, a mutação constitucional é o resultado natural da acumulação da experiência de aplicação da constituição ao longo do tempo de sua vigência.

Por isso Hesse pode afirmar que a mutação constitucional “não afeta o texto como tal – esse fica inalterado – senão a concretização do conteúdo das normas constitucionais; esta pôde, nomeadamente em vista da amplitude e abertura de muitas determinações constitucionais, sob pressupostos alterados, conduzir a resultados diferentes”¹⁵²

.

¹⁵² *Hesse. Elementos...* 46.

II. A COISA JULGADA NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

1. A COISA JULGADA CONSTITUCIONAL

A coisa julgada é a qualidade própria da sentença que não mais pode ser impugnada por algum mecanismo processual¹⁵³.

Segundo Elival da Silva Ramos, a coisa julgada – ao lado do direito adquirido e do ato jurídico perfeito – serve à segurança jurídica¹⁵⁴ impedindo a retroatividade e a retrospectividade das normas nas situações por ela acobertadas¹⁵⁵, mas não é essa a característica que interessa ao desenvolvimento da dissertação. Aqui, relevante é tão-somente a ligação entre a coisa julgada e o aspecto prático da jurisdição.

São dois os níveis em que a coisa julgada pode se estabelecer: o formal e o material. A coisa julgada formal dá-se sempre que um processo chega ao fim e faz imutável o disposto na decisão que pôs termo à atividade jurisdicional¹⁵⁶. Trata-se, como é evidente, de uma conseqüência absolutamente necessária da conclusão do processo, pois se não há meios de impugnação, não há como mudar a decisão que formalmente transitou em julgado.

A coisa julgada material, que tem como pressuposto a formal, é o atributo especial que a ordem jurídica adere à decisão judicial que, não sendo mais

¹⁵³ *Cintra, Grinover e Dinamarco. Teoria Geral do Processo, 309-310.*

¹⁵⁴ *Ramos. A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro, 144-156.*

¹⁵⁵ *Ramos. A Proteção... 156-166.*

¹⁵⁶ *Cintra, Grinover e Dinamarco. Teoria... 309-310.*

impugnável, atingiu o mérito da questão posta em julgamento. Ela representa mais do que um simples consectário lógico do encerramento do processo, pois faz imutável o dispositivo da decisão, vedando a rediscussão da controvérsia no âmbito do judiciário¹⁵⁷.

*“Para que a preliminar [de coisa julgada] seja fundada, é imprescindível, naturalmente, que sentença (lato sensu) anteriormente transitada em julgado, haja decidido a mesma lide. A sentença terá apreciado o meritum causae, acolhendo ou rejeitando o(s) pedido(s) formulado(s) ([Código de Processo Civil] art. 459, princípio). Designa-se tal fenômeno, em linguagem técnica, dizendo que se formou a coisa julgada **material**, por oposição à coisa julgada **formal**, que se constitui quando a sentença põe termo ao processo **sem** pronunciar-se sobre o mérito. Ambas acarretam a imutabilidade do decisum, mas com uma notória diferença: enquanto na coisa julgada formal o conteúdo da sentença só se torna imutável **dentro do feito em que proferida**, na coisa julgada material ele se torna imutável **em qualquer processo**. Isso explica que, se noutro feito se vem porventura a reapresentar para julgamento a mesma lide, a atitude do juiz não pode ser outra senão a de recusar-se a fazer o que se lhe pede. Não é que ele fique adstrito a proferir nova sentença de igual conteúdo: fica adstrito, sim, a **abster-se** de proferir nova sentença de qualquer conteúdo acerca da lide”¹⁵⁸.*

A coisa julgada, porém, não impede que a norma aplicada na solução da controvérsia seja reinterpreta posteriorment, pois a imutabilidade da sentença alcança apenas o seu dispositivo, deixando de fora a sua fundamentação¹⁵⁹.

“Importa bem demarcar o território dentro do qual procederá a preliminar de coisa julgada. Alude o texto do

¹⁵⁷ Cintra, Grinover e Dinamarco. Teoria... 310.

¹⁵⁸ Moreira. Direito Aplicado II, 443-444.

¹⁵⁹ Moreira. Direito... 447.

[Código de Processo Civil] art. 301, § 3º, a ‘ação (...) já decidida por sentença, de que não caiba recurso’. Tal sentença naturalmente se compõe dos elementos arrolados no [Código de Processo Civil] art. 458: relatório motivação ou fundamentação e dispositivo ou conclusão. Cumpre averiguar se o supracitado parágrafo se refere a **tudo** quanto nela se contenha, ou apenas a **parte** dela.

“Formular essa indagação é pôr o problema dos limites objetivos da res iudicata. A solução encontra-se, absolutamente cristalina, embora em termos negativos, no [Código de Processo Civil] art. 469: nele se explicita o que é que, na sentença, **não** fica coberto pela autoridade da coisa julgada, o que permanece fora daqueles limites. Sendo óbvio que não haveria como cogitar, aí, do relatório – parte de índole puramente expositiva –, cuida a lei de excluir expressis verbis três componentes da sentença: I – ‘os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva (...)’; II – ‘a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença’; III – ‘a apreciação da questão preliminar, decidida incidentalmente no processo’ (Acerca deste último inciso, não é o caso de tratar aqui da ressalva constante do [Código de Processo Civil] art. 470, totalmente estranho à espécie sob análise).

“É manifestamente redundante, cabe registrar, a redação do art. 469. Os três componentes, a rigor, subsumem-se num único: a motivação ou fundamentação. Com efeito, ‘a verdade dos fatos’ – segundo, aliás, ressalta da própria continuação do texto – nada mais é do que um ‘fundamento’ da sentença. E o mesmo se dirá da ‘apreciação da questão prejudicial’ a que o juiz haja procedido incidentaliter tantum. Em suma: o que recebe o selo da imutabilidade, típico da res iudicata, é apenas o dispositivo ou a conclusão. A ele se circunscrevem os limites objetivos da coisa julgada. Tudo mais fica de fora, inclusive – convém enfatizar – aquilo que, na motivação, seja importante ‘para determinar o alcance da parte dispositiva’: uma vez determinado esse alcance totlittur quaestio”¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Moreira. Direito... 446-447.

Dessa forma, mesmo tornada intangível a decisão¹⁶¹, não se nega com a coisa julgada a possibilidade de mudanças na interpretação do direito, uma vez que, alterada a perspectiva do aplicador em decorrência das novas experiências vivenciadas no curso da história, poderá advir uma solução diversa para um caso concreto equivalente, sem qualquer afronta àquela decisão já transitada em julgado.

A coisa julgada no controle de constitucionalidade concreto não impede a continuidade do interminável processo de compreensão da constituição, portanto não coloca em risco a preservação do texto constitucional no fluxo dinâmico da história.

Por essa mesma razão, não há como se falar propriamente em coisa julgada constitucional no controle concreto de constitucionalidade, pois se os fundamentos da decisão não são por ela protegidos, a interpretação que o tribunal faz da constituição não se torna imutável.

A coisa julgada constitucional só pôde existir efetivamente quando o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade passou a admitir a verificação da adequação, em tese, da lei à constituição, voltando-se também para a defesa do próprio fundamento positivo da ordem jurídica.

No momento em que se permitiu ao Supremo Tribunal declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de determinada norma sem ter que considerá-la em relação a um caso concreto, a coisa julgada resultante do processo tornaria imutável a interpretação constitucional levada à efeito no processo.

¹⁶¹ *Moreira. Direito... 452.*

É evidente que isso acarretaria alguns problemas para a aplicação da constituição após o trânsito em julgado da decisão abstrata, pois a imutabilidade do seu dispositivo, se tomada à ferro e fogo, impediria a indispensável atualização do texto constitucional.

A doutrina, porém, soube diferenciar a coisa julgada constitucional daquela que não torna intangível a afirmação sobre a constitucionalidade de uma lei, para, flexibilizando a primeira, conciliar o aspecto prático da jurisdição – que exige o encerramento dos feitos judiciais – com o infinito processo de compreensão da constituição.

2. A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E A COISA JULGADA CONSTITUCIONAL

Antes de mais nada, é necessário verificar se de fato o acórdão em controle abstrato de constitucionalidade pode ser coberto pela coisa julgada. No que toca à coisa julgada formal, não há como ter dúvidas, pois o simples fato da ação

direta ou da ação declaratória chegar a um termo implica na imutabilidade da decisão final daquele processo.

Quanto à coisa julgada material, poder-se-ia questionar sobre a compatibilidade da imutabilidade do acórdão com a natureza legislativa¹⁶² da decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei. Assim como não se admite que a edição de uma norma impeça que, no futuro, uma outra, antinômica àquela primeira, seja aprovada pelo mesmo parlamento, não seria absurdo cogitar da simples inexistência da coisa julgada material no controle abstrato de constitucionalidade.

A um raciocínio nessa direção, porém, seria desde logo oponível a simples mecânica da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, pois quando o Supremo Tribunal declara qualquer norma inconstitucional, esta é expurgada do ordenamento. Portanto, como o próprio objeto da declaração de inconstitucionalidade deixa de existir após a publicação do acórdão, não há meios de repetir a demanda¹⁶³.

“No que se refere a essas últimas – ou seja, a que julga procedente a ação direta de inconstitucionalidade e a que julga improcedente a ação declaratória de constitucionalidade –, parece evidente a inviabilidade de renovação da demanda. Com efeito, se a lei é inconstitucional por ofensa a qualquer dispositivo da Constituição, ela permanecerá inconstitucional e, portanto, nula, mesmo que possa ser compatível com todos os demais dispositivos constitucionais. Não haverá interesse jurídico ou prático algum, nesses casos, em formular ação declaratória”¹⁶⁴.

¹⁶² Lourenço. Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF, 23.

¹⁶³ Zavascki. Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional, 103.

¹⁶⁴ Zavascki. Eficácia... 105.

No que diz respeito à declaração de constitucionalidade, a questão, embora tão simples quanto à anterior, não se resolve com a lógica de funcionamento da própria ação, sendo necessário recorrer à sistemática da jurisdição. Muito embora Luís Roberto Barroso afirme o contrário¹⁶⁵, como o ordenamento atribui a qualidade da imutabilidade a toda decisão judicial que termina o processo resolvendo o mérito da controvérsia, é certo que acórdão que declara a constitucionalidade também faz coisa julgada material.

Por isso Teori Albino Zavascki afirma expressamente que “[as] sentenças de mérito proferidas em ações de controle abstrato de constitucionalidade das normas fazem coisa julgada formal e material, isto é, tornam-se imutáveis e indiscutíveis, não só no próprio processo, como em qualquer outro”¹⁶⁶.

Contudo, é exatamente no ponto em que se afirma a imutabilidade da declaração de constitucionalidade que reside a problemática própria da coisa julgada constitucional. Tanto é assim que é justamente por conta da inviabilidade da proibição do Supremo Tribunal rever a declaração da constitucionalidade de lei que Luís Roberto Barroso se nega a reconhecer a intangibilidade material da decisão que afirma a validade da norma¹⁶⁷.

A exclusão da norma pela declaração de sua inconstitucionalidade não impede que o legislativo decida reeditar em um momento posterior o conteúdo daquela lei afirmada incompatível com a constituição, permitindo assim

¹⁶⁵ Barroso. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 153.

¹⁶⁶ Zavascki. Eficácia... 103.

¹⁶⁷ Barroso. O Controle... 152-153.

que o tribunal reveja o seu posicionamento anterior se tiver que se confrontar novamente com o assunto.

Na declaração de constitucionalidade, porém, a coisa julgada seria capaz de impedir que o tribunal voltasse a reavaliar a adequação da norma afirmada constitucional em uma ocasião futura¹⁶⁸, pois se o legislativo não a tangesse de forma alguma, não poderia o judiciário fazê-lo por força da imutabilidade de sua própria decisão.

*“Ocorre que, em nosso sistema, também estão cobertas pela coisa julgada as sentenças de mérito que declaram a **constitucionalidade** da norma, ou seja, as de improcedência na ação direta de inconstitucionalidade e as de procedência na ação declaratória. Delas decorre, conseqüentemente, a afirmação da **validade** do preceito normativo e, portanto, a sua permanência e a sua força impositiva no ordenamento jurídico. Embora tenham também eficácia retroativa, é inegável a evidente vocação prospectiva dessas sentenças, que fazem juízo sobre norma habilitada a propagar efeitos futuros. Daí a relevância do exame das condições a que se sujeita a sua imutabilidade e dos limites da sua eficácia temporal. Descartado o cabimento da ação rescisória, subsistem, mesmo assim, duas vertentes de questionamentos. Uma, ligada ainda a fatos anteriores à sentença: declarada a constitucionalidade da norma, seria admissível novo pedido de declaração de inconstitucionalidade à luz de fundamentos diversos dos invocados no julgamento anterior? A outra diz respeito a eventos supervenientes: sobrevindo alteração do estado de fato ou de direito, com reflexos na vigência ou na própria constitucionalidade da norma validade pela sentença, como desfazer a força vinculativa da coisa julgada?*

“Tais questionamentos, estranhos aos sistemas jurídicos que não conhecem a ação declaratória de constitucionalidade de norma em abstrato e que não reconhecem a imutabilidade das sentenças que rejeitam a argüição de inconstitucionalidade, são indubitavelmente relevantes à

¹⁶⁸ Zavascki. Eficácia... 104.

*jurisdição constitucional brasileira*¹⁶⁹.

Ao primeiro dos questionamentos que levanta, qual seja: se é possível intentar nova demanda fundada apenas em considerações diversas das que foram empregadas para a declaração de constitucionalidade, Teori Zavascki dá resposta negativa, invocando a jurisprudência do Supremo Tribunal.

Diz ele que, como o tribunal não está adstrito às razões da inicial, a declaração de constitucionalidade da lei corresponde ao reconhecimento de que a norma levada ao exame do tribunal é compatível não apenas com os dispositivos constitucionais apontados pelo autor da demanda, mas com a constituição como um todo¹⁷⁰.

“Em nosso entender, a repetição do pedido, por qualquer dos modos aventados, atenta contra a coisa julgada. Com efeito, segundo orientação assentada em vários precedentes no STF, ‘é da jurisprudência do Plenário o entendimento de que na Ação Direta de Inconstitucionalidade, seu julgamento independe da causa petendi formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, argüição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas daqueles focalizados pelo autor’. Realmente o fenômeno da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de um preceito normativo, embora demande, para sua averiguação, o exame da realidade social, é fundado, invariavelmente, numa relação de referência entre a norma infraconstitucional questionada e a ordem constitucional superior que lhe dá suporte de validade. A indicação específica, pelo demandante, do dispositivo constitucional que supõe violado não representa a estratificação da causa de pedir, nem inibe a cognição do Supremo Tribunal Federal, que leva em conta o conjunto das normas constitucionais. Em outras palavras: a causa de pedir

¹⁶⁹ Zavascki. Eficácia... 104.

¹⁷⁰ Zavascki. Eficácia... 106-107.

não é a ofensa a este ou àquele artigo da Constituição, mas a Constituição em seu todo, cabendo a Corte, como é do seu dever, apreciar o pedido (que é sempre o da declaração de inconstitucionalidade) à luz de todo o ordenamento constitucional, tudo sob as luzes do princípio do juria novit cúria”¹⁷¹.

Assim, após demonstrar com precisão que a identidade nas demandas constitucionais se define exclusivamente pelo pedido – já que não há partes e a causa de pedir é sempre a mesma: a incompatibilidade da norma e da constituição¹⁷² – acaba por afirmar a imutabilidade da declaração de constitucionalidade na hipótese.

Teori Zavascki sustenta o seu raciocínio com a ajuda de um preceito processual civil, pois o art. 447 do Código de Processo Civil exclui a possibilidade de se repetir uma mesma demanda com base em argumentos que poderiam ter sido levantados durante o processo¹⁷³.

*“Em suma: declarada a procedência ou a improcedência da ação declaratória de constitucionalidade ou da ação direta de inconstitucionalidade, haverá coisa julgada material insuscetível de ser modificada mediante nova ação, ainda que com outro fundamento legal. Aplica-se à hipótese o princípio segundo o qual a coisa julgada opera a preclusão do deduzido e do dedutível, que inspirou o art. 474 do CPC: ‘passada em julgado a sentença de mérito, reputa-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”*¹⁷⁴.

Contudo, para Teori Zavascki uma mudança superveniente do estado de fato que circunscreve a decisão

¹⁷¹ Zavascki. Eficácia... 106.

¹⁷² Zavascki. Eficácia... 107.

¹⁷³ Zavascki. Eficácia... 107.

¹⁷⁴ Zavascki. Eficácia... 107.

poderá ensejar a revisão do julgado por meio da propositura de uma nova demanda¹⁷⁵.

“A norma, nascida validamente, pode se tornar incompatível com a Constituição em razão de supervenientes modificações no estado de fato. Realmente, conforme observou Enterría, no seu ardor espanhol, resumindo doutrina corrente, ‘las Constituciones no son reglas abstractas e descarnadas, sino derecho vivo, incardinado en la sangre, en las creencias y en los intereses del pueblo, instrumentos por ello viventes e evolutivos’. Sendo assim, é acertado afirmar, repetindo Honrad Hesse, que se o direito, e sobretudo a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudança na interpretação da Constituição’. Isso significa dizer que a relação de harmonia entre a norma constitucional e as normas ordinárias poderá ficar comprometida por fatos sobrevindos, que alterem a realidade social. Esta a razão, aliás, a determinar que o diagnóstico da constitucionalidade dos preceitos normativos não fique imune à verificação do contexto social em que opera, contexto esse para o qual o intérprete terá de dar a maior atenção. ‘Em verdade’, escreveu Gilmar Ferreira Mendes, ‘há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e aplicação da lei como elemento trivial da metodologia jurídica’, e isso vale para a interpretação e a aplicação constitucional. Não é de se estranhar, assim, a ocorrência do fenômeno da inconstitucionalidade superveniente, acima referido: uma norma nascida em harmonia com a Constituição pode tornar-se com ela incompatível em face de substanciais mudanças da

¹⁷⁵ Zavascki. Eficácia... 113-115 e 118.

*realidade social em que atua*¹⁷⁶.

Além de Teori Zavascki, a possibilidade de reexame de uma declaração de constitucionalidade já transitada em julgado também é defendida por Gilmar Ferreira Mendes¹⁷⁷ e por Luis Roberto Barroso¹⁷⁸ – muito embora, no caso deste último, sob a negativa de caráter material à coisa julgada na declaração de constitucionalidade – que, cada um a seu tempo, enumeram muitos outros autores, em sua maioria alemães, que defendem o mesmo ponto de vista.

Essa posição, por sua vez, também se sustenta na própria doutrina processual civil que, fiel a lição de Liebman, admite que a sentença prospectiva, ou seja, a decisão capaz de irradiar efeitos para o futuro, mantém-se válida enquanto perdurarem as condições fáticas que a determinaram¹⁷⁹. Trata-se, portanto, do resgate da cláusula rebus sic standibus.

*"De certo modo, todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula rebus sic stantibus (Savigny, Sistema, trad. it, VI, p. 378), enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença (...). O que há de diverso nestes casos – refere-se às chamadas sentenças determinativas ou dispositivas – não é a rigidez menor da coisa julgada, mas a natureza da relação jurídica, que continua a viver no tempo com conteúdo ou medida determinados por elementos essencialmente variáveis, de maneira que os fatos que sobrevenham podem influir nela, não só no sentido de extingüi-la, fazendo, por isso, extingüir o valor da sentença, mas também no sentido de exigir mudança na determinação dela, feita anteriormente*¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Zavascki. Eficácia... 113-114.

¹⁷⁷ Mendes. Jurisdição... 295.

¹⁷⁸ Barroso. O Controle... 186-187.

¹⁷⁹ Zavascki. Eficácia... 107-108; Mendes. Jurisdição... 295.

Contudo, ao contrário do que Teori Zavascki dá a entender¹⁸¹, não há como exigir essa mesma superveniência no caso de uma mudança na compreensão da constituição determinada pela evolução da teoria jurídica. Condicionar a possibilidade de utilização de um argumento doutrinário à mudança nas relações fáticas impediria o tribunal de declarar a inconstitucionalidade de uma norma já declarada constitucional com base, exclusivamente, na substituição da interpretação que fazia da constituição.

A mudança do estado de fato e a mudança na consciência jurídica não se equivalem nem se relacionam de uma única forma. Alterações nas circunstâncias sociais, por exemplo, não implicam, obrigatoriamente, na modificação da forma como o tribunal compreende a constituição. Do mesmo modo, alterações na teoria jurídica nem sempre advém da dinâmica social.

Sendo assim, percebe-se claramente que a interpretação que se faz da constituição pode variar independentemente da ocorrência de modificações sensíveis nas circunstâncias fáticas e vice-versa. Logo, a ser considerada acertada a exigência de mudança fática para a viabilidade da revisão de uma declaração de constitucionalidade, estar-se-ia incompatibilizando de maneira absoluta a jurisdição e a mutação constitucional produzida em um cenário em que o estado de coisas permanece virtualmente inalterado.

“Se se considera que o direito e a própria Constituição estão sujeitos à mutação e, portanto, que uma lei declarada constitucional pode vir a tornar-se inconstitucional, tem-se de admitir a possibilidade de a questão já decidida ser submetida novamente à Corte Constitucional [alemã]. Se se pretendesse

¹⁸⁰ Liebman apud Mendes. Jurisdição... 295, nota 139.

¹⁸¹ Zavascki. Eficácia... 107 e 118, nota 20.

excluir tal possibilidade, ter-se-ia a exclusão dessas situações, sobretudo das leis que tiveram sua constitucionalidade reconhecida pela Corte Constitucional, do processo de desenvolvimento constitucional, ficando elas congeladas no estágio do parâmetro de controle à época da aferição. O objetivo deve ser uma ordem jurídica que corresponda ao respectivo estágio do direito constitucional e não uma ordem formada por diferentes níveis de desenvolvimento, de acordo com o acaso da eventual aferição de legitimidade da norma em face de parâmetros constitucionais diversos. Embora tais situações não possam ser eliminadas faticamente, é certo que a ordem processual-constitucional deve procurar evitar o surgimento dessas distorções.

“A aferição da constitucionalidade de uma lei que teve a sua legitimidade reconhecida deve ser admitida com o fundamento de que a lei se tornou inconstitucional após a decisão da Corte (...) Embora não se compatibilize com a doutrina geral da coisa julgada, essa orientação sobre os limites da coisa julgada no âmbito das decisões da Corte Constitucional é amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência [alemãs]. Não se controverte, pois, sobre a necessidade de que se considere eventual mudança das ‘relações fáticas’. Nossos conhecimentos sobre o processo de mutação constitucional exigem, igualmente, que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional (Verfassungsverständnis)”¹⁸².

Há que se reconhecer, portanto, a possibilidade de ser excepcionada a coisa julgada constitucional que torna imutável declaração de constitucionalidade para viabilizar o processamento de demanda que, opondo-se à decisão anterior, busque a declaração de inconstitucionalidade da norma já reputada válida, mesmo que as circunstâncias fáticas tenham permanecido essencialmente as mesmas.

“O Tribunal Constitucional declarou expressamente que

¹⁸² *Bryde apud Mendes. Jurisdição... 255-256.*

lhe era lícito abandonar posições jurídicas defendidas numa decisão anterior e até mesmo as que foram determinantes da decisão então tomada. Mas, na prática, só com grande reserva o Tribunal admite afastar-se dos princípios jurídicos definidos na sua própria jurisprudência. A autoridade do Tribunal, adquirida no passado e a conservar no futuro, depende de uma jurisprudência plausível e ao mesmo tempo segura e continuada (...) Do que fica referido deve distinguir-se o caso de interpretações da Constituição e conseqüentes decisões do Tribunal Constitucional baseadas em determinados fundamentos fáticos da mais variada natureza, muitas vezes não mencionados expressamente, que se não mantêm inalterados. Logo nos primeiros tempos, o Tribunal Constitucional decidiu que as disposições da Constituição podem sofrer uma alteração de significado ‘quando no seu âmbito surgem novas situações de fato, não-previsíveis, ou quando situações de fato conhecidas adquirem significado ou relevo novos através da sua integração num processo evolutivo global’. O Tribunal sublinhou, além disso, que no âmbito do controle concreto de normas, os tribunais podem apresentar novamente ao Tribunal Constitucional a questão da constitucionalidade de um preceito legal, mesmo que aquele Tribunal já se tenha pronunciado acerca de tal questão. Naturalmente que têm então os tribunais de manifestar a sua expressa divergência com a decisão anterior do Tribunal Constitucional e de expor as alterações no entretanto verificadas que, no seu entender, justificam um novo exame por este Tribunal de ‘questão prévia’ já decidida. Os exemplos acima dados já permitem ver como a alteração das condições no domínio social, econômico, técnico, moral ou do direito ordinário podem conduzir a outras valorações jurídico-constitucionais (...). **Dentro de certos limites, não facilmente determináveis, a interpretação da Constituição também pode levar em conta a alteração que se vai operando da consciência jurídica (...).** Os pontos de vista expostos mostram que também as decisões do Tribunal Constitucional não podem ter a pretensão e valer para a eternidade, mas pelo contrário têm de ser sempre acessíveis a uma revivificação cuidadosa e eventualmente a

uma correção bem fundamentada” (com grifos meus)¹⁸³.

Portanto, assim como não se pode opor a coisa julgada constitucional à nova demanda que com base em outros fundamentos de direito busque a declaração de inconstitucionalidade de uma norma já declarada constitucional, também não se deve admitir que a coisa julgada impeça, de forma absoluta, o processamento de um pedido de inconstitucionalidade amparado nos mesmos fundamentos já rejeitados pelo Supremo Tribunal.

Como a mudança na concepção do direito pode muito bem tornar dominante a corrente doutrinária que antes era minoritária, não há como pretender obstar com a coisa julgada a mutação constitucional ocorrida, sem prejuízo da aplicação coerente da própria constituição.

Disso tudo, conclui-se que a superveniência só serve de requisito ao afastamento da coisa julgada no que toca à mudança da situação de fato. Quando a mudança se der na concepção do direito, não há que se falar em superveniência para permitir o reexame da declaração de constitucionalidade já transitada em julgado. Mas se assim é, razoável que se indague qual a serventia da coisa julgada constitucional.

Diferente da coisa julgada ordinária, a coisa julgada constitucional não torna imutável a decisão do Supremo Tribunal em controle de constitucionalidade, pois, como visto, não impede que o próprio tribunal reveja o seu posicionamento anterior, negando força ao acórdão já feito intangível.

Isso, do ponto de vista processual civil, aparentemente eliminaria a utilidade da coisa julgada, afinal

¹⁸³ *Zeidler apud Zavascki*. Eficácia... 118-119, nota 20.

nenhuma decisão que pode ser rediscutida está apta a ser caracterizada como definitiva e imutável.

Contudo, nem por isso a coisa julgada constitucional é desprovida de sentido na sistemática processual, pois, mesmo sem atribuir a qualidade da intangibilidade absoluta à decisão em controle de constitucionalidade, continua a servir como valioso instrumento de racionalização da atividade jurisdicional entregue ao Supremo Tribunal que, diante de uma demanda repetida, não identificando mudança superveniente nas circunstâncias fáticas, nem qualquer alteração na concepção do direito, poderá obstar sumariamente o seu processamento.

Sendo assim, mesmo as diferenças apontadas não atribuem à coisa julgada constitucional natureza distinta daquela reconhecida na coisa julgada comum, pois tanto uma quanto a outra constituem causa suficiente para o encerramento do processo sem julgamento da questão de fundo¹⁸⁴ constitucional levada ao conhecimento do Supremo Tribunal.

¹⁸⁴ *Câmara. Lições...* pp. 261-263.

**III. A RELAÇÃO ENTRE A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL
E A COISA JULGADA
EM CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE
VERIFICADA EM UM FRAGMENTO DA JURISPRUDÊNCIA
DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

1. O DESENVOLVIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, SOBRE O PREENCHIMENTO DAS VAGAS DESTINADAS AO QUINTO CONSTITUCIONAL NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS EM QUE HAVIA TRIBUNAL DE ALÇADA

Nesta parte da dissertação é analisado um caso de mutação constitucional. Como não poderia deixar de ser, esse caso é composto por uma série de decisões, pois qualquer mudança só pode ser observada quando se tem, no mínimo, dois pontos de referência.

Neste tópico vai apenas a descrição de cada uma das decisões, em um misto de resumo e transcrição. Procurei, em cada tópico, dar ênfase à orientação que prevaleceu naquele momento, sem me furtar, contudo, de narrar todo o ocorrido, acrescentando, quando necessário, passagens pertinentes sobre a questão da coisa julgada.

A escolha desta série de julgados justifica-se porque nela o Supremo Tribunal estava a exercer a jurisdição constitucional abstrata e, também, porque nela não se transforma a própria jurisdição constitucional no tema do julgamento.

Porque tratam do quinto constitucional as decisões agregam conteúdo a pesquisa evitando o recurso ao repertório ensimesmado e técnico-processual das decisões sobre como decidir no controle de constitucionalidade, que, sem dúvida, representa a maior parte do conjunto das mutações na jurisdição abstrata.

1.1. A Representação n. 879, de 13 de dezembro de 1972

O Procurador-Geral da República, provocado pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pelo Conselho Superior do Ministério Público daquele mesmo Estado e pela associação de classe dos integrantes da instituição, representou pela inconstitucionalidade de dispositivo do Código de Organização Judiciária local¹⁸⁵.

A norma impugnada permitia aos juízes nomeados para o Tribunal de Alçada nas vagas destinadas ao quinto constitucional ingressar no Tribunal de Justiça sob o mesmo título. O preenchimento do quinto¹⁸⁶ no Tribunal de Justiça poderia se dar pela nomeação dos magistrados que adentraram os quadros da magistratura não como juízes de direito, mas como juízes de alçada oriundos da promotoria ou da advocacia.

Contudo, o argumento de que magistrados são magistrados, pouco importando a forma de ingresso na magistratura, pareceu àqueles que deram ensejo à reclamação suficientemente forte para evidenciar a inconstitucionalidade da resolução.

“Quem, no momento da escolha, não é membro ou já não o é mais, não poderá ser escolhido como representante dessa classe para a composição do Tribunal.

“O egresso do Ministério Público, nomeado para o Tribunal de Alçada, já exonerado de suas primitivas funções passou a integrar o quadro da Magistratura no momento da posse, gozando de todas as suas garantias, percebendo suas

¹⁸⁵ Resolução do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de 26 de agosto de 1970, art. 11, § 5º.

¹⁸⁶ Constituição de 1967, art. 144, IV.

*vantagens e passando a exercer função jurisdicional*¹⁸⁷.

O acerto do argumento do autor, porém, foi infirmado pelo Presidente do tribunal gaúcho, a quem o escopo constitucional mostrou-se de forma um pouco diferenciada. Para o Presidente, a origem do juiz marcava-o indelevelmente, que não só o acompanhava por toda a sua experiência na magistratura, como também se transmitia ao seu sucessor. Por isso, não lhe pareceu contrário à constituição o preenchimento dos cargos reservados ao quinto pelos juízes que ingressaram da mesma forma na alçada.

*“Juizes, inegavelmente juizes, os representantes da advocacia e do Ministério Público guardam funcionalmente a origem para as vagas que abrem, como vimos, e assim tanto continuam que só podem ser substituídos por outros representantes da mesma procedência. Manifesto, por conseqüência, que na mesma condição podem ser incluídos em lista para preenchimento de vaga no Tribunal de Alçada*¹⁸⁸.

Argumentou ainda, o Presidente, que a suposta inconstitucionalidade apontada pelo Procurador-Geral se funda em uma interpretação excessivamente gramatical que teria como conseqüência privar os tribunais de alçada dos bons quadros que o quinto poderia fornecer.

“Seria, aliás, sem sentido escolher renomados causídicos e fiscais da lei para o Tribunal de Alçada e depois, por injustificada ‘capitis diminutio’, impedi-los de compor a Corte Superior do Estado, não concorrendo entre os juizes de carreira porque ‘estranhos’ e quebrariam a proporção, não concorrendo entre os ‘classistas’, porque não mais seriam da classe. Diante da limitação desarrazoada, por certo, profissionais com mérito ficariam constrangidos em aceitar as

¹⁸⁷ Supremo Tribunal Federal. Representação n. 879, 24.

¹⁸⁸ Supremo Tribunal Federal. Representação n. 879, 31.

*funções judicantes*¹⁸⁹.

O Procurador-Geral, em seu parecer, discordou do Presidente do Tribunal de Justiça, pois asseverou a inconstitucionalidade da disposição impugnada valendo-se da mesma interpretação que motivou o pedido de representação.

*“Ora, é indisputável que o advogado ou membro do Ministério Público, ao ser nomeado juiz do Tribunal de Alçada, adquire a qualidade de **magistrado**, perdendo, em conseqüência, a condição de advogado ou de membro do Ministério Público. Se não mais é advogado (e, portanto, não pode estar em exercício efetivo da advocacia) ou membro do Ministério Público, como poderá concorrer à vaga pelo quinto que a Constituição expressamente reserva a quem, para poder fazê-lo, deva ser advogado em exercício efetivo da profissão ou membro do Ministério Público?”*¹⁹⁰.

Preocupou-se o Procurador-Geral em rebater a alegada impossibilidade de promoção dos juízes de alçada que ingressaram pelo quinto, pois sendo eles juízes em sentido pleno, não haveria porquê excluí-los da ascensão funcional com base em critérios discriminatórios não suportados constitucionalmente.

*“Os juízes que integram os Tribunais de Alçada pelo quinto ingressam na magistratura e passam a ter todos os direitos e prerrogativas dos magistrados de carreira. O que seria absolutamente esdrúxulo fora o considerá-los, para certos efeitos, magistrado, mas, para acesso ao Tribunal de Justiça, advogados em efetivo exercício da profissão, ou membros do Ministério Público. E entre seus direitos está [omitido] o direito à promoção, como aliás reconhece o Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado da Guanabara”*¹⁹¹.

¹⁸⁹ Supremo Tribunal Federal. Representação n. 879, 32.

¹⁹⁰ Supremo Tribunal Federal. Representação n. 879, 41

¹⁹¹ Supremo Tribunal Federal. Representação n. 879, 44.

Em seu voto, o Ministro Antonio Neder, relator, sustentou a constitucionalidade do dispositivo gaúcho, afirmando uma norma constitucional implícita que determina ao Estado compor seus tribunais com quatro quintos de magistrados de carreira, o que daria amparo à distinção entre os juízes de alçada quanto à origem e, por conseguinte, à vedação da promoção, nas vagas destinadas à magistratura, para os que ingressaram pelo quinto.

“Sabe-se, igualmente, e isto se lê no inciso IV supracitado, que a composição de qualquer Tribunal de Estado-membro é de quatro quintos de juízes togados, ou da carreira da magistratura estadual vitalícia, e um quinto de juízes escolhidos, por merecimento, entre advogados que se encontrem em efetivo exercício da profissão e componentes do MP.

“Esta é a estrutura básica do sistema constitucional de organização dos tribunais estaduais de segundo grau.

*“Por ela se verifica, sem dificuldades, que o constituinte diferenciou, quanto à **origem** dos juízes desses tribunais, os provindos da magistratura vitalícia ou togada e os recrutados na profissão da advocacia e nos órgãos do MP.*

*“Tal diferença, bem se compreende, não é absoluta, mas relativa, porque ela prevalece para **alguns** efeitos e não para **todos**”¹⁹².*

Porque afirmou uma norma constitucional implícita pôde o relator construir o raciocínio que sustentou a constitucionalidade da disposição impugnada, pois era ela coerente com o propósito que percebeu na constituição: reservar um número suficientemente grande de vagas no tribunal para os magistrados de carreira, como uma forma de proteger o progresso funcional dessa categoria.

¹⁹² *Supremo Tribunal Federal*. Representação n. 879, 55.

*“Note-se que não se pode fazer a ablação da regra superior que impõe ao Tribunal a composição de **quatro quintos** de magistrados de carreira e **um quinto** de outros estranhos à magistratura.*

*“Note-se, ainda, que a proporção **de quatro quintos para um quinto é inalterável.***

*“Assim, caso prevaleça a idéia vigorosamente defendida pelo nobre Dr. Procurador-Geral da República, dar-se-á o seguinte absurdo que a hermenêutica afasta: ou os juizes do quinto do Tribunal de Alçada ficarão estacionários, sem direito de ascender ao Tribunal de Justiça, ou passarão a integrar o grupo dos juizes que provieram da magistratura vitalícia e como tais poderão ser promovidos; no primeiro caso, vê-se logo, dar-se á o anômalo, que é a existência de juiz estacionário em tribunal que, pela Constituição, forma etapa de acesso a outro, tanto que é **inferior** (art. 144, § 1º, a); e no segundo, resultará o absurdo de se alterar a composição de quatro quintos para nele incluir advogado ou componente do MP, e isto não é admitido pelo texto superior (art. 144, III e IV), que impõe seja essa parte composta de magistrados”¹⁹³.*

Contudo, quando extraiu do enunciado sobre o quinto uma limitação de ordem corporativa, acreditando que nela estava instituída a guarda de quatro quintos dos assentos dos tribunais para o que chamou de “magistratura vitalícia”, notou um inconveniente que deveria ser afastado: o imobilismo da “magistratura classista”.

Esse inconveniente derivava da interpretação literal da exigência do “efetivo exercício” contida na representação, mas não correspondia, ao seu ver, à melhor forma de compreender a constituição. Fundado na experiência do tribunal paulista, afirmou que para atender a exigência constitucional bastaria considerar a data de ingresso do magistrado no judiciário, assim, aquele que pelo quinto se

¹⁹³ *Supremo Tribunal Federal*. Representação n. 879, 58-59.

tornou juiz de alçada poderia, pelo mesmo quinto, ser promovido à desembargador.

Dado o peso da experiência paulista, é recomendável transcrever parte do voto do Ministro Rodrigues Alckmin na representação n. 881.

“Quando os que cuidaram de estruturar esse primeiro Tribunal de Alçada, tiveram de examinar os textos da Constituição, encontraram apenas a autorização para que os Estados criassem Tribunais de Alçada Inferiores. E o legislador constituinte [de 1946] não foi além. Não estruturou esses Tribunais. Não disse como se inseriam no quadro da organização judiciária dos Estados e deixou, assim, a critério do legislador estadual preencher essas lacunas.

“Três hipóteses, então, se apresentaram. A primeira, seria a de buscar a conciliação do texto constitucional que permite a criação de Tribunais de Alçada com o texto constitucional que estabelece uma carreira na magistratura vitalícia, com ingresso através de concurso, com promoção alternada por merecimento e antigüidade, de entrância a entrância, até que, da mais alta entrância, se seguisse ao Tribunal de Justiça. Pareceu que seria inadequado classificar os Tribunais de segunda instância como entrância, que, tradicionalmente, é a denominação com que se classificam Comarcas, e então se poderia – conciliação rigorosamente ortodoxa – chegar à conclusão de que os Tribunais de Alçada seriam fim de carreira. Nela ingressariam membros do Ministério Público e advogados, pelo quinto, e juízes em 4/5, e aí se encerraria a carreira desses magistrados, já que não haveria uma entrância para permitir acesso ao Tribunal de justiça.

“Esta solução, que nenhum texto constitucional repudia e ainda hoje poderá ser adotada, oferece notáveis inconvenientes: levaria aos Tribunais de Alçada juízes desestimulados de promoção aos Tribunais de Justiça; levaria, também, aos Tribunais de Alçada, ‘juristas de menor tomo’, do Ministério Público e da advocacia; outros se recusariam a

ingressar nos Tribunais de Alçada, porque aspirariam, como juristas melhores, o acesso ao Tribunal de Justiça. E esses Tribunais de Alçada, já, hoje, têm uma altíssima função, porque, embora na Organização Judiciária se considerem Tribunais inferiores, não são Tribunais que se limitam a julgar causas de pequeno valor. A autorização constitucional, hoje, permite que se lhes atribuam causas de altíssima relevância, como julgamentos de todas as questões fiscais e julgamentos de desapropriações. É, evidente, não poderiam ser Tribunais de qualificação inferior, constituídos de juizes desestimulados, ou por terem, seus membros, menores qualidades intelectuais.

“A idéia, portanto, de transformar o Tribunal de Alçada em fim de carreira, não parecia muito feliz.

“A outra, seria a de fazer com que os juizes do chamado ‘quinto constitucional’, que ingressassem no Tribunal de Alçada, passassem a pertencer à magistratura. Mas, aí, haveria texto da Constituição que se oporia a esse critério. Haveria algo inconciliável em considerar que há uma carreira de magistratura, que 4/5 dos Tribunais devem compor-se de membros desta carreira da magistratura – e carreira pressupõe acesso de degrau para degrau – e considerar que nela ingressavam, pelo último posto, juizes que não tivessem participado da carreira. O cargo preenchido pelo quinto constitucional, não era, evidentemente, um cargo de carreira. A ela não se chegava por ascensão de um posto inferior. Portanto, considerar que, no ingresso aos Tribunais de Alçada, ocorria ingresso na carreira, não parecia solução acertada, porque não se ajustava à idéia de promoção de entrância. E entrância – disse e repito – é denominação que ser reserva à classificação de juizes e comarcas.

“Pensou-se, então, numa solução que não repugnava ao texto constitucional e que parecia conciliar todas as dificuldades, fazendo que os Tribunais de Alçada fossem, realmente, Tribunais de alto nível e pudessem permitir o acesso ao Tribunal de Justiça. Fez-se, na interpretação da Constituição, possível a promoção dos juizes dos 4/5 do Tribunal, que são de carreira, por antiguidade e por merecimento ao Tribunal de Justiça. E quanto aos juizes que

*vierem do quinto constitucional, juizes oriundos do Ministério Público e da advocacia, poderiam eles, a par de outros que têm a mesma experiência específica de advogados e promotores, galgar o Tribunal de Justiça, no quinto reservado aos membros da advocacia e do Ministério Público*¹⁹⁴.

O voto do relator foi vencedor, angariando a concordância de oito ministros. Os dois que votaram contra não deixaram registro de suas razões. Essa omissão, porém, é suprida pela leitura do julgamento da representação n. 881, relatada pelo Ministro Djaci Falcão e julgada no mesmo dia da de n. 879, em que um e outro acompanham o Ministro Xavier de Albuquerque.

Idênticos argumentos contra e a favor foram utilizados na discussão e idêntico foi o resultado. Nessa outra representação, porém, o Ministro Xavier de Albuquerque não se deu por impedido e julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo mineiro¹⁹⁵, equivalente no conteúdo normativo ao da resolução gaúcha, por considerar afrontada a previsão constitucional do quinto.

No que toca à controvérsia sobre a mobilidade, ainda que no seu voto não esteja claro, o debate que travou com o Ministro Antonio Neder permite a ilação de que desconsidera a suposta cláusula de reserva dos quatro quintos à magistratura de carreira, admitindo a promoção de todos os magistrados ao Tribunal de Justiça, independente de considerações acerca da origem de cada um e da eliminação da lista tríplice.

¹⁹⁴ *Supremo Tribunal Federal*. Representação n. 881, 120,122.

¹⁹⁵ Resolução n. 46 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Divisão e Organização Judiciária, de 29 de dezembro de 1970, art. 17, § 1º.

1.2. A Representação n. 1.006, 10 de maio de 1979

Nesta representação, relatada pelo Ministro Leitão de Abreu, o Supremo Tribunal voltou a discutir a possibilidade de canalização no preenchimento das vagas do quinto nos tribunais de justiça. Oito anos e meio haviam se passado desde as representações nn. 879 e 881, e a composição do tribunal era outra.

Apenas quatro ministros participaram também dos julgamentos anteriores, sendo que três deles votaram pela improcedência da representação (Ministros Antonio Neder, Djaci Falcão e Thompson Flores) e um pela inconstitucionalidade do dispositivo impugnado (Ministro Xavier de Albuquerque). Todos permaneceram fiéis às suas posições, mas o Supremo Tribunal mudou sua postura. O Ministro Moreira Alves, embora não tenha julgado, era o Procurador-Geral, e, nessa condição, opinara pela procedência das demandas, o que, agora, voltou a fazer.

O dispositivo impugnado¹⁹⁶ era fluminense e versava exatamente a mesma norma anteriormente afirmada constitucional quando do julgamento das disposições gaúcha e mineira. Nela o Tribunal de Justiça determinava que os juízes de alçada oriundos da advocacia e da promotoria poderiam concorrer às vagas destinadas ao quinto.

A representação foi provocada pela Ordem dos Advogados que, muito embora tenha refinado a argumentação anterior, não acrescentou qualquer novidade à discussão. A

¹⁹⁶ Resolução n. 1 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Código de Divisão e Organização Judiciária, de 21 de março de 1975, art. 167, parágrafo único.

demanda bateu, mais uma vez, sobre a cláusula do efetivo exercício profissional e a perda dessa condição pelos juízes de alçada que ingressaram pelo quinto.

As informações prestadas tampouco inovaram, limitando-se a repetir os argumentos outrora empregados, reforçando-os, porém, com os precedentes do próprio Supremo Tribunal. Nesse mesmo sentido o dúbio parecer da Procuradoria-Geral que, apesar de concordar com os antecedentes jurisprudenciais, justificou a representação com a conveniência do tribunal, em sua nova composição, adequar-se a um projeto de lei que privilegiava norma contrária à consagrada.

“Não há argumentos novos a acrescentar, num ou noutro sentido, pois a matéria foi ampla e exhaustivamente versada nas citadas Representações [nn. 879 e 881].

“Ao submetê-la, novamente, ao crivo do colendo Supremo Tribunal Federal, a Procuradoria Geral da República, apesar de, por seu atual titular, estar de pleno acordo com a tese vitoriosa nas duas aludidas decisões, levou em conta ter o Projeto da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, em tramitação no Congresso Nacional, consagrado justamente a posição contrária à firmada pelo Excelso Pretório, aliada à circunstância da substancial alteração deste Tribunal.

“Manifesta, assim, a conveniência de conhecer-se o pensamento atual do colendo Supremo Tribunal Federal, no sentido de permitir que a ele se ajuste a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, evitando-se, dessa forma, que a norma por ela consagrada venha, a seguir, ter reconhecida e decretada sua inconstitucionalidade”¹⁹⁷.

O relator identificou com perspicácia o cerne da justificativa dos precedentes: a discriminação entre magistrados de carreira e magistrados oriundos do quinto

¹⁹⁷ *Supremo Tribunal Federal*. Representação n. 1.006, 63-64.

constitucional. Contudo, não lhe pareceu que tal distinção pudesse ser feita com base na constituição, logo que o caso era de revisão da jurisprudência.

“Admitido, como era forçoso, o quinto [nos tribunais de alçada], decidiu-se, contudo, colocar os seus componentes à margem da carreira da magistratura, uma vez que se lhes recusou o acesso, mediante promoção, ao Tribunal de Justiça, prerrogativa só reconhecida aos magistrados providos do Tribunal de Alçada em virtude de acesso obtido, por merecimento como juízes de carreira.

“Nessa idéia, isto é, a de introduzir discrimine, quanto ao status jurídico, dentro do Tribunal, entre o juiz que ingressara na magistratura por concurso e o juiz nomeado, diretamente, para o colégio judicante, em obediência à regra do quinto, nessa idéia – repito – repousa toda a construção, que veio dar na fórmula de manter aos egressos da advocacia e do Ministério Público, para acesso ao Tribunal de Justiça, a sua primitiva condição.

“Só aos juízes de carreira – raciocinou-se – cabia, por direito, o acesso, mediante promoção, a Desembargador, de modo que os demais, advindos da advocacia ou do Ministério Público, só poderiam adquirir essa condição mediante processo análogo ao que presidira o seu ingresso no tribunal inferior de segunda instância.

“Mas, se estes últimos não eram juízes de carreira, não estavam no Tribunal nessa condição, qual a natureza do cargo que aí passariam a ocupar? Está claro que esses cargos se haveriam de caracterizar como cargos isolados. Não dizem isso explicitamente, as resoluções anteriores, que deram lugar às querelas de inconstitucionalidade, já apreciadas pelo Supremo Tribunal. Porém essa qualificação dos cargos de magistrados, ocupados pelos egressos da advocacia e do Ministério Público, implícita nas citadas resoluções, está agora, claramente, definida na Resolução em exame [omitido].

“Uma vez definidos tais cargos como isolados, não

podiam os seus titulares possuir direito privativo dos ocupantes dos cargos de carreira. Juridicamente pensável se fazia, por tanto, trancar-lhes, pura e simplesmente, o acesso ao cargo de Desembargador, que fosse preenchível por merecimento. Se era possível o mais, o trancamento total, possível seria o menos, isto é, consentir-lhes o acesso pela mesma forma com que haviam tido ingresso no Tribunal de Alçada. Para isso havia mister, contudo, conservar-lhes a antiga condição, pois somente assim seria lícito incluí-los em lista triplíce organizada para o preenchimento de vaga correspondente ao quinto constitucional.

“Não me parece, no entanto, constitucionalmente legítima a regra pela qual, dentro do colégio inferior de segunda instância, se estabeleceu discriminação entre juizes de carreira e juizes titulares de cargos isolados. Quando a Constituição determina que o quinto dos lugares de qualquer Tribunal seja preenchido por advogados e membros do Ministério Público, o seu intento, a meu ver manifesto, é que membros do Ministério Público e advogados sejam investidos no Tribunal em condição de perfeita igualdade com os demais componentes dele. Essa discriminação somente se legitimaria se expressamente autorizada na Constituição. Como tal autorização, quanto aos Tribunais e Juizes Estaduais, não existe, rigorosamente igual há de ser o status jurídico de todos os componentes do Tribunal. Não tem apoio constitucional, destarte, a norma que divide o Tribunal, quanto à sua composição, em juizes de carreira e juizes que não pertencem à carreira, estes últimos titulares de cargos isolados, como tais incapacitados para concorrer, nos mesmo termos, ao cargo de Desembargador. Não prevalece o argumento de que aos juizes de carreira assegura a Constituição prerrogativas que seriam feridas pela introdução no Tribunal, em igualdade de condições, dos juizes aí admitidos em homenagem à regra do quinto. Esse argumento, no entanto, somente pode ser apreciado sob o ângulo da conveniência, não sob o ângulo jurídico, pois sob esse aspecto, corta a questão a circunstância de que a igualdade entre todos os componentes do Tribunal decorre do próprio sistema constitucional, que poderia – mas

não fez[,] estabelecer a distinção, que se procura justificar”¹⁹⁸.

A maior parte dos ministros também opinou pela procedência da demanda, acompanhando o voto do relator. Não houve, como mais tarde pareceu ao Ministro Paulo Brossard¹⁹⁹, uma grande influência do projeto de lei na decisão do tribunal, afinal o relator a ela só se refere em um curto parágrafo, que, de forma alguma, integra o cerne do fundamento do julgamento que leva a cabo. Além do relator, apenas os Ministros Soares Muñoz, Moreira Alves e Thompson Flores abordam a lei, sendo que o primeiro e o último, foram votos vencidos.

¹⁹⁸ *Supremo Tribunal Federal*. Representação n. 1.006, 89-90.

¹⁹⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 29, 292.

1.3. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 29, de 21 de fevereiro de 1990

Após a promulgação da última Constituição, o quinto constitucional voltou a ser debatido, pois o Conselho Federal da Ordem dos Advogados impugnou Resoluções dos Tribunais de Justiça gaúcho²⁰⁰ e paranaense²⁰¹ que determinavam – e não mais possibilitavam como haviam feito na ordem anterior – a canalização do quinto constitucional pelos seus respectivos tribunais de alçada.

Argumentou o autor, que nenhuma mudança de orientação se verificou na nova ordem constitucional, permanecendo essencialmente a mesma norma sobre o quinto²⁰² e que, por isso, a lei da magistratura havia sido recepcionada. Sendo assim, estava clara a inconstitucionalidade das resoluções atacadas, pois ambas impediam a concretização da constituição ao determinar que o quinto nos tribunais de justiça seria ocupado por magistrados.

Sobre a exigência de que fosse considerada a classe do magistrado para o acesso ao tribunal de justiça²⁰³, alegou que se referia apenas à apuração da antigüidade e do merecimento, nada tendo haver com o quinto. A disciplina deste permanecera intocada pela nova constituição.

Em informações, os tribunais defenderam seus

²⁰⁰ Assento Regimental n. 5 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 16 de fevereiro de 1989

²⁰¹ Assento Regimental n. 4 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, de 1º de dezembro de 1988

²⁰² Constituição de 1988, art. 94.

²⁰³ Constituição de 1988, art. 93, III.

atos, pondo-os sob proteção da distinção que a própria constituição afirmou existir entre os magistrados de carreira e os outros magistrados, de forma que o estatuto da magistratura estava juridicamente superado.

O Procurador-Geral, por sua vez, deu razão à Ordem dos Advogados, pois considerou que o panorama constitucional continuou substancialmente o mesmo e que, por isso, vigente estava a disposição legal²⁰⁴ que determinava a possibilidade de todo e qualquer magistrado concorrer à promoção nas vagas que não eram reservadas ao quinto.

O relator, Ministro Aldir Passarinho, concentrou esforços na análise da cláusula que exigia a vinculação à classe de origem para a promoção ao tribunal de justiça, único ponto da nova constituição que poderia, ao seu ver, sustentar um debate realmente inédito. Ao final, conclui pela inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, porque considerou mantida a disciplina anterior sobre o quinto, logo estaria recepcionada a lei da magistratura.

“O art. 94 da vigente Carta Política como se viu, pela sua transcrição, estipula que um quinto dos lugares dos Tribunais dos Estados (assim como também dos Tribunais Regionais Federais e do Distrito Federal e Territórios) será composto de membros do Ministério Público e de advogados, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

“De logo resulta que não podem ser considerados advogados – e daí a minha absoluta discordância com os votos majoritários nas Representações nº 879 e 881, e a minha concordância com a decisão na Representação nº 1006 e o acórdão no RE nº 100.554 – aqueles que já perderam tal configuração desde o momento em que ingressaram na magistratura ao integrarem o Tribunal de Alçada, até pela

²⁰⁴ Lei Complementar n. 35, de 14 de maio de 1979, art. 100, § 4º.

absoluta incompatibilidade constitucional e legal de exercerem concomitantemente as duas atividades. Não pode ser magistrado o advogado ou membro do Ministério Público, salvo no caso específico e constitucionalmente ressalvado dos Tribunais Eleitorais, na conformidade do disposto no inc. II do art. 119, e no inc. III, do art. 120, tudo na nova Carta Política.

“Em reforço disso – o que a mim já parece suficiente – não se poderia mesmo pretender que juízes dos Tribunais de Alçada, que ali tivessem ingressado como advogados, somente pudessem concorrer aos Tribunais de Justiça indicados em lista sêxtupla pela Ordem dos Advogados, pois tal exigência traria uma situação de dependência de todo em todo incabível, por motivos que, por óbvio, sequer cabe discuti-los. Aliás, acentuo que esse argumento de reforço foi utilizado – inutilmente, aliás – no debate que se travou ao ensejo do julgamento das Representações nº 897 e 881.

“Assim, e como, aliás, resulta dos Assentos sobre cuja constitucionalidade se discute (a do Rio Grande do Sul, apenas parcialmente), o art. 94 da Constituição Federal não se aplicaria naqueles Estados em que houvesse Tribunal de Alçada, pois os cargos do quinto dos Tribunais de Justiça seriam providos não por advogados e membros do Ministério Público, mas sim, e apenas, por juízes dos Alçadas que tivessem integrado suas composições como advogados ou membros do Ministério Público, interpretação essa que não parece cabível, de vez que o aludido art. 94 da Carta Magna nenhuma restrição estabelece, no particular, e sequer faz remissão ao inc. III, do art. 93 da mesma Carta.

“Penso, deste modo, que o inc. III do art. 93 em nada infere, para a composição dos Tribunais de Justiça, no que dispõe o art. 94.

“São normas distintas, com destinatários diferentes. A composição dessas Cortes, deste modo, se fará como por último vinha ocorrendo, continuando a prevalecer o disposto no artigo 100, § 4º da Lei Orgânica da Magistratura, isto é, que os juízes dos Tribunais de Alçada, que embora ali tenham ingressado, no preenchimento das vagas do quinto, como

advogados ou membros do Ministério Público, passaram à condição de magistrados, desde então, e como tal concorrem às vagas correspondentes aos quatro quintos do Tribunais de Justiça destinadas aos magistrados”²⁰⁵.

Ao relator pareceu acertada a alegação do autor de que a expressão “classe de origem” estava vinculada exclusivamente à apuração da antigüidade para fins de promoção ao tribunal de justiça, nada tendo a dizer sobre a questão do quinto constitucional.

O Ministro Sepúlveda acompanhou o relator por acreditar que, ao fazê-lo, tornava coerente a disposição sobre a “classe de origem” que dava margem a interpretações contraditórias.

“Não nego, portanto, que o texto comporte, sim, a interpretação defendida nas informações. Mas, aqui, nesta Sessão, se mostrou que ele comporta outras interpretações igualmente razoáveis para dizer o menos: veja-se o voto do Ministro Célio Borja, que me impressionou extremamente no particular, e o dos eminentes Ministros Aldir Passarinho, Celso de Mello, e afora, a outra proposta exegética trazida pelo Ministro Moreira Alves.

“Mas, Senhor Presidente, se, na minha perspectiva, o texto efetivamente não permite solução unívoca, tenho que recorrer ao que recolho, ao que capto do sistema constitucional e particularmente da inspiração finalística do chamado ‘quinto’, que é a instituição questionada.

“Portanto, da perplexidade que não venci na análise literal, saio para o entendimento que me parece mais coerente com alguns princípios fundamentais: primeiro, com a evidência – só poderia ser vencida por uma expressa e manifesta dicção constitucional em contrário[,] de que, como assinalou há pouco o Ministro Celso de Mello, os Juízes são

²⁰⁵ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 29, 217-219.

todos e apenas Juizes de um Tribunal de Alçada; de outro, como já o notara e vejo antecipado na intervenção do Ministro Moreira Alves, que nenhuma razão sistemática explicaria o tratamento diverso que se pretende, em nome do futuro dos Juizes do Tribunal de Alçada, para as Justiças estaduais, se é certo que a norma do art. 94 é expressamente abrangente de outra situação similar a da Justiça federal ordinária, onde, porém, não incidindo o art. 93, III, já não existira a solução que aqui se defende.

“De outro lado, e este, para sim, é o ponto fundamental – põe-se a teleologia da instituição do ‘quinto’. Decerto não a inspirou, na sua criação brasileira (creio que sem paralelo no Direito comparado), e na sua evolução, a preocupação de criar, ao lado da carreira da Magistratura por concurso, o que agora se defende – uma segunda carreira, a dos Advogados e membros do Ministério Público, que a iniciariam quando nomeados para o Tribunal de Alçada e a encerrariam quando promovidos ao Tribunal de Justiça. O que se pretendeu, no interesse público – e essa justificação se tornou um lugar-comum de todas as discussões sobre o quinto – foi o que se tem chamado, metaforicamente, de oxigenação dos tribunais; foi levar aos tribunais, sejam eles quais forem, a perspectiva, a [óptica] da experiência jurídica e, particularmente, da experiência forense, de advogados e membros do Ministério Público. Para que se conjugassem com a dos outros juizes, que a formaram pelo curso da longa travessia dos graus inferiores da Magistratura”²⁰⁶.

De todos os integrantes do tribunal, apenas o Ministro Moreira Alves estivera, nessa condição, no julgamento da Representação n. 1.006, permanecendo fiel ao seu posicionamento anterior. Da mesma forma o fizera o Ministro Paulo Brossard que, embora tenha ingressado no tribunal depois do julgamento daquela representação, participou como advogado do tribunal gaúcho dos debates travados por ocasião da representação n. 879, propugnando, portanto, pela

²⁰⁶ *Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 29, 235-236.*

constitucionalidade do dispositivo então impugnado.

Aliás, apesar de ter se filiado à minoria, foi do Ministro Paulo Brossard o argumento mais forte em todo o julgamento, pois, apontando uma inovação até então desapercibida, logrou justificar a necessidade do tribunal rever a orientação firmada antes da constituição.

Ao notar que não mais havia no texto constitucional a exigência de que o advogado estivesse a atuar no momento da indicação ao quinto, permitiu distinguir a situação pré-constitucional da que surgiu após outubro de 1988. Agora, a exigência era de que o indicado ao quinto possuísse experiência de dez anos na advocacia ou no Ministério Público, logo tornou-se pouco importante a condição de magistrado daqueles que no tribunal de alçada não deixam de ser quem são e não perdem a experiência anterior.

Além desse argumento novo, o Ministro Brossard reviveu a velha alegação de cunho corporativo, que, agora, como acreditou, encontrava na constituição um certo amparo: o de que quatro quintos dos assentos nos tribunais de justiça estariam reservados aos magistrados de carreira.

Contestou especificamente esse argumento o Ministro Francisco Rezek que, acompanhando o relator, julgou procedente a demanda deixando expressa a inexistência da suposta proteção constitucional à ascensão funcional dos juízes de carreira.

*“O que o constituinte vem prescrevendo, desde 1934, quanto à composição dos tribunais, é a garantia do quinto para advogados e procuradores. Não há, creio eu, numa garantia constitucional dos **quatro quintos**. Isto é uma ilação.*

“É importante prestigiar a idéia de que a garantia

constitucional é a do quinto para as classes presumidamente minoritárias, e não a dos quatro quintos para a classe dominante nos tribunais. Se pensamos em tribunal cujo número de assentos não seja múltiplo de cinco, se nos deparamos com o problema da fração, o que é preciso prestigiar, o quinto ou os quatro quintos? Naturalmente o quinto, porque a ele se refere a garantia constitucional. Assim, no tribunal com vinte e quatro assentos (um quinto desse número são 4,8) só se satisfaz ao constituinte ali instalando cinco egressos das duas classes que não a magistratura de carreira. Se o tribunal tem vinte e seis assentos (um quinto disto são 5,2), haveremos de prestigiar a Carta preservando seis assentos. Num e noutro dos exemplos aqui recolhidos ocorre o sacrifício da integralidade dos quatro quintos exatamente porque estes não configuram uma garantia constitucional”²⁰⁷.

O Ministro Brossard também ensaiou no seu voto a questionável tese de que o Supremo Tribunal mudou sua orientação “original” influenciado pelo estatuto da magistratura. Como visto anteriormente, a referência à lei foi despreziosa por parte dos que nela poderiam ter se apoiado, ganhando muito mais ênfase nos votos contrários à sua orientação.

Dos onze ministros, sete votaram pela inconstitucionalidade das resoluções gaúcha e paranaense. Capitaneados pelo Ministro Brossard, os Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches e Octávio Gallotti opinaram em sentido contrário. Idêntica sorte teve a ação direta de inconstitucionalidade n. 29, julgada no mesmo dia.

Ambas as decisões foram embargadas de infringência, tendo os recursos sido julgados, em conjunto, em 17 de dezembro de 1990. Foi relator dos embargos na ação direta n. 29 o Ministro Marco Aurélio, que ocupou vaga

²⁰⁷ *Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 29, 317.*

decorrente da aposentadoria do Ministro Carlos Madeira (contrário à canalização). Também o Ministro Carlos Veloso passou a integrar o tribunal após o primeiro julgamento, substituindo o Ministro Francisco Rezek (igualmente contrário).

Em seu voto o relator rememorou todos os argumentos já exaustivamente discutidos. Merece destaque, porém, o reforço à demonstração de que a constituição vigente aparentemente admitira o aspecto corporativo, classista, registrado, expressamente, nos anais da constituinte.

“Os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte revelam que a certa altura, por iniciativa do chamado ‘Centrão’, suprimiu-se a expressão ‘e a classe de origem’, sendo que, a seguir, deu-se a recomposição do texto da Comissão de Sistematização, mediante aprovação de emenda do Constituinte Lézio Sathler, sendo registrada a existência de emenda, de idêntica evergadura, da autoria do Constituinte Márcio Braga. No encaminhamento da votação, o Constituinte Nelson Jobim teve oportunidade de ressaltar a inconveniência de preservar-se o quadro decorrente do sistema anterior no qual – segundo ressaltou – por força da previsão explícita do artigo 100, § 4º da LOMAN, os egressos do quinto ombreavam, em pé de igualdade, com os demais colegas do Tribunal de Alçada, como se magistrados de carreira fossem. Eis o teor da exposição:

“Sr. Presidente, Srs. Constituintes, pretendem os Constituintes Márcio Braga e Lézio Sathler a recomposição do texto da Comissão de Sistematização. Isso representa o acréscimo, no texto do ‘Centrão’, da expressão ‘e a classe de origem’ e decorre da seguinte circunstância: nos Estados onde há Tribunal de Alçada e Tribunal de Justiça, evidentemente, um quinto das vagas nesses tribunais corresponde à classe dos advogados e ao Ministério Público. Por força do dispositivo acrescentado na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, todos os advogados e membros do Ministério Público que ingressarem no quinto do Tribunal de Alçada, quando da promoção, concorrerão ao quinto do Tribunal de Justiça nas

vagas dos juizes de carreira, o que importa, no Tribunal de Justiça, uma distorção substancial no tocante à composição do Tribunal de Justiça. O Tribunal de Justiça – diz a Constituição – compor-se-á de um quinto por classistas oriundos das classes dos advogados e do Ministério Público; os outros quatro quintos, de juizes de carreira, ou seja, aqueles que ingressaram na carreira da magistratura desde o primeiro grau até chegarem ao último grau de jurisdição. O texto do ‘Centrão’, tendo suprimido a expressão ‘e a classe de origem’, faz com que a distorção existente hoje se mantenha, qual seja, a de que os Tribunais de Justiça possam ter, objetivamente, número de juizes e desembargadores de origem classista superior ao de juizes de carreira. Com a reintrodução ‘e a classe de origem’ no texto do Centrão recompomos o equívoco existente no atual sistema, que tem ensejado uma série de discussões judiciais – no Rio Grande do Sul, principalmente – sobre o problema de preenchimento da vaga relativa ao quinto constitucional nos Tribunais de Justiça. Creio, Sr, Relator, que a aprovação do destaque incluindo a expressão ‘e a classe de origem’ irá tranquilizar o Poder Judiciário e minimizar por completo as discussões relativas ao preenchimento de vaga nos Tribunais por parte de magistrados oriundos do quinto constitucional”²⁰⁸

Para o relator dos embargos, o princípio dos quatro quintos mostrou-se suficientemente forte para determinar a formulação de um critério misto na solução do caso, pois ao tempo em que se manteve atrelado a uma exigência residual trazida pela antiga constituição (o efetivo exercício da advocacia), aderiu à tese da reserva de vagas aos magistrados de carreira que supôs existir na constituição vigente. Diante disso, concluiu que os juizes de alçada oriundos do quinto simplesmente não poderiam ser promovidos, julgando improcedente os embargos.

“Data venia do entendimento sufragado no julgamento

²⁰⁸ Supremo Tribunal Federal. Embargos de Infringência na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 29, 162-161.

em revisão, descabe cogitar da possibilidade de os integrantes do quinto nos Tribunais de Alçada virem a disputar vaga nos Tribunais de Justiça, situada nos quatro quintos, com os magistrados de carreira. A letra expressa da Constituição vincula o acesso, ao primeiro exame, à origem, seguindo-se a dispositivos que tratam exclusivamente da vida funcional daqueles que começaram a caminhada no primeiro patamar, sujeitando-se a concurso de provas e títulos e à lenta movimentação de entrância a entrância. Resultou, conforme depreende-se das palavras do proficiente Deputado Nelson Jobim, da necessidade de preservar-se os quatro quintos de juízes realmente de carreira, evitando-se, com isto, na composição dos Tribunais, o abalo da proporcionalidade. Quando do encaminhamento da votação fez-se referência, inclusive, ao inconformismo gerado pelo artigo 100, § 4º da LOMAM que motivou a jurisprudência desta Corte. Como, então, declará-lo em vigor? A distinção é harmônica com o princípio da igualdade, face às peculiaridades funcionais dos envolvidos na questão. Difícil é conceber que se tenha em pé de igualdade, para movimentação e apenas para isto, juízes que trilharam caminhos distintos. Muitos com carreira viabilizada por concurso público e alguns nomeados sem a feitura deste último, com a queima de etapas que, não fosse assim, para chegarem a magistrados teriam que enfrentar. A quebra do princípio isonômico também decorre da diversidade de situação dos magistrados de carreira nos diversos Estados. Naqueles em que não existem Tribunais de Alçada concorrem, entre si e apenas entre si, às vagas da magistratura de carreira no Tribunal de Justiça e, então, os quatro quintos são preservados. Nos Estados em que existam Cortes de Alçada concorrem não só entre si, mas, também, considerados aqueles que ingressaram na Corte nas vagas do quinto, esvaziando-se o percentual que lhes é próprio. Difícil é conciliar o inconciliável, ou seja, a movimentação para cargos que inegavelmente integram carreira, porque previsto acesso por antigüidade e merecimento aos Tribunais de Justiça, daqueles que, na origem, não ocupam cargos nela compreendidos. Sim, aos cargos do quinto existentes nos Alçadas não concorrem os magistrados da última entrância – imediatamente anterior – e, portanto, são cargos que não estão na carreira da

magistratura, sendo preenchíveis, por isso mesmo, sem concurso público, apenas exigindo-se, sem demérito, os predicados já referidos e que constam no artigo 94 e a seleção mediante lista sêxtupla organizada pelo órgão de classe e reduzida a tríplice pelo Tribunal. A conclusão até aqui prevalente conduz a quadro duplamente prejudicial à carreira. O acesso ao Tribunal de Justiça faz-se considerada vaga compreendida nos quatro quintos e, portanto, de carreira, abrindo-se, no Alçada, não uma vaga a esta última – à carreira, mas sim ao quinto.

“Não, Sr. Presidente, em pé de igualdade devem ser colocados os princípios constitucionais alusivos à composição dos Tribunais – o pertinente ao quinto e o relativo aos quatro quintos. No caso, não se pode potencializar o primeiro em detrimento do segundo, mesmo porque o tratamento preferencial diz respeito a este último, tanto que de maior representatividade numérica. Os integrantes do quinto como que complementam a composição dos Tribunais, no que trazem cabedal de conhecimento equivalente ao dos magistrados de carreira, acrescido de experiência que, de início, estes não possuem, porque de há muito já distanciados da advocacia e do Ministério Público, se é que chegaram a atuar nos misteres pertinentes”²⁰⁹.

“Senhor Presidente, Senhores Ministros, o conflito entre os artigos 93, inciso III, e 94 da Constituição Federal é aparente. O primeiro, na alusão ao respeito à classe de origem, preserva a intangibilidade de uma carreira, aliás, a única relativa a Órgãos de Tribunal, a carreira dos magistrados que nela ingressaram mediante concurso de provas e títulos e passaram a ter a expectativa do direito de ascenderem de entrância a entrância até alcançarem o ápice que é representado pelo cargo de Desembargador. A Constituição visa evitar surpresas de percurso, mediante o aumento da clientela e, portanto, afunilamento inigualável, justamente quando, após anos e anos de sacrifício e dedicação, após alcançarem todas as entrâncias, chegam ao Alçada,

²⁰⁹ Supremo Tribunal Federal. Embargos de Infringência na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 29, 154-165.

avizinhandose o acesso ao cargo consagrador. A participação daqueles que, justificadamente, não tiveram de percorrer a trajetória pertinente às diversas entrâncias e, portanto, ingressaram diretamente no Alçada, mostra-se até mesmo desigual, porque é sabido contarem com maior mobilidade política do que os colegas que iniciaram carreira mediante, apenas, o esforço intelectual próprio. À magistratura de carreira estão asseguradas vagas nos Tribunais de Justiça que representam quatro quintos da composição e este percentual é resguardado pela parte final do preceito do inciso III do artigo 93 da Lei Básica. O advogado ou membro do Ministério Público que opta pela magistratura tem três caminhos a escolher – o da carreira, sujeitando-se ao concurso público de provas e títulos, o do embate junto à classe (na seleção para a lista sêxtupla), ao Tribunal (na manutenção do nome na lista, em que pese reduzida a tríplice) e, por fim, perante o Executivo (na nomeação como ato político e administrativo derradeiro). Nem se diga que a conclusão em torno de os cargos do Alçada serem de provimento isolado obstaculiza o acesso ao Tribunal de Justiça respectivo, pois tanto o advogado, quanto o membro do Ministério Público, são senhores da definição do cargo a ser preenchido, podendo concorrer, como tais e atendido o requisito temporal alusivo à experiência, quer as vagas do Alçada, quer as do Tribunal de Justiça. A deliberação pertinente a eles, e tão-somente a eles, é facultada, cientes, de início, de que, logrando sucesso, deixarão para trás a atividade que os credenciou, passando a ocupar cargo definido que não se encontra em qualquer carreira. Descabe cogitar de ingresso em uma nova carreira, mesmo porque difícil é conceber agasalhe a Constituição Federal, no particular, carreira sem que o integrante tenha nela ingressado por concurso público. A referência "à classe de origem" não pode ter alcance perquirido sem levar-se em conta princípio que mereceu não apenas alusão na atual Carta, mas sim disciplina mediante artigo individualizado – artigo 94 – com referência explícita em vários outros e que, ligado à

necessária participação de advogados e membros do Ministério Público na composição dos Tribunais, mostra-se abrangente não contemplando, ao menos quanto as Cortes Estaduais, qualquer exceção. Impossível é atribuir ao Legislador Constituinte de 1988 a atecnia maior de lançá-la - a exceção - em inciso de artigo anterior, quando a boa técnica é no sentido de considerar como campo próprio o relativo ao artigo que prevê a regra, quer no corpo deste ultimo, do próprio artigo, quer em parágrafo a ele correspondente”²¹⁰.

Nenhum dos ministros aderiu aos fundamentos do voto do relator, sendo que todos os que participaram do julgamento anterior mantiveram as razões do seu decidir. Quanto ao Ministro Carlos Velloso, não acompanhou o seu antecessor e fez a balança pender menos para o lado da maioria, pois se perfilou aos que acreditavam não ter sido recepcionada a lei da magistratura, opinando pela procedência dos embargos.

Assim, por seis votos a cinco, rejeitou o Supremo Tribunal os embargos à decisão na ação direta n. 29. Também foram rejeitados pela mesma maioria os embargos infringentes na ação direta n. 27. Nesta última, o Tribunal de Justiça paranaense ainda tentou prolongar a discussão valendo-se de embargos de declaração para que, revisando o julgamento, o tribunal deixasse claro qual o mecanismo de promoção para os juízes de alçada oriundos do quinto, uma vez que dez votos afirmaram a possibilidade de sua efetivação, mas estes se dividiram a metade no tocante à definição da vaga a ser ocupada.

Contudo, não logrou sucesso, restando encerrada a questão no sentido de que os juízes de alçada, independente da origem, concorressem à promoção como magistrados que

²¹⁰ *Supremo Tribunal Federal. Embargos de Infringência na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 29, 172-174.*

eram, deixando livre o quinto constitucional para advogados e promotores ainda em exercício no tempo da indicação.

1.4. A Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 813, de 9 de junho de 1994

Menos de quatro anos depois, em 9 de junho de 1994, o Supremo Tribunal voltou a se deparar com a mesmíssima controvérsia sobre o quinto constitucional. Agora, o dispositivo impugnado pela Ordem dos Advogados estava na Constituição do Estado de São Paulo²¹¹.

A norma paulista dispunha exatamente da forma declarada inconstitucional nas ações diretas nn. 27 e 29, determinando que as vagas destinadas ao quinto fossem preenchidas pelos juízes de alçada oriundos do Ministério Público e da advocacia.

Apesar de abordar tema aparentemente esgotado sobre o qual o tribunal firmara definitivamente posição, a renovação do quadro de ministros ensejou que o assunto fosse revisitado. Deixaram o Supremo Tribunal os Ministros Aldir Passarinho e Célio Borja, ambos contrários à canalização do quinto e, em seus lugares, entraram os Ministros Rezek e Ilmar Galvão. O Ministro Rezek, porém, participara do julgamento das ações diretas anteriores, manifestando-se pela inconstitucionalidade das normas gaúcha e paranaense.

Foi relator o Ministro Carlos Velloso que, como visto, posicionou-se pela constitucionalidade da canalização do quinto em momento anterior. Novamente o seu voto foi nesse sentido. Antes de adentrar o mérito, porém, sentiu-se obrigado a justificar porque reabria a discussão.

O relator fundamentou sua decisão de julgar

²¹¹ Constituição do Estado de São Paulo, de 5 de outubro de 1989, art. 63.

novamente algo que anteriormente já havia sido julgado argumentado, em síntese, que a segurança jurídica não corresponde ao imobilismo nem a cristalização da jurisprudência. Afirmou que a segurança, ao revés, exige que, sendo necessário, a estabilidade da interpretação dê lugar à sua revisão.

Ao fazê-lo, o relator acabou por dar ênfase ao aspecto prático da jurisdição e, por via de conseqüência, à coisa julgada que, longe de constituir ou sustentar um imperativo absoluto de imutabilidade, volta-se simplesmente à realização daquilo a que se propõe a atividade jurisdicional: solucionar o conflito de interpretação atual que a provocou.

Quando chegou à questão de fundo, porém, contrariando o espírito da introdução ao seu voto, não apontou nada de novo, tanto que apenas se limitou a transcrever os argumentos que montou nos julgamentos anteriores.

O Ministro Rezek, por sua vez, notou com precisão que, a pretexto de tentar compreender a decisão do Supremo Tribunal nas ações diretas nn. 27 e 29, alguns tribunais locais estavam mesmo a desrespeitá-las, pois, sobre o suposto fato de não ter se formado maioria no ponto relativo à promoção dos juízes de alçada chamados classistas, continuaram a fazer o que lhes havia sido proibido: preencher o quinto do tribunal de justiça com magistrados.

O Ministro Ilmar Galvão, antecipando o voto nem tão imprevisível do Ministro Paulo Brossard, resgatou o argumento de que o tribunal só mudara sua posição em razão do advento do estatuto da magistratura e, combinando-o com a interpretação do Ministro Marco Aurélio nas ações diretas anteriores, que foi buscar na mente de alguns constituintes as razões da constituição, concluiu que não mais tinha sentido a

manutenção da jurisprudência até então dominante, julgando improcedente a demanda.

O Ministro Marco Aurélio, agarrando-se a um tecnicismo, desprezou os antecedentes, pois, alegando a sua substituição por outros sem orientação definida (os acórdãos dos embargos infringentes), afirmou que a questão ainda estava em aberto. Sobre o fundo, adotou as razões do relator e, mantendo-se fiel às suas premissas básicas, admitiu a possibilidade da canalização do quinto.

Mas, entre todos os votos vencedores, é o do Ministro Paulo Brossard aquele que se deve dar maior atenção, pois nele, apesar de algumas considerações inadequadas (corporativismo dos quatro quintos) e equivocadas (influência decisiva da lei da magistratura), está materializada a mais perfeita interpretação sobre o quinto constitucional na nova ordem.

Não que haja no voto algo de original, afinal limita-se a reproduzir o que disse por ocasião do julgamento das ações diretas nn. 27 e 29, mas é exatamente nesses argumentos, como já foi dito, que reside a única razão que autoriza a virada jurisprudencial que de fato se verificou. De original em relação ao seu voto anterior, só a abordagem à questão da estabilidade.

“Senhor Presidente, quando do julgamento das ADIs n.ºs 27 e 29, em 1988, ocupei-me do assunto em seus vários aspectos; aos votos então enunciados nada tenho a retirar, nem a aditar; mantenho-os, portanto, reservando-me o direito de juntá-lo ao breve voto que vou proferir.

“A tese em debate vem sendo apreciada neste Tribunal faz mais de vinte anos; como Advogado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, participei do julgamento das Representações 879 e 881, ocorrido em 13 de dezembro de 1972,

quando a orientação impugnada na ADI 813-SP, veio a prevalecer.

“O eminente Advogado do Conselho Federal da Ordem, Professor Yves Gandra da Silva Martins, iniciou sua brilhante oração, salientando a importância da segurança jurídica e da manutenção da jurisprudência.

“Ninguém nesta Casa ou fora dela contestaria a tese, nem sua justeza; essa necessidade é manifesta. Mas também é evidente que a desejada estabilidade não há de ser absoluta. Não faz muito, mudamos a jurisprudência relativa à responsabilidade penal dos prefeitos. De 1971 a 1993, o Tribunal adotou determinada orientação; nesse sentido arrolei no meu voto trinta julgados. Com o correr do tempo algumas inflexões foram feitas, de maneira a aluir a solidez e o caráter absoluto do princípio enunciado. Contudo, outro dia, por unanimidade de votos, sendo Relator o eminente Ministro Carlos Velloso, o Tribunal fez uma correção, a meu juízo oportuna, e acertada; foi no Habeas Corpus 70.671-PI. A estabilidade é necessária? É. É louvável? É. Mas se o Tribunal se convence que deve mudar, por amor à jurisprudência não deve deixar de fazê-lo. Deve fazê-lo e deve ter a humildade de confessá-lo. Não é senão mudando que se corrige um entendimento menos feliz. Tomada uma posição mais ou menos acertada, se com o correr do tempo a Corte se convence que outra solução melhor existe, ela tem o dever intelectual, moral, político e social de corrigir-se, mudando e assumindo a responsabilidade de mudança. Afinal de contas já se disse que sapientis este mutare consilium.

“Ainda mais, não se pode ignorar que a Corte tem se dividido na apreciação da tese. A controvérsia chegou ao Tribunal em 1972, quando o então Procurador-Geral da República e atual decano do Supremo, Ministro Moreira Alves, ajuizou duas representações, impugnando preceito do Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul e Resolução do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; ambas as normas impugnadas, inspiradas no precedente paulista de 1951, estabeleciam que advogados e membros do Ministério Público nomeados para o quinto do Tribunal de Alçada não ficavam

impedidos de ascender ao Tribunal de Justiça, por merecimento, nas vagas reservadas ao quinto, conservando, para esse efeito, a qualidade profissional originária, de advogados e procuradores, que permitiram chegassem ao Alçada. Em 13.XII.72, por 8 a 2, na Rep. 879, do RGSul, relator o Ministro António Neder, RTJ 67-630, e por 8 a 3, na Rep. 881, de Minas Gerais, relator o Ministro Djaci Falcão, RTJ 66-631, o STF a ambas julgou improcedentes.

“Ocorre que em março de 1979 foi promulgada a Lei Complementar n. 35, Lei Orgânica da Magistratura, cujo § 4º do artigo 100 consagrou a orientação minoritária no Supremo Tribunal Federal, dispondo que “os juízes que integram os Tribunais de Alçada somente concorrerão às vagas dos Tribunais de Justiça correspondentes à classe dos magistrados”. Embora a LOMAM devesse entrar em vigor quatro dias depois, por maioria, 7 a 4, a interpretação por ela adotada veio a prevalecer na Representação 1006, relator Ministro Leitão de Abreu, acórdão de 10.V. 79, RTJ 92 - 460, cuja ementa reproduz o texto legal. Dos quatro votos vencidos, dois foram explícitos em declarar que a lei ainda não estava em vigor e por isso deixavam de considerá-la. Passaram-se quatro anos e meio e no julgamento do RE 100.554, relator o Ministro Rafael Mayer, acórdão de 18.XI.83, foi mantida a solução da LOMAN, RTJ. 113-1264. O Ministro Muñoz submeteu-se então à interpretação acolhida pela lei, p. 1272. Outros cinco anos, quase, transcorreram e, no julgamento do RE 108.571, acórdão de 12.VIII.88, relator o Ministro Néri da Silveira, DJ 23.IX.88, Ementário 1516-5, no mesmo sentido foi a decisão do Supremo.

“Já sob a Constituição de 88, o Conselho Federal da OAB ajuizou as ações diretas 27 e 29, impugnando a constitucionalidade de assentos regimentais dos Tribunais do Paraná e do Rio Grande do Sul, que voltaram a permitir o acesso do quinto do Alçada para o quinto do Tribunal de Justiça, inspirados no que a Constituição consignara no inciso II do seu artigo 93, “o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de

Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem". Foram seus relatores, respectivamente, os Ministros Célio Borja e Aldir Passarinho. Por 7 a 4, o Supremo julgou procedente ambas as ações, RTJ 132-945 e 132-483. Aos dois julgados foram opostos embargos, relatores os Ministros Aldir Passarinho e Marco Aurélio. Por acórdãos de 17.XII.90, o STF os rejeitou; contudo, a divisão foi maior, 5 a 5, mas o voto divergente de ambas as correntes que concluía pela impossibilidade dos juízes do Alçada integrantes do quinto chegaram ao Tribunal de Justiça, porque ocupantes dos cargos isolados, deu maioria à que se conservava fiel à orientação anterior, espelhada na LOMAN, RTJ 134-963 e 133-955.

"Passados cinco anos e meio, ainda pelo Conselho Federal da OAB, foi aforada a presente ação direta 813, desta vez argüindo a inconstitucionalidade do § 3º do art. 63, da Constituição paulista, verbis, 'as vagas dessa natureza (do quinto) ocorridas no Tribunal de Justiça serão providas com integrantes dos Tribunais de Alçada, pertencentes à mesma classe, pèlos critérios de antigüidade e merecimento alternadamente, observado o disposto no art. 60'.

"A segurança jurídica é necessária, sem dúvida. No caso, porém não se pode falar propriamente em estabilidade da jurisprudência do Tribunal, porque, por motivos conhecidos e ponderáveis, ela tem oscilado de 1972 a 1994"²¹² (154-157).

"A Constituição de 1934 não falava em tempo de advocacia ou de Ministério Público; a Constituição de 46 exigiu, porém, que os escolhidos, de notório merecimento e reputação ilibada, contassem com dez anos, pelo menos, de prática forense. Ocorreu, no entanto, um fato que veio a justificar a alteração desse preceito. Embora fosse claro que a Constituição desejasse inserida nos Tribunais a experiência profissional de advogados e membros do Ministério Público, deu-se no Paraná nomeação para desembargador de funcionário na Secretaria do Tribunal de Justiça, Revista dos Tribunais, 284-649 a 664, 31 a 38. Este fato, é notório,

²¹² Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 813, 154-157.

inspirou a Emenda número 16, de 1965, à Constituição de 46, tornando explícito o que era óbvio, ao aludir a ‘advogados que estivessem em efetivo exercício da profissão’.

As constituições posteriores mantiveram a cláusula ‘advogados em efetivo exercício da profissão’, cláusula que ensejou alguma divergência no seio do Supremo Tribunal Federal. Alguns Ministros entenderam que o efetivo exercício da advocacia era no momento do ingresso na magistratura, no Tribunal de Justiça ou no Tribunal de Alçada, mas, tendo ingressado neste, a exigência constitucional estava atendida se viesse a ser promovido ao Tribunal de Justiça no preenchimento de vaga reservada ao quinto constitucional. Assim entendeu o Supremo Tribunal ao julgar as Representações 879 e 881, do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais, relatores os Ministros ANTONIO NEDER e DJACI FALCÃO²¹³.

“Posteriormente, a Lei Complementar número 35, de 14 de março de 1979, dispondo sobre a Magistratura Nacional, adotou outra orientação, a que ficara vencida no Supremo Tribunal Federal quando dos referidos julgados de 1972”²¹⁴.

“A nova Constituição, no entanto, não repetiu a cláusula que vinha da Emenda número 16, de 1965, e fora reproduzida pela Constituição de 1967, pela Emenda número 1, de 1969, e pela Emenda número 7, de 1977, antes lhe deu outra versão ao exigir que o advogado para ser nomeado para tribunal tivesse ‘mais de dez anos de efetiva atividade profissional’, e não mais que estivesse ‘em efetivo exercício da profissão’.

Não foi inutilmente que a Constituição de 1988 deixou de empregar a expressão ‘advogados... em efetivo exercício da profissão... com dez anos, pelo menos, de prática forense’, passando a usar ‘advogados... com mais de dez anos de atividade profissional...’. A anterior redação, para alguns

²¹³ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 813, 164-165.

²¹⁴ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 813, 166

*intérpretes, presos à letra da lei, exigiria que o advogado estivesse de escritório aberto, às voltas com prazos e audiências e recursos para poder ser nomeado magistrado; com a nova redação essa interpretação literal não teria cabimento*²¹⁵.

Também o Ministro Celso Mello se manteve fiel ao seu voto anterior, limitando-se a discutir mais a fundo a estabilidade das decisões judiciais, afirmando que, apesar da importância da manutenção dos precedentes, não se furtou a reexaminar a questão.

*“Tenho para mim, Sr. Presidente, que oscilações hermenêuticas em torno de graves questões constitucionais, especialmente quando tenham sido elas objeto de recentes decisões desta Supremo Corte, afetam seriamente o **desejável** coeficiente de segurança jurídica que os pronunciamentos dos Tribunais devem sempre proporcionar.*

*“Não se pode desconhecer que a experiência decorrente da atividade jurisprudencial das Cortes judiciárias, embora não sendo estática e nem imobilizante – especialmente dentro de um sistema jurídico que não consagra a doutrina do **stare decisis** – deve revestir-se do necessário grau de estabilidade, em ordem a não gerar, no âmbito das formações sociais, quaisquer incertezas ou controvérsias na interpretação do sistema de direito positivo do Estado.*

*“A estabilidade das decisões judiciais, notadamente daqueles emanadas do Supremo Tribunal Federal, tem, na observância criteriosa dos precedentes judiciais, um relevantíssimo fator de preservação da segurança jurídica, como ressalta, em sua clássica obra ‘**The Nature of the Judicial Process**’, o **Justice** da Suprema Corte Americana BENJAMIN NATHAN CARDOZO.*

“Mesmo tendo presentes a inquestionável autoridade, a significação jurídica e a importância político-social dos

²¹⁵ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 813, 166-167.

*precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal na resolução das grandes controvérsias constitucionais, procedi, ainda assim, a uma nova análise das teses que se antagonizam, em tema de **quinto constitucional**, no âmbito deste processo de controle normativo abstrato.*

*“Contudo, mesmo após essa nova reflexão sobre o tema, peço vênua para insistir no entendimento que perfilhei, em longo voto, tanto por ocasião do julgamento da **ADIn 27** e da **ADIn 29** (**RTJ** 132/497-501 e **RTJ** 132/956-960), quanto da apreciação dos embargos infringentes que vieram a ser opostos aos acórdãos proferidos naqueles mesmos processos (**RTJ** 133/988-995 e **RTJ** 134/997-1003)”²¹⁶.*

O Ministro Sydney Sanches, que votou pela improcedência da demanda, fez uma severa crítica ao controle de constitucionalidade abstrato brasileiro que, conforme acreditava, permitia o surgimento de incoerências na interpretação constitucional afirmada pelo Supremo Tribunal. É importante observar, porém, que tal crítica não pode mais subsistir diante da postura recentemente adotada pelo tribunal na reclamação n. 1.880 (agravo e questão de ordem).

“Sr. Presidente, pelo nosso sistema constitucional, em ação direta de inconstitucionalidade, quando o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de um ato normativo estadual, somente este é que fica atingido. Nada impede que outro ato normativo estadual, embora tratando da mesma questão enfrentando a mesma situação fática e jurídica, seja examinado com amplitude pelo Tribunal, chegando, inclusive, eventualmente, a conclusão diversa. Isso mostra a deficiência de nosso sistema.

“O que me parece chocante é que se possa declarar a inconstitucionalidade do acesso de membros do quinto do Tribunal de Alçada do Paraná e do Rio Grande do Sul para o Tribunal de Justiça e, eventualmente, noutra julgamento, a

²¹⁶ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 813, 223-224.

constitucionalidade do acesso dos membros do quinto do Alçada de São Paulo para o seu Tribunal de Justiça. Mas a verdade é que a presente ação tem inteira autonomia, porque seu objeto é outro, a norma impugnada é outra, embora a tese em discussão seja a mesma.

“Confesso que se o Tribunal propendesse, agora, pela manutenção do entendimento adotado nos casos do Rio Grande do Sul e do Paraná, cada qual dos Ministros ressaltando seu ponto de vista, vencido, com foi o meu, na ocasião, eu aderiria a esse entendimento, em homenagem ao precedente e à uniformidade, ainda que contrariado, intimamente, em minha convicção, porque vejo grandes riscos nas bruscas mudanças de orientação do Tribunal, sobretudo em questões constitucionais”²¹⁷.

Em suma, com a exceção do Ministro Marco Aurélio, todos os demais ministros que participaram de alguma das etapas do julgamento das ações diretas nn. 27 e 29 mantiveram a mesma orientação que manifestaram naquela ocasião. Contudo, com a substituição do Ministro Aldir Passarinho pelo Ministro Ilmar Galvão, a balança pendeu para o lado dos que aceitavam a constitucionalidade da canalização do quinto pelos tribunais de alçada. Foram sete os votos nesse sentido, e quatro pela inconstitucionalidade.

Também nessa ação direta foram opostos embargos infringentes que, como os anteriores, não lograram inverter a decisão. Julgados improcedentes pela maioria quase quatro anos depois, em 11 de fevereiro de 1998, tiveram por relator o Ministro Octávio Gallotti. Nessa ocasião os Ministros Rezek (contrário à canalização) e Brossard (favorável) já haviam sido substituídos pelos Ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim, sendo que ambos deram pela improcedência do pedido.

²¹⁷ *Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 813, 225-226.*

2. ANÁLISE DAS DECISÕES SOBRE O QUINTO CONSTITUCIONAL

Como se pôde observar, entre 1972 e 1994 o Supremo Tribunal mudou duas vezes sua interpretação sobre o modo de efetivação do quinto constitucional, pendendo ora por aceitar como constitucionalmente adequado o ingresso de advogados e promotores já feitos juízes dos tribunais de alçada, ora por entender que a constituição exigiria o provimento das vagas nos tribunais de justiça diretamente com indicados em listas encaminhadas pelas procuradorias de justiça e seções locais da Ordem dos Advogados.

A norma constitucional que está no centro da discussão foi ensaiada na Constituição de 1934: “[na]

composição dos Tribunais superiores serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista tríplice”²¹⁸.

Restrita, no que toca ao seu alcance, era norma especial, voltada exclusivamente para uma fração dos tribunais. Além disso, ainda não havia nela a exigência expressa de experiência profissional. O “notório merecimento” podia derivar, por exemplo, exclusivamente de mérito acadêmico.

Em 1937 a Constituição dispôs sobre o quinto da seguinte maneira: “[na] composição dos Tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogados ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, organizando o Tribunal de Apelação uma lista tríplice”²¹⁹. Como se percebe, não houve alteração substantiva em relação à norma de 1934.

O quinto ganhou nova dimensão, mais ampla em termos de organização judiciária, quando em 1946 a Constituição estendeu a norma aos tribunais estaduais: “na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados e membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, com dez anos, pelo menos, de prática forense”²²⁰, determinando, ainda, que o Tribunal Federal de Recursos fosse composto, em um terço, por advogados e promotores²²¹.

²¹⁸ Constituição de 1934, art. 104, § 6º.

²¹⁹ Constituição de 1937, art. 105.

²²⁰ Constituição de 1946, art. 124, V.

²²¹ Constituição de 1946, art. 103.

Outro ponto importante de distinção em relação às normas precedentes estava na expressa exigência de experiência profissional, o que se fez impondo a escolha entre advogados e promotores com mais de dez anos de prática. A Constituição reduziu “notório merecimento” a uma única possibilidade: vivência forense.

Com isso, explicitou o propósito da norma, coisa que em 1934 não havia sido feita. Era a experiência forense o que importava à Constituição, pois com ela poderiam os “magistrados classistas” balancear a perspectiva dos tribunais na aplicação da lei. Se na década de 30 a norma tinha algum caráter corporativista – o que apesar de não ser improvável efetivamente se desconhece, perdeu-o por completo na década seguinte.

Em 1965 a disposição foi reformada para que dela constasse um novo requisito: a exigência de que o advogado estivesse no efetivo exercício da advocacia²²². Ao que parece, incomodados pelo desrespeito à intenção constitucional, os militares que governavam o país, impuseram ao Congresso Nacional esta emenda para impedir abusos futuros.

Com tal providência, quem não estivesse a advogar não poderia compor a lista tríplice e, portanto, estaria excluída a possibilidade de integrar o tribunal. A vontade da constituição permaneceu a mesma, mas, em nome da necessidade de potencializar a sua efetivação, um requisito limitante veio à luz.

A Constituição de 1967²²³, bem como sua emenda de 1969, repetiram a idéia da disposição de 1965: “na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será

²²² Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, art. 18.

²²³ Constituição de 1967, art. 136, IV.

preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos pelos menos de prática forense”²²⁴.

Contudo, estava já a funcionar, desde 1951, um tribunal de alçada em São Paulo e lá, montou-se um sistema complexo com conseqüências sobre o quinto. Os paulistas tornaram-no ponto intermediário na organização judiciária para permitir que todos os seus juizes pudessem ser promovidos ao Tribunal de Justiça. Ao mesmo tempo, segregaram os juizes oriundos do quinto, possibilitando a estes a progressão nas vagas que o Tribunal de Justiça reservava ao quinto. Assim, não haveria mais neste tribunal assento algum que pudesse ser preenchido por profissionais estranhos à magistratura.

Tal solução também foi adotada por outros estados, entre os quais o Rio Grande do Sul (representação n. 879) e Minas Gerais (representação n. 881) e, como se viu, foram estes os primeiros alvos do Supremo Tribunal Federal.

Hoje é possível perceber que naquela ocasião o STF perdeu o foco da discussão ao declarar a constitucionalidade das disposições gaúcha e mineira, mas na época pareceram mais fortes os argumentos “paulistas”, baseados que estavam em uma experiência de mais de dez anos.

Ao afirmar a suposta reserva dos quatro quintos para a magistratura de carreira, o tribunal interpretou a norma sobre o quinto sob um enfoque corporativista, afinal extraiu uma norma de proteção a uma categoria funcional de um dispositivo que pretendia apenas melhorar a prestação

²²⁴ Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, art. 144, IV.

jurisdicional, ampliando o campo de visão do tribunal ao nele agregar a experiência de outros profissionais do direito.

Não me parece que na constituição então vigente existisse qualquer proteção à classe dos juízes, afinal todas as garantias e vantagens estabelecidas em favor da magistratura almejavam – como ainda hoje almejam – não o benefício dos magistrados, mas, sim, possibilitar o exercício da jurisdição da melhor forma possível. Se essa proteção de fato existiu em algum momento – em 1934, por exemplo, época em que era forte a idéia de um estado corporativo – há muito se perdera.

A única relação possível do quinto com o corporativismo era a de exclusão mútua, pois como a ampliação do horizonte do tribunal com a inclusão de advogados e promotores – cada um com experiência profissional bastante distinta da do outro e dos magistrados – pretendia quebrar a identidade na formação dos magistrados, não há como, a partir da norma que o instituiu, extrair uma proteção a uma classe qualquer.

A experiência de São Paulo, porém, falou mais alto e, a bem da verdade, sua aceitação pelo Supremo Tribunal não foi algo de forma alguma que se possa considerar absurdo. Há nela, apesar do corporativismo escancarado, um fundo também voltado ao interesse público: a suposta necessidade do predomínio de juízes profissionais no tribunal de justiça.

No que toca à cláusula do “efetivo exercício”, embora pareça uma afronta direta e injustificável ao texto, há que se recordar a existência de uma abordagem que passa longe disso e era, à luz da experiência paulista, mais do que aceitável. Acreditava-se que estaria atendida a constituição quando no momento do ingresso na magistratura o advogado ou promotor estivesse a exercer a profissão, assim, quando

pela promoção o “magistrado classista” passasse ao tribunal de justiça nenhuma violação estaria sendo praticada.

Sob esse ponto de vista, o juiz de alçada que ingressasse pelo quinto no tribunal de justiça teria atendido ao requisito do efetivo exercício no momento em que ingressara no tribunal de alçada. Essa solução, diga-se, não prejudica de forma alguma o verdadeiro objetivo do quinto – a “oxigenação” dos tribunais, afinal a formação dos que ingressaram pelo quinto não se perde quando esses tomam posse como magistrados.

Contudo, por melhor que fossem os fundamentos da decisão do tribunal, a exigência de que a escolha do quinto recaísse sobre profissional no exercício de sua atividade não permitia a sua subsistência.

Sendo assim, está suficientemente claro que o Supremo Tribunal não alcançou a vontade da constituição no julgamento das representações nn. 879 e 881, razão pela qual foram substituídas por outra em 1979, afinal não correspondiam à melhor interpretação possível.

O ajuste na jurisprudência aconteceu no julgamento da representação n. 1.006. Tendo notado que o pilar de sustentação das decisões precedentes era uma suposta necessidade de segregar os magistrados oriundos da advocacia e do Ministério Público, pôde o tribunal se desvincular das limitações do modelo paulista, afirmando que na constituição não existia nenhum permissivo à distinção classista que permitira anteriormente.

A cláusula do “efetivo exercício”, conforme julgou o tribunal, não comportava a interpretação que anteriormente aceitara. Sua dicção era suficientemente precisa para excluir,

portanto, a admissibilidade da canalização do quinto do tribunal de justiça pelo tribunal de alçada.

Egressos da advocacia, não eram mais os magistrados advogados, mas magistrados em sentido pleno. O mesmo valia para os promotores. Dessa forma, havia que se permitir a ascensão funcional destes sem prejuízo do quinto constitucional. Foi o que resolveu o tribunal ao determinar que os juízes de alçada, todos eles, concorreriam em igualdade de condições à promoção ao Tribunal de Justiça nas vagas não reservadas ao quinto.

Como a promoção dos juízes oriundos da advocacia ou da promotoria era algo importante, e isso fora reconhecido até mesmo pelos que os segregavam, haveria que se admitir o seu ingresso na condição de magistrados, pois isso, evidentemente, não atentaria contra o escopo da constituição.

O dispositivo constitucional que tratava da promoção não distinguia entre os magistrados: “o acesso aos Tribunais de segunda instância dar-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente. A antigüidade apurar-se-á na última entrância, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça”²²⁵. Sendo assim, não haveria como a ascensão funcional dos juízes influenciar na compreensão do quinto.

Compatibilizadas as normas constitucionais, restaram atendidos os seus diferentes objetivos. Para isso bastou que se eliminasse do debate o elemento estranho que nele foi introduzido pelo corporativismo: a discriminação entre iguais. Sem dúvida alguma essa virada jurisprudencial pôs a compreensão da constituição no caminho correto.

²²⁵ Constituição de 1967 (Emenda n. 1), art. 144, III.

Em 1988 a norma sobre o quinto e a que tratava das promoções foram alteradas. A primeira ficou assim redigida: “[um] quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes”²²⁶. A outra: “o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem”²²⁷.

Abstraindo as modificações relacionadas à adequação à nova estrutura do judiciário, pois não nos interessam nesse passo, produziu a constituição efetiva inovação na disciplina do quinto. Agora não mais constava da norma a exigência introduzida em 1965, de que os candidatos ao quinto estivessem a exercer suas atividades profissionais, bastando à constituição que contassem com experiência forense suficiente – dez anos de carreira, no mínimo – para não ceder ao ponto de vista comum dos magistrados de carreira.

O requisito circunstancial, portanto, não mais existia, importando à norma apenas a qualificação profissional aurida em pelo menos dez anos de efetiva prática. Ao lado disso, foi introduzida na sistemática da promoção a distinção que, embora pretendida, até então não existia. A classe de origem passou a ser relevante quando discutido o acesso aos

²²⁶ Constituição de 1988, art. 94.

²²⁷ Constituição de 1988, art. 93, III.

tribunais de justiça.

Nesses termos, percebe-se que aquele ponto de vista inadequado ante o disposto na constituição passada, tornou-se o mais correto à luz das novas normas constitucionais, pois era o único que atendia às exigências estabelecidas pelo texto, afinal conciliava disposições distintas mas ligadas entre si.

Contudo, quando o Supremo Tribunal julgou as ações diretas nn. 27 e 29, não conseguiu perceber a mudança de orientação, mantendo-se preso à experiência passada. Com isso, não alcançou a vontade da nova constituição. O precedente (representação n. 1.006) turvou a percepção do tribunal. Assim, a experiência válida em outros tempos prejudicou a compreensão dos novos dispositivos constitucionais.

O Ministro Brossard foi o único que percebeu que a sutil alteração do texto deu ensejo à reorientação da norma nele veiculada. Não foi capaz, porém, de convencer a maior parte dos seus pares nem de libertar a si próprio do preconceito que acompanha a tese da canalização do quinto pelo tribunal de alçada desde a sua formação na década de 50: o princípio corporativista da reserva de quatro quintos dos assentos dos tribunais de justiça aos magistrados de carreira.

Além disso, o Ministro Brossard afirmou que o Supremo Tribunal só tornou inconstitucional essa reserva porque teria se deixado levar pela lei da magistratura, alvejando a própria dignidade do precedente, afinal é sempre pejorativa a afirmação de que se interpretou a constituição em face da lei, e não a lei em face da constituição.

Contudo, nada disso muda o fato de que, sob a

nova ordem jurídica, tinha razão o Ministro Brossard no ponto em que demonstrou a diferença entre a norma constitucional revogada e as normas constitucionais vigentes sobre o quinto e sobre a promoção.

Novamente demorou um pouco para o tribunal corrigir a sua jurisprudência. Aconteceu em 1994 a virada que restituiu a qualidade do acerto à interpretação constitucional (ação direta n. 813). Como se pôde perceber, a discussão foi acirrada e os ministros que se mantiveram fiéis ao passado desconsiderando a vontade constitucional o fizeram declarando expressamente a resistência ao enfoque corporativo, o que, como visto, perdera o sentido.

Em outras palavras, o preconceito que pegara carona na alteração da norma foi de tal modo resistido pelos que os combateram no passado, que homens gabaritados como os Ministros Moreira Alves, Celso de Mello, Francisco Rezek e Sepúlveda Pertence, reconhecidamente capazes de compreender com perfeição as nuances constitucionais, tiveram ofuscada sua percepção por um embate que não tinha mais relevância.

A constituição tinha sim mudado o quinto, e isso era inegável pela simples exclusão do texto de uma cláusula essencial para a determinação da experiência anterior, contudo não admitiu cláusula corporativa. O quinto manteve-se afastado de qualquer proteção aos magistrados de carreira, mas sua operacionalização levou em conta a conveniência de adequar a formação do tribunal de justiça pela progressão funcional aos seus objetivos.

Quando a constituição rejeitou a cláusula “em efetivo exercício”, admitiu que era tão-somente a experiência profissional que pretendia prestigiar. Ao mesmo tempo,

quando ressaltou na disposição da promoção a “classe de origem”, demonstrou que a procedência do magistrado era sim relevante para a composição do tribunal de justiça.

Da conexão desses dois dispositivos torna-se clara a vontade da constituição de que nenhum tribunal pode prescindir de magistrados com experiência profissional aurida longe da magistratura, impondo-se aos tribunais de justiça, portanto, recrutar entre os juízes experimentados na advocacia e na promotoria aqueles que comporiam a sua quinta parte.

Não há nessa norma qualquer proteção aos magistrados de carreira e isso fica evidente quando se tem em mente que nos tribunais compostos por número de magistrados indivisível por cinco, a constituição exige que ao quinto sejam destinadas mais que um quinto das suas vagas.

Apesar de obscurecido pelo embate no que toca à sua conclusão, tinha razão o Ministro Moreira Alves ao negar a existência de um suposto princípio corporativo da “reserva dos quatro quintos”. Nem antes, nem depois de 1988, a constituição se preocupou com a defesa dos interesses dos magistrados de carreira e a regra do quinto, com muito mais razão, não poderia ter sido utilizada para demonstrar a existência de norma implícita nesse sentido.

A constituição pretendia – e continua a pretender até hoje – exclusivamente à melhoria da jurisdição, pois uma decisão é tanto melhor quanto forem os pontos de vista sobre o que se está a discutir. A inclusão nos tribunais de profissionais com experiência diversificada atenderia a esse objetivo, pouco importando a circunstância destes estarem em efetivo exercício no momento da indicação ou não, afinal a vivência é algo que não se perde.

3. COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMPATIBILIZOU A COISA JULGADA COM AS VIRADAS EM SUA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O QUINTO CONSTITUCIONAL

Como visto, duas foram as viradas hermenêuticas na jurisprudência do Supremo Tribunal entre 1972 e 1994. A primeira, ocorrida em 1979, eliminou a interpretação que fora afirmada inicialmente, sem que, contudo, fosse operada a correspondente exclusão formal da decisão na representação n. 879 pela decisão na representação n. 1.006, pois esta não se referia diretamente à norma gaúcha.

Todavia, é evidente, não havia como sustentar a validade concomitante das duas decisões, pois se a constituição é única e sua norma não pretende discriminar positivamente entre as unidades da federação – e esse definitivamente não era o caso do quinto constitucional, a interpretação que se impõe no Rio Grande do Sul deve ser a mesma que vale para o Rio de Janeiro.

Assim, quando em 12 de agosto de 1988 a questão voltou a ser debatida no recurso extraordinário n. 108.571, originado de mandado de segurança contra o ato do judiciário gaúcho, não hesitou o tribunal em uniformizar a interpretação da constituição, revogando, no caso concreto, a decisão abstrata que afirmara a constitucionalidade da norma.

É certo que a coisa julgada não entrou expressamente no concerto das razões e contra-razões da decisão, mas também o é que ela estava lá, latente, implícita na postura do recorrido, o que se extrai com alguma força do parecer do Procurador-Geral da República.

“Mostra-se evidente o dissídio entre o v. acórdão recorrido e a decisão proferida por essa colenda Corte no julgamento da Rp. 1.006-RJ [omitido].

“No mérito, verifica-se que o acórdão recorrido esposou, integralmente, o entendimento adotado por esse colendo STF nos julgamentos das Rp. n.ºs 879-RS (RTJ 67/630) e 881-MG (RTJ 66/631)”²²⁸.

“Sucede que, a partir do julgamento da Rp. 1.006-RJ [(RTJ 92/460)], esse Pretório Excelso modificou o seu posicionamento, no que concerne à interpretação a ser dada à expressão ‘em efetivo exercício da profissão, contida no inciso IV, do art. 144, da Constituição Federal, e relativa ao direito deferido aos advogados de comporem, pelo quinto dos lugares, os Tribunais do País, levando em conta, ainda, a Lei Complementar n.º 35/79, editada após os julgamentos das Rp. 879-RS e 881-MG o que estabelece expressamente [omitido]”²²⁹
985

“Vê-se, por conseguinte, que o v. acórdão recorrido ao se apoiar em jurisprudência já superada, dessa colenda Corte, ofendeu abertamente o art. 144, inciso IV, da Lei Maior, além de ter negado vigência ao art. 100, § 4.º, da LOMAN”²³⁰.

O relator, o Ministro Néri da Silveira, fiel ao mais recente precedente do tribunal, desprezou suas próprias convicções para conceder a segurança ao recorrente, a seção local da Ordem dos Advogados, que pretendia indicar os

²²⁸ *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário n. 108.571, 985.

²²⁹ *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário n. 108.571, 985.

²³⁰ *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário n. 108.571, 990.

advogados aptos à ocupar assento destinado ao quinto no tribunal de justiça gaúcho. Assim, mesmo sem o declarar, levou a cabo a revisão da declaração de constitucionalidade transitada em julgado.

Diferente do que aconteceu em 1979, na transição da ação direta n. 29 para a de n. 813 o debate foi mais acalorado, pois em agosto de 1994 o Supremo Tribunal praticamente desconstituiu decisão sua da qual não cabia mais recurso. Como se não bastasse a “rescisão” em controle objetivo – há muito o tribunal já não admitia a ação rescisória propriamente dita nesses casos²³¹, o desfazimento se deu em uma reclamação, tipo de demanda que, conforme precedente²³², não servia à preservação de acórdão em ação direta.

Proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados, a reclamação n. 479 atacou ato do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, contrariando o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 29, insistiu em preencher as vagas destinadas ao quinto constitucional com a promoção de juízes que ingressaram no tribunal de alçada daquele estado, vindos da advocacia e da promotoria.

Como no momento em que a reclamação foi julgada o tribunal já havia revisto sua orientação (ação direta n. 813), decidiram os ministros, em sua maioria, que importava preservar a unidade constitucional e a coerência atual da ordem jurídica e, por isso, relevaram os argumentos a favor da estabilidade e da coisa julgada. Dada a importância da decisão convém examiná-la mais de perto.

Após a manifestação do relator, o Ministro Marco

²³¹ *Supremo Tribunal Federal*. Ação rescisória n. 878, julgada em 19 de março de 1980.

²³² *Supremo Tribunal Federal*. Agravo regimental na reclamação n. 354.

Aurélio, que passou ao largo da questão, o Ministro Rezek votou por privilegiar a manutenção do julgado. Preocupou-se com as oscilações da prática jurisprudencial e, por isso, acreditou necessário forçar o reclamado a promover juízes na forma da decisão ultrapassada.

Não há como extrair de sua argumentação, contudo, uma defesa incondicional da coisa julgada, pois, apesar dessa idéia transpassar dos fundamentos à conclusão, está claro que o incomodou sobremaneira a atitude do tribunal gaúcho que postergou ao máximo o preenchimento do quinto constitucional.

“O Supremo Tribunal Federal mudou. Sua composição mudou. Isso faz parte da ordem natural das coisas; pode acontecer. Ninguém pretenderia limitar a liberdade de voto de qualquer membro do Tribunal, a liberdade de exprimir-se de acordo com suas convicções, com sua consciência, embora saibamos quão desastrosos são os efeitos colaterais de oscilações no pensamento reinante na Corte Suprema.

“O parecer [do Procurador-Geral da República] chega a dizer, em certo momento, que o Tribunal de Justiça limitou-se a não deixar correr a lista, a não reduzi-la a tríplice, submetendo-a ao Governador, porque quis aguardar novas decisões do Supremo Tribunal. Em que medida prestigiar semelhante entendimento não é valorizar a rebeldia ao que decide a casa, e sabe Deus por quanto tempo? Cruzemos os braços a ver o que o Supremo do ano 2.010, provavelmente melhor que o do nosso tempo, dirá sobre este ou aquele tema. É possível reagir assim a uma decisão tomada pela casa?

“Acolho a reclamação para, caso este ponto de vista prevaleça, determinar ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que proceda de acordo com o direito existente à época dos fatos, tal como interpretado, à época, pelo Supremo Tribunal Federal. A segurança das relações jurídicas, penso eu, estaria ameaçada se de outro modo procedêssemos. Havia um direito

aplicável à época, e esse é o direito que se deve observar"²³³.

Após o voto do Ministro Rezek, o Ministro Marco Aurélio viu-se obrigado a adentrar na seara da coisa julgada. Rejeitou, porém, a possibilidade de manter a força da decisão anterior, pois, conforme esclareceu, não poderia o Supremo Tribunal deixar de conhecer a evolução de sua própria jurisprudência.

“Senhor Presidente, gostaria apenas de fazer uma observação, como Relator. A Constituição de ontem, que norteou o julgamento dos embargos infringentes na ação direta de inconstitucionalidade nº 29, é a mesma de hoje. Em data recente, o Tribunal assentou que o artigo 93, inciso III, dessa Constituição, no que se refere à classe de origem, tem um determinado sentido. Já se disse, lembro-me bem de um trabalho doutrinário do Ministro Néri da Silveira, que de nada adianta, em si, a unidade do direito – e aqui não estamos diante da unidade do direito considerado um diploma de índole ordinária, mas a própria Lei Básica da República – se não houver a uniformização de entendimentos sobre esse mesmo direito.

“Senhor Presidente, costumo ressaltar que a pior divergência – e, aí, somo a minha fala à do Ministro Francisco Rezek – é a intestina. Não obstante, a interpretação de um diploma sempre evolui, e essa evolução ocorreu no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

“Não consigo. Senhor Presidente, em face do último pronunciamento da Corte, conciliá-lo com uma possível decisão, neste caso concreto, no sentido de que as vagas do quinto, nos Tribunais de Justiça, devem ser preenchidas por egressos, na forma direta, da classe dos advogados e do Ministério Público, porque, aí, teremos uma dualidade incompatível com a uniformidade e a unidade do direito. Em São Paulo, consoante o decidido na ação direta de inconstitucionalidade a que me reporte, relatada pelo Ministro

²³³ Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 479, 110-112.

Carlos Velloso, de acordo com o último provimento do Supremo Tribunal Federal, a movimentação far-se-á de quinto para quinto, enquanto, no Rio Grande do Sul, unidade que integra a Federação, tendo em vista o fato de a Corte, em um dado momento, haver consignado o conflito de um assento que já não existe mais no mundo jurídico com a Carta, essa movimentação não se dará de igual maneira e teremos, portanto, a aplicação do artigo 94 na sua amplitude maior.

“O que quero dizer. Senhor Presidente, é que houve uma evolução, que não pode ser desconhecida por este Plenário. O que quero registrar, acima de tudo, é que o artigo 94 bem como o artigo 93 da Carta Federal têm sentido único, quer se cuide do Rio Grande do Sul, quer de São Paulo ou qualquer outro Estado.

“Esses eram os esclarecimentos e os aspectos que precisava ressaltar, em prol da coerência e, portanto, da uniformização de entendimentos”²³⁴.

Ao Ministro Sepúlveda Pertence, a demanda pareceu procedente. Mirando exclusivamente a necessidade de preservar a autoridade de uma decisão desautorizada pelo próprio Supremo Tribunal, insistiu em fazer a interpretação ultrapassada conviver com a nova interpretação afirmada em 1994.

Há uma certa semelhança entre o voto do Ministro Pertence e o do Ministro Rezek, pois em um e outro pesou o desrespeito reiterado às decisões passadas por parte do tribunal de justiça gaúcho, mas enquanto o Ministro Rezek extravasou sua frustração valendo-se da temporalidade, o Ministro Pertence atacou pelo flanco da autoridade.

“Sr. Presidente, se a moda pega as coisas ficam pretas. Está em jogo, assim, a autoridade da decisão do Supremo Tribunal; e essa autoridade das nossas decisões em ações

²³⁴ Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 479, 113-114.

diretas, Sr. Presidente, segundo o ato questionado, ficaria à mercê da maior ou da menor expectativa do autor da norma questionada na eventual virada da nossa jurisprudência.

“Estamos muito impressionados com este caso, que diz respeito à magistratura. Mas, Sr. Presidente, essa é uma contingência deste Tribunal na sua labuta cotidiana. Nas dezenas de temas constitucionais que enfrentamos, estamos sempre sujeitos, por uma mudança na composição do Tribunal ou por uma mudança na convicção de alguns dos seus juizes, a virmos a declarar constitucional, em Alagoas, lei similar a que acaso tivermos declarado inconstitucional em Rondônia.

“Agora temos a decisão na Ação Direta nº 813. Mas ação direta não é representação de interpretação de norma constitucional. A interpretação da Constituição é simples fundamento da decisão de ação direta. O seu objeto é um ato normativo identificado, que, no caso, foi o assento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e só ele. Só ele.

“Mas vem o argumento ad terrorem: então, o que é constitucional em São Paulo será inconstitucional no Rio Grande do Sul? Mas o argumento prova demais, Sr. Presidente. Por que não a declaramos prejudicada, por que não nos negamos a conhecer da ação direta contra a Constituição de São Paulo? Já não tínhamos decidido o mesmo tema a propósito do Rio Grande do Sul? Por que não estendemos a nossa decisão na ADIn 29 a ADIn 813? Precisamente, porque, com a eventualidade de viradas jurisprudenciais, o objeto da Ação 29 nada tem a ver com o objeto da Ação 813, embora a questão constitucional seja absolutamente similar.

“Chega-se, então, ao pedido. Seria extravagante o que se pede? Extravagante é a hipótese. Extravagante é que quatro vezes o Supremo Tribunal se tenha visto ante o desrespeito da autoridade de suas decisões na mais eminente de suas competências; quatro vezes, Sr. Presidente, no desacato à decisão desta Corte não estava o Poder Executivo, não estava o Poder Legislativo, estavam Tribunais desta República: Reclamação nº 173, co caso to TST; Reclamações nºs 289, 290, 293, Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e Paraná;

Reclamação nº 399, relativa ao TRT do Recife e as reclamações desta assentada.

“Seria tão extravagante assim a determinação de que em tempo razoável o Tribunal de Justiça faça o que lhe compete, para que não seja um Tribunal de Justiça sem ‘quinto’ constitucional?”²³⁵.

O voto do Ministro Sydney Sanches pela improcedência foi dos mais interessantes, pois nele tratou expressamente, e de maneira incisiva, da contraposição entre a coisa julgada e a coerência constitucional que se verificou no caso.

“Sr. Presidente. Quando o Tribunal, no julgamento da ADIn nº 813-SP, resolveu enfrentar de novo a questão da promoção pelo quinto constitucional, relutei em fazê-lo, porque me parecia que havia o risco de acontecer o que está acontecendo hoje: essa enorme contradição.

“Objetou-se, na oportunidade, que o eminente Ministro Ilmar Galvão sequer havia participado daqueles julgamentos, porque ainda não integrava a Corte. E que tinha o direito de votar sem a preocupação de ressaltar ponto de vista, eventualmente contrário à da anterior composição, porque nunca o emitira na Corte.

“O Ministro Marco Aurélio, que, no julgamento da ADIn do Rio Grande do Sul, concluía pelo descabimento de promoção de integrantes do quinto do Tribunal de Alçada, por ocuparem cargos isolados e não de carreira, ao depois, julgando o caso de São Paulo, somou seu voto ao do Ministro Ilmar Galvão. Sentiram-se, então, todos os Srs. Ministros no dever de manifestar cada qual seu ponto de vista, sem ressalvas, isto é, mantendo o entendimento que haviam defendido no julgamento das ADIns do Paraná e do Rio Grande do Sul. Eu inclusive. Apesar de antever o que poderia acontecer e está acontecendo agora.

²³⁵ Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 479, 123-125.

“Acho que o Tribunal do Rio Grande do Sul, quando deliberou sustar a votação da lista, se encontrava, pelo menos, em compreensível situação de perplexidade. Não digo que tivesse razão, na interpretação que fez de nossos julgados, mas, sim, que suas dúvidas justificavam, pelo menos, a suspensão da escolha de nomes da lista.

“De fato, até então, o Supremo dissera, por cinco votos, que os Juízes do quinto constitucional do Alçada são promovíveis para o quinto constitucional do Justiça. E cinco disseram que não, que são promovíveis como magistrados de carreira. E o voto do Ministro Marco Aurélio sequer admitia a promoção. Por qualquer dos critérios.

“Os termos em que foram colocados os votos suscitaram algumas dúvidas e isso ficou também reconhecido nos embargos declaratórios. E, salvo engano, também nos embargos infringentes.

“Eu, se fosse integrante do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não teria votado pela sustação na votação da lista, em face das conclusões, ou seja, do dispositivo dos julgados, mas não posso deixar de reconhecer que havia uma dúvida razoável, criada não pela conclusão dos votos, mas pelos fundamentos das três correntes. E o tempo veio a demonstrar que não era tão incompreensível a dúvida do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tanto que o Supremo Tribunal Federal houve por bem, com sua nova composição, alterar seu ponto de vista.

“Confesso que se tivesse de examinar a questão sob o ângulo estritamente processual da coisa julgada, eu julgaria procedente essa reclamação. Mas, aqui, vejo um problema de ordem política, no sentido mais nobre do termo, que se criará com o fato superveniente do julgamento da ADIn de São Paulo. Não posso compreender, em nosso sistema federativo, inclusive de organização do Poder Judiciário, que é nacional, que haja promoção pelo quinto em São Paulo, e isso seja considerado constitucional pelo Supremo, e não haja no Paraná e no Rio Grande do Sul, porque o Supremo, para aqueles Estados a reputa inconstitucional.

“Sei que o Supremo Tribunal Federal tem de zelar por sua coisa julgada, constitucionalmente protegida até em face da lei nova, mas não posso me esquecer de que é ele, também, o Supremo, o guarda-mor da Constituição, além de intérprete autêntico de seus julgados, inclusive os aparentemente em conflito.

“É a palavra definitiva em matéria de Constituição. E não apenas sob enfoques jurídicos, mas também políticos, com a profundidade que a expressão encerra. Como ele estará zelando pela federação, pela administração de um dos Poderes da República, se admitir que os Tribunais de Justiça se compõem de um modo no Paraná e no Rio Grande do Sul e de outro modo em São Paulo, quando a Constituição diz como eles se compõem, em todos os Estados em que houver Tribunal de Alçada?

“Dentro desse quadro que se criou pela decisão que o Tribunal houve por bem tomar no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade de São Paulo, já não vejo como tão claro o propósito do Tribunal do Rio Grande do Sul de desafiar a decisão anterior do Supremo Tribunal Federal. Aliás, se tivesse optado pela orientação primeira desta Corte, reduzindo a lista sêxtupla a tríplice, e ensejando a nomeação do escolhido pelo Governador, poderia abrir oportunidade para que o Supremo, em recurso extraordinário de parte interessada, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, desfizesse o ato, adotando a orientação que prevaleceu no caso de São Paulo.

“Se nós concorremos, de alguma forma, para essas dúvidas, não podemos punir o Tribunal, que até por cautela poderia sustar a votação da lista.

“Acho que talvez assim se esteja encontrando uma solução para o drama em que se vai transformando essa questão da promoção pela classe de origem. Drama que aflige o Ministério Público, os Advogados e os Juízes. E aflige muito mais a nós Ministros do Supremo Tribunal Federal, porque com muita freqüência essas causas têm vindo ao Tribunal. E virão mais vezes, se não se encontrarem soluções uniformes, ao menos daqui para a frente.

“Penso que, enquanto a composição atual do Tribunal se mantiver, deve ser prestigiada sua última decisão a respeito. Afinal, é ele o verdadeiro intérprete de seus julgados, de sua eficácia e de suas conseqüências.

“Com todas estas considerações, que acredito estejam voltadas, principalmente, para uma visualização mais ampla e mais uniforme do Poder Judiciário, peço vênia ao eminente Ministro Francisco Rezek e aos que o seguiram para acompanhar o voto do Relator, julgando improcedente a reclamação”²³⁶.

O Ministro Néri da Silveira, que também votou pela improcedência, bem observou que, deferida a reclamação, estaria o tribunal, novamente, alterando sua posição, afinal, diante da indivisibilidade da constituição, o respeito à decisão ultrapassada corresponderia à sua “represtinação” e à superação da mais recente. Assim, deixou às claras que a tentativa de ignorar a mudança na jurisprudência sob o pálio da coisa julgada não contribuiria de forma alguma para a preservação da autoridade do tribunal.

“A primeira indagação que faço é esta: havendo a Corte, em decisão de 09 de junho de 1994, julgando a ADI nº 813, em que examinou a constitucionalidade de dispositivo da Constituição paulista, precisamente que definia a forma de provimento das vagas do quinto do Tribunal de Justiça e estipulava que as vagas dessa natureza, ocorridas no Tribunal de Justiça, seriam providas com integrantes do Tribunal de Alçada pertencentes à mesma classe, pelos critérios de antigüidade e merecimento, alternadamente, observado o disposto no art. 93, esta Corte reconheceu a constitucionalidade desse procedimento? Não parece possível concluir de forma diversa. A decisão deste Tribunal, na ADI nº 813, implicou reexame da matéria, pelo Supremo Tribunal Federal, e ele o fez quando conheceu dessa espécie, particularmente a contar da manifestação do eminente

²³⁶ Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 479, 128-131.

Ministro Ilmar Galvão, que ainda não havia se pronunciado sobre o tema relativo ao quinto constitucional e a forma de provimento de suas vagas no Tribunal de Justiça. A Corte, portanto, reexaminou o tema concernente à interpretação dos arts. 93, III, e 94 e seu parágrafo único, da Constituição.

“Penso não caber chegar a uma conclusão diversa. O Tribunal efetivamente reexaminou a matéria e adotou uma outra interpretação dos dispositivos, o que quer dizer, esta Corte, em reconhecendo a constitucionalidade da Constituição paulista, afirmou que o sistema de provimento das vagas do quinto no Tribunal de Justiça [–] que ali se definia e que se reconheceu como válido [–] é o sistema da Constituição Federal, tal como prevê o art. 93, III, combinado com o art. 94, da Lei Maior. O que quer dizer: não incide o art. 94 no caso do provimento das vagas do quinto, em existindo, no Estado, Tribunal de Alçada. É exato que, na ADI nº 813, a Corte apreciou a validade de disposições normativas da Carta paulista; nas ADIs nº 27-PR e 29-RS, disposições, assentos regimentais, formas de provimento de vagas do quinto do Tribunal de Justiça previstos em disposições locais. Mas, não há dúvida, o que existiu de fundamental em termos de pronunciamento no Supremo Tribunal Federal foi a exegese que a Corte acabou por conferir ao art. 93, III, da Constituição, numa situação e na outra.

“Qual é, portanto, a interpretação em vigor, hoje, no Supremo Tribunal Federal, a partir da decisão de 9 de julho de 1994? É esta última, afirmada no julgamento da ADI nº 813, segundo a qual o provimento dos cargos, das vagas do quinto no Tribunal de Justiça há de se fazer nos termos do art. 93, inciso III, da Carta Magna, isto é, com acesso de membros do quinto do Tribunal de Alçada, respeitando-se a classe de origem. Pergunto: Como poderia o Tribunal, hoje, julgar procedente uma reclamação, tal como aqui proposta e aqui está sendo considerada, para determinar que o Tribunal delibere, convertendo uma lista sêxtupla para prover vaga no Tribunal de Justiça, quando não é esse o entendimento mais recente em vigor nesta Corte? Isso implicaria o Tribunal rever, ainda uma vez, sua decisão. Só se poderia entender dessa forma!

“Desse modo, encontro, desde logo e preambularmente, uma dificuldade que entendo inafastável. O Tribunal não tem, em face da decisão que adotou na ADI nº 813, como ordenar a uma Corte, em conhecendo de uma reclamação e dando por sua procedência, que proceda de forma diferente daquela que ele assentou na interpretação das normas constitucionais aplicáveis à espécie”²³⁷.

Por fim, também o Ministro Octávio Gallotti acompanhou o relator e acrescentou uma interessante observação aos demais argumentos em favor da coerência: a diferença entre uma ação direta de inconstitucionalidade e uma demanda subjetiva.

“Peço vênias aos eminentes Ministros que entenderam o contrário, para julgar a reclamação improcedente.

“Observou, com razão, o eminente Ministro Francisco Rezek, ser transparente que o ato omissivo, imputado ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, contrariou um critério assente em determinada ação direta pelo Supremo Tribunal Federal. Penso, porém, que não se pode deixar de levar em conta que, em decisão ulterior, tomada em outra ação direta, oriunda do Estado de São Paulo, o Supremo Tribunal Federal aplicou um entendimento diverso e até oposto àquele que antes prevalecera.

“Quando se tratasse de um processo comum para o julgamento de casos concretos, não teria dúvida impor-se a subsistência o primeiro critério. Mas, tendo em conta a característica própria do processo de controle abstrato de inconstitucionalidade, penso que não se deva desconsiderar o que sucedeu no julgamento posterior sobre o mesmo tema, pois, do contrário, estaríamos diante daquela consequência mercedamente criticada pelos eminentes Colegas, especialmente pelo voto do eminente Ministro Sydney Sanches, no sentido de que passaria a haver um Direito Constitucional Federal para o Estado do Rio Grande do Sul, e um Direito

²³⁷ Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 479, 132-134.

*Constitucional Federal diverso para outros Estados, tudo isso justamente sob a invocação do magistério do mesmo órgão a que a Constituição incumbiu de zelar por sua própria guarda, ou seja, o Supremo Tribunal Federal*²³⁸.

Sendo assim, verifica-se que, neste caso concreto de mutação constitucional – e aqui me refiro tanto a que teve lugar em 1979 quanto a de 1994 – o Supremo Tribunal afastou a coisa julgada para, mantendo a coerência na aplicação da constituição, uniformizar a sua própria jurisprudência em controle abstrato, excluindo dela, materialmente, a contradição estabelecida pela contraposição entre entendimentos diversos manifestados em momentos diferentes.

Quando no recurso extraordinário declarou a inconstitucionalidade da norma já declarada constitucional, agiu, tal como visto anteriormente, em conformidade com a melhor doutrina. Por sua vez, quando “desfez” a declaração de inconstitucionalidade na reclamação n. 479, por óbvio não repristinou a resolução gaúcha que havia anulado, mas pôs em seu lugar, uma norma de idêntico conteúdo, extraída diretamente da constituição, o que, de uma forma ou de outra, produziu resultado equivalente à repristinação.

²³⁸ *Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 479, 136-137.*

CONCLUSÃO

Como o Supremo Tribunal relacionou a coisa julgada e o caráter dinâmico da aplicação do texto da constituição no caso do quinto constitucional?

O estudo empreendido nessa dissertação evidenciou que a coisa julgada constitucional cedeu nos dois momentos em que viradas jurisprudenciais reorientaram a compreensão do tribunal sobre a questão do quinto constitucional.

Em nenhum daqueles momentos de virada (representação n. 1.006 e ação direta n. 813) pode-se atribuir a modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal a alguma alteração na situação fática que circunscreveu os precedentes (representação n. 879 e ação direta n. 29). Trata-se, portanto, de mutação constitucional decorrente de uma revisão da leitura da constituição, ou seja, de uma mutação por alteração na consciência jurídica do tribunal.

Não há como negar que a superveniência da posição que ao final prevaleceu não exerceu aqui qualquer papel na configuração diferenciada da coisa julgada constitucional, pois, como se viu, tanto em 1972 (representação n. 879) quanto em 1990 (ação direta n. 29) uma e outra já eram tidas como acertadas por alguns ministros.

A reapreciação da questão do quinto constitucional, portanto, teve lugar exclusivamente por conta da inversão na forma de compreensão da constituição, prescindindo de toda e qualquer consideração sobre a superveniência do que quer que seja.

Sendo assim, no caso em tela, a coisa julgada constitucional mostrou-se mais flexível que a coisa julgada tal como tradicionalmente compreendida pela doutrina processual civil, pois permitiu ao tribunal tanger a decisão que por ela estava acobertada para harmonizar a interpretação da constituição, de forma que esta pudesse manter a sua unicidade e coerência.

Que fique claro, a contradição entre julgados com reflexos sobre a coisa julgada não pode ser verificada na contraposição da representação n. 879 à representação n. 1.006, nem da contraposição da ação direta n. 29 à ação direta n. 813, mas sim entre a representação n. 879 e o recurso extraordinário n. 108.571 e, principalmente, entre a ação direta n. 29 e a reclamação n. 479.

É apenas no cotejo entre umas e outras que se constata a mitigação, no controle abstrato de constitucionalidade, da imutabilidade quase absoluta que a doutrina processual civil faz referir ao conceito de coisa julgada.

Conclui-se, portanto, que, ao menos no caso do quinto, a coisa julgada constitucional – sem deixar de ser uma causa de extinção do processo sem julgamento do mérito – funcionou de uma maneira tal que não obstou o “desfazimento” das decisões que se sustentaram em um raciocínio posteriormente recusado pelo Supremo Tribunal, de modo que a coerência da interpretação da constituição pôde ser mantida sem que isso correspondesse à necessidade de vinculação cega a acórdãos passados e ultrapassados.

BIBLIOGRAFIA

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *O Problema da Legitimidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- ARTHUR, John. *Words That Bind*. Boulder: Westview Press, 1995.
- BALEEIRO, Aliomar. *A Constituição de 1891*. Brasília: Centro de Ensino à Distância, 1987.
- _____; SOBRINHO, Barbosa Lima. *A Constituição de 1946*. Brasília: Centro de Ensino à Distância, 1987.
- _____. *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BARBER, Sotirios (Ed); George, Robert P. (Ed). *Constitutional Politics*. New Jersey: Princeton University Press, 2001.
- BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Campinas: Russel, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: UnB, 1999.
- BRASIL, Senado Federal. *Constituições do Brasil, v.1*. Brasília: Senado Federal, 1986.
- BROSSARD, Paulo. *A Constituição e as Leis a Ela Anteriores*. In *Arquivos do Ministério da Justiça 180:125-148*, Brasília, [1992].
- BULOS, Uadi Lâmmego. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, v.1*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.
- _____. *Lições de Direito Processual Civil, v.2*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- CARDOZO, Benjamin. *The Growth of the Law*. New Haven: Yale University, 1924.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITTO, Luiz Navarro; BALEEIRO, Aliomar. *A Constituição de 1967*. Brasília: Centro de Ensino à Distância, 1987.
- CHACON, Vamireh. *Vida e Morte das Constituições Brasileiras*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para Entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Constituição: Conceito, Objeto e Elementos*. In *Arquivos do Ministério da Justiça* 175:31-45, Brasília, 1992.
- _____. *As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro*. Disponível em http://www.idp.org.br/caderno_virtual/caderno_20.htm.
- _____. *Interpretação Constitucional*. 2ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.
- _____. *Konrad Hesse/Peter Häberle: Um Retorno aos Fatores Reais do Poder*. Disponível em: http://www.idp.org.br/caderno_virtual/caderno_22.htm.
- CORETH, Emerich. *Questões Fundamentais de Hermenêutica*. São Paulo: EPU, 1973.
- CORTES, Osmar Mendes Paixão. *Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Oñati: IVAP, 1998.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *Justicia Constitucional, la Doctrina Prospectiva em la Declaración de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales*. In *Revista de Direito Público* 92:5-16, São Paulo, 1989.

- FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 7 ed. São Paulo: Edusp, 1999.
- FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A Rigidez Ideológica e a Flexibilidade Valorativa*. In *Revista de Informação Legislativa* 36:99-106, Brasília, 1972.
- FERREIRA, Renato Chaves. *Coisa Julgada e Efeito Vinculante na Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.
- _____. *Verdade e Metido*, v.1. Petrópolis: Vozes, 1997.
- HÄRBLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- _____. *A Força Formativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.
- LEAL, Vítor Nunes. *Leis Complementares da Constituição*. In *Revista de Direito Administrativo*, JAN/MAR:378-394, 1947.
- LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito Aplicado II (Pareceres)*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NETO, A. L. Machado; NETO, Zhaidé Machado. *O Direito e a Vida Social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966.

NOGUEIRA, Octaciano. *A Constituição de 1824*. Brasília: Centro de Ensino à Distância, 1987.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1986.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Tratado da Argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PERTENCE, Sepúlveda. *Ação Direta de Inconstitucionalidade e as Normas Anteriores: as Razões dos Vencidos*. In *Arquivos do Ministério da Justiça 180:149-174*, Brasília, [1992].

POLETTI, Ronaldo. *A Constituição de 1934*. Brasília: Centro de Ensino à Distância, 1987.

_____. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PORTO, Walter Costa. *A Constituição de 1937*. Brasília: Centro de Ensino à

Distância, 1987.

RAMOS, Elival da Silva. *A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *A História da Filosofia, v.2. 6 ed.* São Paulo: Paulus, 2003.

_____. *A História da Filosofia, v.3. 6 ed.* São Paulo: Paulus, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito. 20 ed.* São Paulo: Saraiva, 2002.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação Recisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal, v.1. 2 ed.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal, v.2. 2 ed.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal, v.4.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución. 2 ed.* Madrid: Tecnos, 1998.

SELLERS, Charles; MAY, Henry; MCMILLEN, Neil. *Uma Reavaliação da História dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

SIÉYÈS, Joseph Emmanuel. *A Constituinte Burguesa, Qu'est-ce que lê Tiers État? 4 ed.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 4 ed.* São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo. 11 ed.* São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina*. In *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* 13-15:105-171, São Paulo, 1978-79.

SILVA, Ovídio Baptista da. Sentença e Coisa Julgada. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Tempo e Direito in Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TRIBE, Laurence. American Constitutional Law, v.1. 3 ed. New York: Foundation Press, 2000.

VEGA, Pedro de. La Reforma Constitucional y La Problemática Del Poder Constituyente. Madrid: Tecnos, 1985.

VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional da Constitucionalidade. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. O Sentimento Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VILE, Jhon. Constitucional Change in teh United Status. Westport: Praege, 1994.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.