



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



PEDRO DE OLIVEIRA ALVES

**MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS NOS DISCURSOS JURÍDICOS: O PROBLEMA
DA EVOLUÇÃO DO DIREITO NA TEORIA DA DECISÃO A PARTIR DO
RACIONALISMO CRÍTICO**

Recife

2021

PEDRO DE OLIVEIRA ALVES

**MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS NOS DISCURSOS JURÍDICOS: O PROBLEMA
DA EVOLUÇÃO DO DIREITO NA TEORIA DA DECISÃO A PARTIR DO
RACIONALISMO CRÍTICO**

Tese apresentada para obtenção ao
Programa de Pós-Graduação em Direito do
Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de
Direito do Recife da Universidade Federal
de Pernambuco como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Teoria Geral do
Direito Contemporâneo

Linha de Pesquisa: Teorias da Decisão
Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Andreas Joachim Krell

Recife

2021

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

A474m Alves, Pedro de Oliveira.

Mutações constitucionais nos discursos jurídicos: o problema da evolução do direito na teoria da decisão a partir do racionalismo crítico / Pedro de Oliveira Alves. – Recife, 2021.
227 f.

Orientador: Prof. Dr. Andreas Joachim Krell.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

Inclui referências e apêndice.

1. Direito Constitucional – Brasil. 2. Interpretação Constitucional.
3. Mutações Constitucionais. I. Krell, Andreas Joachim (Orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2021-19)

PEDRO DE OLIVEIRA ALVES

**MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS NOS DISCURSOS JURÍDICOS: O PROBLEMA
DA EVOLUÇÃO DO DIREITO NA TEORIA DA DECISÃO A PARTIR DO
RACIONALISMO CRÍTICO**

Tese apresentada para obtenção ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em: 28/06/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco/ Universidade Federal de Alagoas

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (Examinador Externo)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Profa. Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira (Examinadora Externa)
Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ

Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Profa. Dra. Lorena de Melo Freitas (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco/ Universidade Federal da Paraíba

Profa. Dra. Mariana Fischer Pacheco Pimentel (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

Dedico aos homens e mulheres de garra,
coragem e transparência. Por falarem o
que dizem seus corações...

.... e, portanto, dedico também aos meus
pais, *Pedro Alves Neto* e *Lúcia Maria
Leitão de Oliveira*, que foram as
primeiras pessoas que amei.

AGRADECIMENTOS

No mundo em que vivemos, muitos parecem indiferentes ou apenas ocupados com suas próprias loucuras, sem disposição real para algum diálogo de ideias. Não pense o leitor que o meio acadêmico está imune a sentimentos egoístas e vaidades tolas. A humanidade está doente e isso também influencia os rumos do direito e das práticas sociais.

Mas existem as pessoas excepcionais, extraordinárias, fora do padrão. Dotadas de personalidade singular e de autonomia crítica, elas não são comandadas pelas interações pueris de uma sociedade egocêntrica. Parecem capazes de vencer o próprio tempo e construir autenticamente seus próprios caminhos. Não agem com perfeição, mas são capazes de ajudar. Este espaço é para agradecer-las por toda contribuição nestes anos de pesquisa.

Nasci e cresci em Limoeiro do Norte, no sertão cearense, entre uma vida urbana e rural, em uma família sem juristas profissionais, médicos ou engenheiros. Aos 17 anos (há exatos 10 anos, portanto), com alguns sonhos, decidi partir para outras terras sem parentes conhecidos, desconhecendo muitas coisas e dependendo do sistema público de saúde. Portanto, tenho muito a agradecer durante todos os dias de minha vida: da carona com caminhoneiro desconhecido entre Baraúna e Quixeré ao convite da desconhecida Dona Marta para morar com sua família, passando por situações que beiram o universo literário da ficção.

Tudo foi possível porque *Deus* está sempre presente de forma concreta em nossas vidas. Basta observarmos a realidade, com certa paciência e atenção, para verificar sua divina forma de agir. Agradeço por não desistir de mim, mesmo quando falhei.

Sou grato pelo amor que recebi, compartilhei e vivenciei. Sem amor, eu não teria participado de debates, não teria me tornado mais paciente e não teria reconhecido amigos tão valiosos. São as diferentes experiências que marcam o modo de enxergar o mundo, o direito e esta tese. Toda escolha é um descarte de opções, pois, em geral, sacrificamos possibilidades em prol de outras sem o pleno conhecimento de tudo. Faz parte do ato de viver.

Nesse contexto, meus pais, *Pedro e Lúcia*, e minha irmã *Lira* são meus principais estímulos para a busca de um mundo melhor. No contexto de todo caos provocado pela atual pandemia do COVID-19, nossas pretensões de segurança e conforto são muito alteradas. Mas o apoio da família foi e é essencial.

Alguns professores foram importantes estímulos de Teoria do Direito, Direito Constitucional e Hermenêutica Jurídica nestes anos. Sem dúvidas, *Andreas Krell* foi um importante supervisor, orientador e estimulador dos meus estudos e pesquisas durante toda minha Pós-graduação. Na UFPE, *Artur Stamford*, *Alexandre da Maia* e *Leonardo da Cunha* me instigaram a pensar o direito a partir de outros pontos de vista. Antes, na UFRN, *Fabiano Mendonça*, *Leonardo Martins*, *Luciano Athayde*, *Marcelo Navarro*, *Adamo Perrucci*, *Thiago Moreira* e *Walter Nunes* foram meus primeiros grandes mestres na reflexão sobre a interpretação jurídica.

Na busca pela melhor bibliografia, também encontrei o apoio dos amigos *André Lucas Maia* (Doutorando em Sociologia na UnB), Professor *Marcelo Casseb* (Curso de Direito da UPE), *Diego Alonso* (ex-aluno de monitoria na UFRN e intercambista na Alemanha), *Lawrence Lino* (graduando em direito na UFRN) e do estimado *Expedito Aguiar* (ex-colega de alemão). Também o caríssimo Rodrigo Valadão (Doutor em Freiburg) e os professores do PPGD/UFPE forneceram bons materiais em PDF. De certo modo, esta tese foi construída ao longo de conversas enriquecedoras com velhos e novos amigos, de diferentes ideologias e lugares. Nos últimos anos, merecem destaque as conversas jurídicas e acadêmicas com os amigos *Igor Beltrão*, *Silvério Souto Maior*, *João Vinícius*, *Rodrigo Bastos*, *Alfredo Falcão* e *Raphael Fraemam*.

Em Natal, sempre reencontro amizades incríveis. Grato por aqueles que me abrigam em suas próprias casas, me encorajam a seguir lutando ou simplesmente estão sempre dispostos a uma boa conversa. *Matheus Pereira*, *Lucas Ariei Medina*, *Aline Seixas*, *Layse Dias*, *Aurino Vila*, *Arthur Ferreira*, *Giulian Salvador*, *Felipe Kleber*, *Johnny Wysllas*, *Roger Manoel*, *Andreza Nogueira*, *Anna Letícia Colares*, *Hércules Freitas*, dentre tantos outros.

Em Recife, as amizades construídas e as experiências de docência na Uninassau e como Professor Substituto da UFPE também são essenciais. Enfim, sou grato a cada aluno, amigo e colega que esteve comigo nesta trilha. Destaque especial para meu orientando e monitor *Otto Pereira* e para minha estagiária docente *Juliana Trindade*. Alguns alunos tornam-se amigos e companheiros de estrada acadêmica: *Felipe Gustavo*, *Alex Magalhães*, *Marcelo Lins*, *Frederico Távora*, *Guilherme Freitas*, *Luane Queiroz*, *Wilson Seraine*, *Rafael Leão*, *Nathan Cristóvão*, *Benildes Neto*, *Joaquim Neto*, *Jairo Macedo*, *Igor Melo*...

Sou muito grato aos funcionários, colaboradores e mantenedores das bibliotecas públicas físicas e virtuais, especialmente no caso da *Bayerische Staatsbibliothek* que me enviou cópias digitais de bibliografia rara do século XIX.

Além da supervisão do Prof. Andreas Krell, tive a sorte de contar com os apontamentos dos Professores Alexandre da Maia (UFPE), Lorena Freitas (UFPB), Mariana Fischer (UFPE), Hugo de Brito Machado (UFC) e Jane Reis Pereira (UERJ) na Banca de Defesa desta tese. Foram indagações e provocações pertinentes que ainda me acompanham.

Nestes quase dez anos de estudos jurídicos, apenas tenho a agradecer. Penso que agradecer não seja um mero ato, mas um processo contínuo de agradecimento. Significa dizer que nossas ações futuras de contribuição acadêmica também espelham toda ajuda que recebemos (ou que deixamos de receber). Entre permanências e mutações, sinto-me muito grato pelas vivências nos centros e grupos de pesquisa dos quais tive a oportunidade de participar nestes anos. A vida acadêmica é uma escolha pessoal, mas muito influenciada pelo que vi e vivenciei (e também por não concordar com algumas práticas ainda vigentes).

A *dúvida*! Eis a primeira palavra que me cai da pena ao começar este capítulo. [...] Hoje tornou-se universal. Está em tudo e por toda parte. É a característica da atualidade. Bom sintoma esse, penso; indica que a evolutilidade do espírito humano manifesta-se em todo seu vigor, que a época das infalibilidades já nos fica para trás¹.

“Esse processo de imunização contra os riscos do erro atua como um antídoto contra a investigação profunda²”.

¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Philosophia Positiva no Brasil*. Introdução: Meu ponto de vista filosófico. Recife: Typographia Industrial, 1883. p. 17-18.

² BORGES, José Souto Maior. *Ciência feliz*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 26.

RESUMO

Esta pesquisa investigou o seguinte problema: quais as possibilidades e limitações de um modelo baseado no “Racionalismo Crítico” para o desenvolvimento de análises sobre as mudanças de atribuição de sentido das normas jurídicas? Para enfrentar o problema, a hipótese apresenta a possibilidade de construção de um modelo analítico situacional. Em primeiro lugar, são desenvolvidas reflexões sobre a aplicação do Racionalismo Crítico de Karl Popper nas discussões constitucionais. Na sequência, é realizada a investigação sobre a mutação constitucional a partir de três elementos: a) seu sentido na literatura alemã; b) sua caracterização na literatura brasileira e seu impacto nos Programas de Pós-graduação no Brasil; c) análise empírica das decisões do Supremo Tribunal Federal (1988-2018). Foram visualizados diferentes usos da argumentação jurídica sobre mutações constitucionais na prática brasileira, contribuindo para a análise baseada na identificação dos principais problemas de argumentação jurídica. A investigação consistiu em um estudo influenciado pela metodologia de Karl Popper: a) enfrentamento do problema; b) lançamento de hipótese falseável; c) discussão crítica e falseabilidade da hipótese diante da realidade observada; d) refutação ou corroboração da teoria. Dentre os resultados obtidos, foi apresentada uma crítica das mutações constitucionais a partir de um amplo conjunto de dados empíricos e das principais referências bibliográficas da temática. Ademais, com base nas diretrizes do Racionalismo Crítico, também foi construído um modelo de análise crítica das mutações constitucionais baseado na lógica situacional de Karl Popper. A partir do estudo específico dos problemas jurídicos e das respostas oferecidas pela tradição, a análise desenvolve outros olhares para a concretização dos propósitos regulatórios por meio da construção hipotética de cenários possíveis. Por fim, a tese contribui com as discussões a respeito de questões essenciais da teoria do direito a partir de uma perspectiva que considera a evolução do conhecimento jurídico como transformações baseadas na razão crítica do direito.

Palavras chaves: interpretação constitucional; mutação constitucional; racionalismo crítico.

ABSTRACT

This research has investigated the following problem: what are the possibilities and limitations of a model based on “Critical Rationalism” for the improvement of analyzes on the changes in the meaning of legal norms? To face the problem, the hypothesis presents the possibility of building a situational analytical model. First, reflections on the application of Karl Popper's Critical Rationalism to constitutional operations are developed. Then, an investigation on constitutional change is carried out based on three elements: a) its meaning in German literature; b) its characterization in Brazilian literature and its impact on Graduate Programs in Brazil; c) empirical analysis of the decisions of the Federal Supreme Court (1988-2018). Different uses of legal argumentation about constitutional changes in Brazilian practice were visualized, contributing to an analysis based on the identification of the main problems of legal argumentation. The investigation consisted of a study influenced by Karl Popper's methodology: a) facing the problem; b) launching a falsifiable hypothesis; c) critical discussion and falsifiability of the hypothesis before the observed reality; d) refutation or corroboration of the theory. Among the results obtained, a critique of constitutional change was presented based on a broad set of empirical data and the main bibliographic references on the subject. In addition, based on the guidelines of Critical Rationalism, a model of critical analysis of constitutional changes was also built based on Karl Popper's situational logic. Based on the specific study of legal problems and the responses usually offered by tradition, the analysis develops other perspectives for the realization of regulatory purposes through the construction of possible scenarios. Finally, the thesis contributes to the discussions on essential questions of the theory of law from a perspective that considers the evolution of legal knowledge as transformations based on the law's critical reason.

Keywords: constitutional interpretation; constitutional change; critical rationalism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A APLICAÇÃO DO RACIONALISMO CRÍTICO NO DIREITO CONSTITUCIONAL: PRESSUPOSTOS FUNDAMENTAIS PARA O DESENVOLVIMENTO DE UMA PESQUISA CIENTÍFICA	18
2.1 O SENTIDO DA RAZÃO CRÍTICA NA TEORIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO	18
2.2 PROBLEMAS E DEVERES JURÍDICOS COMO PONTOS DE PARTIDA	26
2.3 A SINGULARIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL E SEU MODO DE COMPREENSÃO	36
2.4 ESCLARECIMENTOS SOBRE O QUE NÃO É RACIONALISMO CRÍTICO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS	43
2.5 NOSSO ESFORÇO EM TORNO DE UMA METODOLOGIA CRÍTICA PARA O ESTUDO DAS MUDANÇAS DE COMPREENSÃO SOBRE O DIREITO.....	51
3 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESPAÇO GERMÂNICO: PROBLEMAS EPISTEMOLÓGICOS INICIAIS	56
3.1 PERSPECTIVAS TEÓRICAS SOBRE AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO SÉCULO XIX À I GUERRA MUNDIAL: AS INFLUÊNCIAS DE PAUL LABAND E GEORG JELLINEK	56
3.2 A “CRISE DO DIREITO PÚBLICO” E O SURGIMENTO DE NOVAS PERSPECTIVAS PARA A TEORIA CONSTITUCIONAL: A BUSCA POR UM NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL E AS INCERTEZAS METODOLÓGICAS SOBRE A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	63
3.3 A “ESCOLA DE RUDOLF SMEND” E SEU FORTALECIMENTO NA REPÚBLICA DE WEIMAR E NO PERÍODO PÓS-NAZISTA: AS CONTRIBUIÇÕES DE HSÜ DAU- LIN E KONRAD HESSE SOBRE AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS.....	72
3.4 O RESGATE ADAPTADO DA OBRA DE CARL SCHMITT NO FINAL DO SÉCULO XX E AS NOVAS DISCUSSÕES SOBRE A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	88
4 RECEPÇÃO TEÓRICA DA “MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL” NA LITERATURA JURÍDICA BRASILEIRA.....	95
4.1 ANÁLISE DA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA SOBRE O TEMA DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS	95
4.1.1 Considerações preliminares sobre recepção jurídica e sua demarcação histórica..	95
4.1.2 Período vanguardista das mutações brasileiras: dos primeiros esforços doutrinários às primeiras decisões do STF	98
4.1.3 Período de consolidação e crítica corretiva: das primeiras decisões do STF ao estabelecimento de um amplo programa de pesquisa sobre as decisões judiciais.....	110
4.2 ANÁLISE DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA ACADEMIA BRASILEIRA.....	120

4.3 CRÍTICA DAS CONSTRUÇÕES TEÓRICAS SOBRE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	125
5 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA PRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO	136
5.1 PESQUISA EXPLORATÓRIA COM DECISÕES DO STF (1988-2018): OPÇÕES METODOLÓGICAS.....	136
5.2 OS DESAFIOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 DIANTE DA INÉRCIA ESTATAL E DO INADIMPLEMENTO DOS DEVERES ESTATAIS: OS VOTOS DO MIN. CELSO DE MELLO SOBRE OS PROCESSOS INFORMAIS DE MUDANÇA CONSTITUCIONAL	142
5.3 O USO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO ARGUMENTO DECISÓRIO: A CONTROVERSA ATUALIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DIANTE DA NOVA PERCEPÇÃO DO DIREITO	148
5.4 A MUTAÇÃO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL COMO RESULTADO DAS ALTERAÇÕES ADMINISTRATIVAS E LEGISLATIVAS: O EMBLEMÁTICO CASO DA RECLAMAÇÃO 4335 E A ATUAL DISCUSSÃO DO STF	153
5.5 ALTERAÇÕES INTERPRETATIVAS DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS POR MEIO DE MUTAÇÕES: GUINADA JURISPRUDENCIAL OU ATUALIZAÇÃO DO ÂMBITO NORMATIVO?	158
5.6 CRÍTICA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA PRÁTICA BRASILEIRA.....	163
6 O PROBLEMA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DO RACIONALISMO CRÍTICO: APLICAÇÃO DE UM MODELO ANALÍTICO DO DIREITO	167
6.1 QUESTÕES PRELIMINARES A RESPEITO DA APLICAÇÃO DO RACIONALISMO CRÍTICO NO DEBATE SOBRE AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS.....	167
6.2 ETAPA 1: IDENTIFICAÇÃO E ESTABELECIMENTO DE PREMISSAS: PROBLEMA, TRADIÇÃO JURÍDICA E ESCOLHA DO PARÂMETRO	173
6.3 ETAPA 2: CONSTRUÇÃO DE CENÁRIOS HIPOTÉTICOS ALTERNATIVOS E FALSEÁVEIS: ANÁLISE DE CONSEQUÊNCIAS E REFUTAÇÃO CRÍTICA	184
6.4 ETAPA 3: CORREÇÃO DOS EFEITOS E REGULARIZAÇÃO PROPORCIONAL NORMATIVA.....	193
6.5 UM MODELO DE CIÊNCIA JURÍDICA: ACOMPANHAMENTO CRÍTICO DOS RESULTADOS E (NOVA) ABERTURA À CRÍTICA DAS DECISÕES JURÍDICAS	201
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	208
REFERÊNCIAS	213
APÊNDICE A – RELATÓRIO DE DECISÕES ANALISADAS	222

1 INTRODUÇÃO

Em face da crescente discussão sobre as “mutações constitucionais” na doutrina e na prática dos tribunais brasileiros, é proposta uma investigação sobre os diferentes discursos praticados acerca da mutação constitucional nos trinta anos do texto constitucional brasileiro (1988-2018). Além de sistematizar e refletir sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), a pesquisa busca discutir os problemas relacionados às mudanças de compreensão sobre o sentido do direito constitucional em uma determinada situação histórica. Para realizar essa discussão, será utilizado o pensamento de Karl Popper como ponto de partida.

A questão central que se apresenta pode ser formulada nestes termos: considerando os diferentes usos da argumentação jurídica sobre mutações constitucionais na prática judicial brasileira, é possível construir e desenvolver um modelo analítico com pretensões normativas para as mudanças na atribuição de sentido das normas jurídicas? E, de forma mais específica, quais as possibilidades e limitações de um modelo baseado no “Racionalismo Crítico” (inspirado na obra de Karl Popper)?

A hipótese discutida é que, diante da insuficiência das análises descritivas, é possível construir um modelo analítico com pretensões normativas no âmbito da ciência jurídica, a partir do primado da falseabilidade e de uma lógica situacional que analise empiricamente cenários e consequências práticas.

Para examinar a prática judicial brasileira, a pesquisa desenvolveu a coleta, descrição e análise de decisões judiciais que expressamente mencionam a mutação constitucional. Em uma pesquisa exploratória preliminar no portal do STF, identificamos um total de 73 decisões colegiadas em que a “mutação constitucional” aparece como argumento jurídico. Ao final desta tese, também construímos um apêndice com o relatório de todas essas decisões e os diferentes propósitos no uso do argumento em cada contexto.

Sobre o uso do Racionalismo Crítico, esclarecemos que a escolha decorre de uma série de hipóteses prévias que se relacionam com a possibilidade de conhecimento científico sobre o direito. Eis o pressuposto metodológico da pesquisa: as análises sobre os processos de interpretação do direito e de suas consequências práticas podem ser reforçadas por um racionalismo crítico a respeito da compreensão de problemas e soluções no âmbito jurídico.

A abordagem crítica – influenciada pelas formulações de Karl Popper – sugere um percurso que permite uma das possibilidades de ciência jurídica: i) constatação de problemas específicos e concretos; ii) proposição de hipóteses ousadas; iii) abertura à crítica e

falseabilidade das nossas hipóteses em uma avaliação comparativa com outras hipóteses; iv) corroboração ou refutação de nossas hipóteses e conjecturas. Mas toda observação (i) já é influenciada por algum tipo de conjectura ou ideia.

Nesta tese, para enfrentar o tema das mutações constitucionais, organizamos também a pesquisa de modo semelhante: I – desenvolvimento das nossas premissas de análise (Capítulo 1: sobre a aplicação do Racionalismo Crítico nas discussões jurídicas constitucionais); II – observação do problema prático (Capítulos 2, 3 e 4: a adoção de diferentes usos para a mutação constitucional na literatura constitucional e em decisões judiciais do STF); III – formulação de hipóteses falseáveis (Capítulo 5: Desenvolvimento da aplicação do Racionalismo Crítico em um modelo de análises das mutações constitucionais). No decorrer da pesquisa, há um esforço contínuo em torno do dever de autocrítica, mas a etapa de refutação não se esgota neste trabalho e deve continuar sendo objeto de debates.

Transferir os pressupostos de uma teoria da ciência para a discussão sobre as teorias da interpretação jurídica pode ser algo discutível, especialmente quando são raras as menções ao Racionalismo Crítico de Karl Popper nos textos jurídicos brasileiros. Por essa razão, a primeira parte da tese esclarecerá os elementos metodológicos do Racionalismo Crítico e sua aplicação ao direito. Nesse aspecto, há certa continuidade metodológica com nossas análises anteriores: na dissertação de mestrado, discutimos sobre a aplicabilidade dos pressupostos de um racionalismo crítico ao raciocínio jurídico, ocasião em que conseguimos vislumbrar doze diretrizes para uma metodologia crítica da interpretação jurídica³.

Desenvolver uma teoria crítica⁴ do conhecimento jurídico requer, dentre outros aspectos, um olhar de tolerância para as diferentes possibilidades de resposta aos problemas jurídicos, mas sem perder a pretensão de correção. Em outras palavras, considerando o caráter falível do conhecimento humano, optar por uma epistemologia crítica é permanecer buscando as melhores alternativas e soluções sem dogmatização ou imunização epistemológica. Não é propósito da teoria crítica de Popper o questionamento dos fundamentos do nosso pensamento para descobrir “o que pode estar por trás” do nosso modo de agir e pensar. A teoria crítica

³ Cf. ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁴ A expressão “teoria crítica” costuma ser associada a diferentes correntes teóricas. Uma das associações mais conhecidas é em relação ao Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt (especialmente Adorno, Horkheimer, Marcuse, Habermas, Honneth) e às tentativas de atualização da obra de Karl Marx. Em nossa ótica, porém, ser crítico em relação ao sistema vigente não é necessariamente adotar uma epistemologia crítica. Muitos pensadores que são chamados de teóricos críticos são apenas alternativos em relação às “teorias tradicionais”, mas não conseguem desenvolver uma epistemologia realmente crítica. Há, pelo menos, dois elementos necessários para

popperiana entende juízos epistemológicos como suposições (hipóteses) que precisam ser constantemente expostas à crítica e exame permanente.

Como discutiremos no primeiro capítulo, foi o próprio Popper quem alargou o âmbito de aplicação do método crítico para as discussões sociais, políticas e éticas. Assim como nas ciências naturais, precisamos ensaiar tentativas de solução para os nossos problemas. São excluídas as propostas de “solução” sem abertura à crítica ou demasiadamente amplas que não permitem a reflexão de seus efeitos. Requer-se, portanto, abertura crítica e um comprometido esforço de refutação e transparência.

Na perspectiva do Racionalismo Crítico, o intérprete do direito trabalha com hipóteses de compreensão de textos, fatos e crenças sociais que precisam ser confrontadas com interpretações alternativas. Assim, sem ignorar as regras reconhecidas publicamente, o intérprete deve possuir certa sensibilidade em relação às discussões da sociedade para refletir sobre as consequências, vantagens e desvantagens de uma determinada decisão.

A partir de uma concepção tripartite da interpretação jurídica (enquanto ato concreto, produto social provisório e processo aberto contínuo), o direito constitucional pode ser visto como uma rede crítica de discussões e propostas sobre problemas e soluções que envolvem a formação, manutenção, controle e extinção de um determinado ordenamento jurídico. Assim, debates sobre o conteúdo do direito e os problemas interpretativos podem ser analisados também enquanto problemas epistemológicos. Por meio da abordagem crítica, há uma exigência de relação congruente e harmônica entre enunciados interpretativos e realidade fática que promove um dever de aproximação das melhores interpretações.

A princípio, “evolução” pode ser compreendida como o mero desenrolar de um determinado sistema de conhecimento público/objetivo, não havendo um juízo conteudístico que estabeleça critérios apriorísticos para julgar se uma mudança é boa ou má. É apenas a capacidade de continuar modificando-se de acordo com o processo interpretativo do direito de forma autônoma e com a devida consideração dos elementos da realidade social. Não é necessário, a priori, um juízo subjetivo sobre a qualidade do conteúdo do direito: o direito pode evoluir – mas não necessariamente para melhor ou pior (conforme o critério adotado).

Outro alerta significativo é a delimitação sobre os aspectos envolvidos no processo decisório do direito. Reconhecemos que uma das possibilidades de observação do fenômeno jurídico é permitida por meio da ideia de dominação social: a sociedade constrói

uma epistemologia crítica: a) o reconhecimento de uma humildade científica ou da possibilidade de erro; b) diálogo franco com outros modos de explicação para um mesmo tipo de problema.

diferenciações que permitem o domínio de grupos seletos por meio de técnica específica. Assim, a especialização terminológica e das técnicas jurídicas pode servir como elemento de dominação do processo decisório por um grupo que afirma o domínio de uma técnica. Podem ser frutíferas as pesquisas sobre a instrumentalização do direito frente a alguns objetivos.

No entanto, enxergar o direito apenas como uma dominação especial é um olhar demasiadamente limitado que nos impede de observar outros problemas. Na lógica decisória, há elementos políticos relevantes que, em geral, repercutem no processo de aplicação do direito pelas autoridades reconhecidas. Do mesmo modo, o estudo de elementos retóricos também colabora para a devida compreensão dos cenários de persuasão para diferentes auditórios a partir do *ethos* do intérprete. Mas o direito também não se confunde com uma mera disputa de jogos argumentativos ou embates de oratória. É muito mais.

Todos esses elementos – da *política decisória do direito* (produção de textos normativos e sua aplicação por órgãos administrativos e jurisdicionais) e da *retórica jurídica* (para promover maior respeitabilidade do intérprete nas discussões, conquistar o público desejado e apresentar seus argumentos da melhor forma) – podem ser significativos para uma compreensão da realização do direito na sociedade porque oferece um olhar empírico para as deficiências e contradições. Podem ser úteis para desafiar as promessas do direito e descortinar fragmentos de uma realidade nem sempre conhecida, lançando luzes sobre aquilo que costuma ficar oculto.

Ainda sobre a “guinada retórica da análise da razão prática”, Neil MacCormick também lembra que “não deve ser entendida como algo que reduza a aceitabilidade de um argumento a seu efetivo caráter persuasivo” em um contexto particular. Além disso, complementa que a mera existência de consensos não apresenta garantias de que suas conclusões sejam corretas⁵. Então, a análise jurídica esgota-se na mera análise de regularidade dos argumentos que costumam ser utilizados? Não.

As transformações de sentido constitucional passam por problemas relacionados com o controle do poder político pelo direito. Isso não significa dizer que o direito controla plenamente a política. Muito menos que a política deve ser governada por juízes ou outros profissionais jurídicos. É que, após um longo percurso de experiências históricas, grupos sociais compreenderam que, para evitar o arbítrio, é preciso estabelecer regras públicas mínimas, escritas ou não, que ofereçam uma divisão de competências estatais e uma garantia

⁵ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 27-28.

mínima de direitos e liberdades. O chamado “Direito Constitucional” é compreendido, portanto, como um mecanismo histórico e social que pretende ordenar a realidade humana a partir da ideia de controle do exercício do poder político.

Nos países com proposições constitucionais escritas, surge o problema de compreensão dos textos diante das mudanças sociais: as “regras públicas mínimas” podem ser modificadas pelo intérprete? A adaptação dos textos poderia ser solucionada pela dinâmica política: pelas reformas textuais de acordo com os procedimentos reconhecidos ou pelo estabelecimento de novas constituições. Porém, por fatores variados, os atores políticos nem sempre modificam os textos. Esta é a problemática social da nossa pesquisa.

Por todas essas questões, desenvolveremos o Capítulo 1 com maior foco na concepção teórica desenvolvida neste trabalho. Especialmente a partir de filósofos como Karl Popper e Hans Albert, buscamos tornar claras as perspectivas metodológicas que serão adotadas na análise das argumentações jurídicas. Essa parte inaugural da nossa investigação permitirá um esclarecimento mais adequado dos nossos pontos de partida.

Na sequência, é desenvolvida revisão bibliográfica sobre o tema da mutação constitucional, esclarecendo aspectos essenciais para sua compreensão com ênfase em três cenários: a) literatura especializada germânica, apresentada como possível origem do argumento jurídico (Capítulo 2); b) literatura jurídica brasileira na doutrina de direito constitucional e nas pesquisas realizadas em Programas de Pós-Graduação sobre as mutações constitucionais (Capítulo 3). Para além da revisão bibliográfica, devem ser oferecidas críticas sobre as insuficiências e os problemas metodológicos na caracterização dessas mutações.

No encerramento do terceiro capítulo, é desenvolvida uma crítica em relação ao tratamento doutrinário da mutação constitucional com base nas discussões literárias. Isso porque também são muitos os desencontros e os problemas de diálogo na doutrina brasileira sobre o tema. A partir dessa discussão, será possível passar para uma discussão mais prática em torno da avaliação de decisões do Supremo Tribunal Federal.

Com o devido exame das controvérsias e dos principais problemas discutidos na literatura, estaremos aptos para analisar empiricamente os diferentes usos desse tipo argumentativo na prática do tribunal brasileiro competente para o exame do controle concentrado de constitucionalidade: o Supremo Tribunal Federal (STF). No Capítulo 4, serão explicados os detalhes metodológicos para a coleta das 73 decisões no período 1988-2018, bem como a especificação dos critérios e do modo de análise. Ao final, é desenvolvido

também um inventário descritivo das decisões brasileiras (sintetizado no Apêndice desta tese) e uma análise crítica sobre as características encontradas na argumentação decisória.

No desenvolvimento da análise das decisões, foi possível agrupar as decisões em quatro conjuntos diferentes de acordo com o propósito do uso do argumento: a) para enfrentamento dos riscos de omissões inconstitucionais e inércia estatal; b) para a atualização de princípios jurídicos a partir de uma nova percepção do direito; c) para afirmar uma nova configuração normativa a partir das práticas legislativas e administrativas; d) para alterar o entendimento a respeito de algum direito ou garantia fundamental. Ao final, também foi possível apresentar uma crítica à tomada de decisão com base nas discussões realizadas nos capítulos anteriores.

Por fim, realizada a crítica sobre a abordagem das mutações constitucionais na literatura e na prática forense, são apresentadas as reflexões em torno de uma proposta de análise para as mudanças interpretativas do Direito Constitucional a partir de um racionalismo jurídico crítico, buscando contribuições para a hermenêutica jurídica brasileira.

Nesse sentido, o Capítulo 5 desenvolve um possível programa de pesquisa com nossas próprias construções teóricas para análises das transformações de sentido das normas constitucionais. Nessa última parte da tese, a investigação preocupa-se em lançar novas hipóteses para futuras pesquisas a partir dos problemas identificados nos capítulos anteriores.

A partir de três etapas, enfatizamos algumas características centrais que podem ser desenvolvidas tanto na tomada de decisão como também no âmbito da crítica científica. Apesar das contribuições em torno do estabelecimento dos propósitos e parâmetros avaliativos e do exame de cenários alternativos, também é reconhecida a limitação da pesquisa para outros aspectos como as práticas institucionais efetivamente praticadas. Ainda assim, a pesquisa fornece reflexões metodológicas acerca da regularização normativa a partir do exame de efeitos e consequências de determinados cenários. Ao final, a tese discute possibilidades para uma Teoria da Decisão a partir do Racionalismo Crítico.

Como resultado, é apresentada uma tese jurídica original à luz de um “racionalismo jurídico crítico” que pretende contribuir com o desenvolvimento dogmático da interpretação jurídica brasileira em momentos de transformação normativa.

2 A APLICAÇÃO DO RACIONALISMO CRÍTICO NO DIREITO CONSTITUCIONAL: PRESSUPOSTOS FUNDAMENTAIS PARA O DESENVOLVIMENTO DE UMA PESQUISA CIENTÍFICA

2.1 O SENTIDO DA RAZÃO CRÍTICA NA TEORIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO

Neste primeiro capítulo, apresentamos uma visão geral dos aspectos teóricos centrais que guiam esta pesquisa. Para responder o problema de pesquisa sobre as possibilidades e limitações de um modelo analítico para as mutações constitucionais, serão desenvolvidas reflexões sobre o “Racionalismo Crítico”, referencial teórico aqui adotado. Inicialmente, será adotada uma sequência de reflexões em torno de três pontos centrais: o sentido da razão crítica na teoria jurídica contemporânea; a análise de problemas práticos como ponto de partida do raciocínio jurídico (tópico 1.2); o caráter específico do Direito Constitucional e sua apreensão a partir do Racionalismo Crítico (tópico 1.3). Na sequência, será possível refletir sobre a diferenciação dessa perspectiva frente a outras abordagens (tópico 1.4) para repensar as funções, objetivos e limites de uma pesquisa baseada neste repertório teórico (tópico 1.5).

A aplicação do “Racionalismo Crítico”, expressão cunhada por Karl Popper e adotada por adeptos e críticos, requer uma mediação crítica por aqueles que estudam o direito. Afinal, apesar de escrever de modo simples⁶, não há uma leitura única sobre sua obra⁷. Ainda que amplamente citado por juristas de diferentes tradições⁸, Popper não pretendeu aprofundar-se nas questões específicas de lógica jurídica. Há, no entanto, algumas menções às questões sobre direito, justiça e análise das instituições sociais⁹.

Karl Raimund Popper (1902-1994) está entre os filósofos da ciência que tentaram combater posturas autoritárias, arbitrárias e relativistas nas ciências e na discussão política.

⁶ É bastante conhecida a defesa de Popper pela escrita simples e didática no meio científico como forma de ampliar o esforço conjunto pelo debate franco e transparente. Ao criticar teóricos das ciências sociais que escrevem de forma rebuscada, lança a provocação: “Quem não for capaz de se expressar de forma clara, deve permanecer calado e continuar a trabalhar até conseguir a clareza da expressão”. Cf. POPPER, Karl. *Em busca de um mundo melhor*. 2. ed. Trad. Teresa Curvelo. Lisboa: Fragmentos, 1989, p. 88.

⁷ Por exemplo, a defesa de uma “leitura moderada” de Popper para não abandonar completamente o método indutivo nas ciências. Cf. SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. *Imposturas intelectuais: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos*. Trad. Max Altman. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 71-75.

⁸ Para além dos juristas mencionados nesta tese, também é válida a menção aos juristas constitucionalistas Gomes Canotilho, Pablo Lucas Verdú e Bruno Galindo que também citaram o pensamento de Popper em suas obras. Para uma análise mais detalhada, cf. ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 28-32.

⁹ Popper define instituições sociais como elementos que limitam ou bloqueiam a ação humana. Nesse sentido, menciona expressamente tribunais e modelos contratuais como alguns dos elementos passíveis de análise científica (diálogo crítico com as tradições). Cf. POPPER, Karl. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Trad. Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, p. 202-205.

Suas investigações não se esgotam no debate sobre ciências naturais, pois muitas são as hipóteses levantadas sobre as ciências sociais, a democracia, a tolerância e opinião pública.

Nosso interesse pelos escritos de Popper relaciona-se com nosso pressuposto metodológico: a autossuficiência do conhecimento humano não passa de um engano, uma ilusão. A existência de múltiplas percepções sobre a realidade, a complexidade axiológica e a modificação compreensiva das coisas são fatores significativos que nos alertam para os riscos do enrijecimento do conhecimento com a imunização contra críticas. Ademais, há também a questão fundamental da limitação do conhecimento humano que nos leva à impossibilidade de convicções seguras no campo da ciência. Assim, é preciso rechaçar “teorias” autoritárias que blindam novos questionamentos ou que são incapazes de oferecer análises satisfatórias.

Ao apontar possíveis ligações entre o Racionalismo Crítico e a Teoria do Direito, Bernd Rüthers, Christian Fischer e Axel Birk destacam a vantagem de considerar o caráter hipotético dos enunciados científicos (pré-julgamentos, “*Vor-Urteile*”). Por um lado, é reconhecida a ignorância humana (conhecimento falível). Por outro, reforça a necessidade de aperfeiçoar nossas teorias a partir do exame crítico. No entanto, os autores reconhecem que há muitos desafios sobre como poderiam ser testadas as teorias jurídicas¹⁰.

Eric Hilgendorf apresenta o Racionalismo Crítico como uma das doze principais tendências da Teoria do Direito na Alemanha da segunda metade do Século XX, especialmente a partir das preocupações dos juristas com temas sobre Filosofia da Ciência nos anos 1960 e 1970¹¹. Por outro lado, Armin Engländer discorda expressamente de Hilgendorf: embora tenha ganhado repercussão em diversas áreas do conhecimento, o Racionalismo Crítico não teria nem mesmo se aproximado das teorias mais famosas na área jurídica¹².

¹⁰ RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel. *Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre*. 9. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2016, p. 7-11; 367-369.

¹¹ As doze tendências são: 1) A tradição tópico-retórica inaugurada por Theodor Viewheg e desenvolvida por Ottmar Ballweg, Wolfgang Gast e Fritjof Haft; 2) As preocupações hermenêuticas de Josef Esser e Artur Kaufmann; 3) As teorias da argumentação jurídica combinada com elementos da filosofia analítica (Ulfrid Neumann); 4) Teorias discursivas influenciadas por Habermas e Karl-Otto Apel (Robert Alexy e Klaus Günther); 5) Racionalismo Crítico (Reinhold Zippelius e Hans Albert); 6) Abordagens sociológicas do direito (a exemplo de Rüdiger Lautmann, Helmut Schelsky e Hubert Rottleuthner); 7) Teoria dos Sistemas (especialmente a partir de Niklas Luhmann); 8) Teorias marxianas do direito; 9) Teorias políticas do direito (Rudolf Wiethölter); 10) Ênfase nas obras de Hans Kelsen; 11) Lógica Jurídica (Ulrich Klug, Hans-Joachim Koch, Helmut Rüßmann e Ota Weinberger); 12) Direito Informático/Digital e tomada de decisão computacional. Cf. HILGENDORF, Eric. *Rechtsphilosophie der Gegenwart*. In: HILGENDORF, Eric; JOERDEN, Jan C. (org.). *Handbuch Rechtsphilosophie*. Stuttgart: J.B. Metzler Verlag, 2017, p. 170-181.

¹² ENGLÄNDER, Armin. *Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz*. In: HILGENDORF, Eric. (org.). *Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 111-125.

Além disso, são diversas as tentativas de aplicar e desenvolver o modelo de Popper no direito¹³. Seria difícil e pouco útil tentar reunir diferentes autores em torno de uma “Escola” da “Jurisprudência da Razão Crítica”. Isso porque a ampla exigência de revisão crítica serviu como ponto de partida para reflexões muito diferentes.

Nas análises sobre legitimidade do direito e ética jurídica, Armin Engländer registra a existência de diferentes monografias jurídicas influenciadas por Karl Popper e pela ideia de “sociedade aberta”: Reinhold Zippelius (1996), Peter Häberle (1998) e Valentin Petev (2001). Por outro lado, Engländer argumenta que o potencial do Racionalismo Crítico não foi devidamente explorado na teoria e dogmática jurídica e recomenda que tal referencial teórico seja combinado com as novas discussões da filosofia da linguagem¹⁴.

Na literatura jurídica, quatro elementos do Racionalismo Crítico de Popper costumam ser lembrados: a) o caráter conjectural e a possibilidade de erro das teorias; b) aceitação (*Akzeptanz*) provisória de uma teoria em razão da eliminação das teorias piores e impossibilidade de comprovação de sua verdade; c) A evolução ou progresso científico (*Fortschritt*) ocorre pelo desenvolvimento de novas teorias falseáveis em diálogo com tentativas de refutação empírica; d) a verdade como ideia reguladora que serve como guia. Com isso, é reconhecida uma “rica construção teórica” que permite o desenvolvimento da ciência jurídica em direções muito diferentes. Por outro lado, pode surgir também a acusação do “*Jedermannspopper*” (todo mundo agora é Popper)¹⁵.

Outros elementos do pensamento de Popper podem ser adicionados. Dentre eles, a ênfase na percepção de problemas concretos como início da investigação. E também a análise crítica dos efeitos normativos para a concretização de propósitos jurídicos.

Em alguns casos, as tentativas de aplicação do Racionalismo Crítico na análise jurídica foram objeto de forte rejeição. Na opinião de Axel Birk, algumas dessas aplicações são apenas caricaturas ou argumentações duvidosas como ocorre nos escritos de Claus-Wilhelm Canaris e Michael Potacs¹⁶. Examinaremos brevemente as principais críticas contra essas versões da análise crítica para tornar mais clara a proposta desta tese.

¹³ ALBERT, Hans. *O Direito à luz do Racionalismo Crítico*. Trad. Günther Maluschke. Brasília: Universa; Editora da UnB, 2013, p. 89.

¹⁴ ENGLÄNDER, Armin. Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz. In: HILGENDORF, Eric. (org.). *Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 111-125.

¹⁵ BIRK, Axel. Der kritische Rationalismus und die Rechtswissenschaft: Bernd Rüthers und Karl-Heinz Fezer – ein Ausgangspunkt, unterschiedliche Folgerungen. *Rechtstheorie*, n. 48, 2017, p. 43-44; 75.

¹⁶ BIRK, Axel. *Ibidem*, p. 43-75.

No caso de Canaris, a tese da falsificação normativa apenas alimenta uma padronização do sistema com explicações sistemáticas para a verificação de inconsistências dogmáticas. Nesse ponto, concordamos com a crítica de Axel Birk diante da escassa análise da vida social e da testabilidade empírica¹⁷. O parâmetro da falsificação oferecido por Canaris é enfraquecido pela delimitação dogmática de normas jurídicas escritas ou não escritas [*Basissätzen*]¹⁸. No máximo, há apenas um reforço da necessidade de compatibilidade dos resultados obtidos pela interpretação com o direito posto. Porém, a falseabilidade seria apenas de nível retórico e o parâmetro de análise seria bem mais manipulável. A proposta pode ser muita coisa, mas não é uma aplicação integral do Racionalismo Crítico de Popper.

Ao adotar a regularidade do uso da linguagem como base empírica, Michael Potacs apresenta critérios para a falseabilidade de interpretações jurídicas que poderiam ser interessantes para análises retóricas do discurso. Especialmente por excluir justificações meramente ideológicas e sem lastro empírico. No entanto, a proposta de Potacs foge do escopo de nossos objetivos nesta pesquisa. Assim como Axel Birk, também não acreditamos que se trate de uma proposta baseada ou mesmo compatível com o Racionalismo Crítico¹⁹.

Em síntese, a proposta de Canaris fortalece apenas a exigência de coerência e consistência do sistema jurídico, mas não dialoga com um exame crítico com elementos empíricos e propostas alternativas. É incapaz de romper com o “paradigma da razão suficiente” (Albert). Por outro lado, a proposta analítica de Potacs é baseada em premissas de regularidade linguística e ideologia que se distanciam muito da obra de Karl Popper, especialmente na questão da transformação gradual da tradição (transformação daquilo que é considerado regular a partir do surgimento de alternativas melhores).

Em nossas pesquisas anteriores, dialogamos com as perspectivas de Hans Albert e Reinhold Zippelius, ambos fortemente influenciados por Karl Popper. Neste caso, concordamos com alguns de seus argumentos, mas também nos distanciamos em outros aspectos. Assim como Hans Albert, também acreditamos que a ciência jurídica pode ser vista como ciência empírica (*Realwissenschaft*) que pode contribuir para a construção de propostas normativas, regulatórias e de interpretação alternativa para uma melhor tomada de decisão.

¹⁷ BIRK, Axel. *Ibidem*, p. 49-50.

¹⁸ LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. ed. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, 1995, p. 280-281.

¹⁹ BIRK, Axel. Der kritische Rationalismus und die Rechtswissenschaft: Bernd Rüthers und Karl-Heinz Fezer – ein Ausgangspunkt, unterschiedliche Folgerungen. *Rechtstheorie*, n. 48, 2017, p. 48-49.

Neste sentido, o direito poderia ser visto como “tecnologia social” que busca solucionar problemas a partir da compreensão das consequências sociais²⁰.

No entanto, o argumento mais frutífero de Hans Albert é a contraposição entre “paradigma da razão suficiente” e “paradigma da razão crítica”. Algo que já estava presente em Popper, mas que é bem desenvolvido para enfatizar o dever de dialogar com posições alternativas e manter o espírito aberto à dúvida²¹. Não basta fundamentar uma decisão: é preciso demonstrar que ela é melhor que as demais opções conhecidas²².

Embora reconheçamos a fidelidade com o pensamento de Karl Popper, discordamos de alguns aspectos da argumentação de Hans Albert²³. Isso porque a ciência jurídica não precisa estar limitada a um papel coadjuvante de apoio decisório, oferecendo sugestões regulatórias ou de interpretações possíveis. Em nossa ótica, é possível exercer um papel normativo e indicar que determinada decisão foi equivocada e injusta em razão dos efeitos obtidos. Essa crítica foi apresentada de forma muito clara por Ulfrid Neumann²⁴.

Também merece destaque o esforço argumentativo de Reinhold Zippelius. Este reconheceu a objeção de alguns em razão do “modo demasiadamente racional” como Popper entendeu o desenvolvimento das ciências (também há rupturas e não é um processo contínuo). Afinal, as reais estratégias da argumentação científica nem sempre são racionais e críticas. Muitos buscam confirmar teorias ou dar a aparência de “encaixe” dos fatos em suas concepções duvidosas. No entanto, Popper jamais negou a existência desses problemas: são as “estratégias de imunização” que nos dizem algo sobre o real comportamento dos cientistas, mas não é fator impeditivo para a teoria. Escolher uma das hipóteses não é uma refutação permanente de outra, mas apenas uma preferência provisória²⁵.

²⁰ ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 32; 136.

²¹ ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Trad. Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria J. P. Monteiro. 2. ed. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1976, p. 47-54.

²² ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 130.

²³ Para leitura de nossa crítica contra a adaptação de Hans Albert, cf. ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 31-32.

²⁴ NEUMANN, Ulfrid. Teoria científica da ciência do direito. Trad. M. Seca de Oliveira. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 476-477.

²⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. *Sociologia do direito e do Estado: noções fundamentais*. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016, p. 42-43.

O método experimental de Reinhold Zippelius vai além dos escritos de Hans Albert²⁶. Ambos enfatizam o necessário teste de eficácia social (a norma aplicada deve produzir os efeitos pretendidos, comportamentos desejados e deve evitar efeitos colaterais indesejados), etapa com a qual também concordamos. No entanto, Zippelius acrescenta um teste normativo de justiça e um teste lógico de compatibilidade sistemática. Para a obtenção de consensos sobre justiça, Zippelius utiliza a estratégia da legitimação por procedimentos estabelecidos. No entanto, considerando o sentido de democracia em Popper, desconfiamos da inovação pretendida e já apresentamos alguns breves contrapontos²⁷.

Um dos pressupostos do Racionalismo Crítico pode ser formulado enquanto *dever de vigilância* diante das imperfeições cognitivas. Ou como *função de advertência* (*Warnfunktion*²⁸). Não é possível fundamentar convicções seguras, mas podemos perceber problemas, falhas e equívocos quando observamos o mundo empírico. Então, temos um dever moral de tentar aperfeiçoar a realidade humana, tornando-a menos caótica e injusta. Doutrinas rígidas e demasiadamente abstratas não oferecem respostas satisfatórias porque ignoram a dimensão empírica da realidade e, muitas vezes, estabelecem processos dogmatizantes.

Pensando dessa forma, já sustentamos duas teses: i) interpretação e aplicação prática do direito podem ocorrer em momentos diferentes; ii) interpretação pode significar três momentos distintos: o ato interpretativo, o produto interpretativo provisoriamente consolidado e o processo interpretativo que nunca se encerra. Nosso objetivo foi desenvolver uma análise que considere a força das interpretações extrajudiciais e o caráter dinâmico do processo interpretativo (um ato interpretativo hoje pode ganhar ou perder força amanhã). No fundo, estávamos buscando instrumentos adequados para o exercício da função de alerta e para a possibilidade de uma pretensão de correção da aplicação jurídica. Estávamos preocupados com a aplicação absurda de normas jurídicas pelas autoridades estatais²⁹.

Aprofundando a pesquisa, notamos que Bernd Rüthers também sustentou algo parecido à primeira tese. Também influenciado pelo Racionalismo Crítico, Rüthers diferencia

²⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 136-138; BIRK, Axel. Der kritische Rationalismus und die Rechtswissenschaft: Bernd Rüthers und Karl-Heinz Fezer – ein Ausgangspunkt, unterschiedliche Folgerungen. *Rechtstheorie*, n. 48, 2017, p. 47-48.

²⁷ ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 189; KRELL, Andreas; ALVES, Pedro de Oliveira. Responsabilidade democrática como pressuposto de uma teoria da interpretação: discussão em torno da ADI 4983/CE, REI - Revista Estudos Institucionais, v. 4, n. 2, p. 686-689, 2018.

²⁸ BIRK, Axel. Der kritische Rationalismus und die Rechtswissenschaft: Bernd Rüthers und Karl-Heinz Fezer – ein Ausgangspunkt, unterschiedliche Folgerungen. *Rechtstheorie*, n. 48, 2017, p. 52.

²⁹ Cf. ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 86; 90; 94-96.

interpretação (*Auslegung*) e desenvolvimento judicial do direito (*Rechtsfortbildung*) com o objetivo de desafiar a prática judicial a partir da função de alerta da ciência jurídica³⁰.

Ao admitir as potenciais falhas, é exigido um adequado processo de escrutínio com transparência e inclusão do pensamento diferente. No caso do direito, a questão revela-se especial: *a luta contra a imperfeição da justiça humana*³¹. Nossas conclusões científicas são precárias e provisórias, mas isso não impede a busca de soluções provisoriamente melhores³².

A questão primordial não está na origem do argumento, mas sim em sua capacidade explicativa diante dos problemas percebidos e das demais hipóteses alternativas. Assim, o conhecimento se desenvolve na medida em que, ao perceber o distanciamento entre nosso conhecimento e a realidade (problema epistemológico), buscamos aperfeiçoar nossas explicações e passamos a testá-las e confrontá-las com outros pontos de vista. Essa é, em termos gerais, a diretriz central do Racionalismo Crítico.

Na “metáfora dos três mundos”, Popper apresenta uma diferenciação para fins didáticos: o Mundo 1 como mundo físico (das coisas em geral, dos objetos, da matéria); o Mundo 2 como mundo psíquico individual (do imaginado, do sentimento, do não dito, das vivências humanas); o Mundo 3 como mundo dos objetos culturais (dos produtos humanos, das proposições, da argumentação, das ideias comunicadas, do sentido da arte). Não há hierarquia ou isolamento entre os mundos³³. A “realidade” é formada a partir de sua interação³⁴. Essa explanação recorda argumentos de outros autores, o que poderia nos levar à tentação de produzir uma miscelânea de teorias³⁵. No entanto, apesar das aparentes semelhanças, muitas são as divergências no percurso e não será possível tratar neste trabalho.

³⁰ Maior aprofundamento no tópico 1.5 desta tese. Cf. BIRK, Axel. Der kritische Rationalismus und die Rechtswissenschaft: Bernd Rüthers und Karl-Heinz Fezer – ein Ausgangspunkt, unterschiedliche Folgerungen. *Rechtstheorie*, n. 48, 2017, p. 51-56

³¹ Há diferentes construções teóricas que trabalham com a imperfeição humana enquanto premissa significativa. Veja-se, por exemplo, o desenvolvimento do pensamento conservador britânico enquanto atitude política diante dos defeitos intelectuais humanos. Cf. QUINTON, Anthony. *The Politics of Imperfection*. London & Boston: Faber & Faber, 1978.

³² ZIPPELIUS, Reinhold. *Sociologia do direito e do Estado: noções fundamentais*. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016, p. 39-40.

³³ Em sua tese de doutorado, Hugo Machado Segundo também explora a metáfora de Popper para discutir a metafísica. Cf. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do ordenamento jurídico: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível*. Unifor: tese de doutorado em direito, 2009, p. 96-99.

³⁴ POPPER, Karl. *Em busca de um mundo melhor*. 2. ed. Trad. Teresa Curvelo. Lisboa: Fragmentos, 1989, p. 21-37.

³⁵ Por exemplo, em Cláudio Souto, os indivíduos são compostos SIV (sentimento, ideia e vontade) que, quando interagem, podem impor conhecimentos por meio de regras de conduta social. Essa interação, enquanto ação recíproca de dois ou mais compostos SIV, estaria contida no Mundo 3 de Popper. Em algumas teorias dos sistemas, inclusive de Niklas Luhmann, recordamos uma diferenciação semelhante entre os sistemas vivos

A principal preocupação popperiana está voltada ao Mundo 3: as estruturas objetivas que são o produto, nem sempre intencional, da “ação dos espíritos de criaturas vivas”³⁶. Uma vez produzido, o elemento presente no Mundo 3 já não depende de seu criador. Importa saber que o conhecimento se tornou objeto passível de análises e discussões. Está lançado ao Mundo 3, não é mais algo exclusivo de um sujeito: tornou-se objetivo. Assim, não podemos confundir “objetividade do conhecimento” com “objetividade do cientista”.

No caso do contexto de descoberta, Popper afasta-se de posturas positivistas ao considerá-lo livre: pode ser uma ideia inata, uma ideia preconcebida a partir de conhecimentos anteriores, um sonho, uma dedução racional ou qualquer outra forma. Esse aspecto também distancia Popper de muitas correntes do “pragmatismo jurídico” que analisam um método abduutivo na descoberta filosófica³⁷.

“Objetividade”, portanto, diz respeito ao caráter objetivo, sua capacidade de ser *objeto* de análises e discussões públicas. Isso vale tanto para a ciência jurídica como a prática efetiva do direito. Não significa a exclusão das subjetividades dos sujeitos envolvidos³⁸. A prática jurídica é objetiva nesse sentido: as práticas, interpretações e discussões jurídicas podem se tornar objetos de análises futuras porque adquiriram caráter público.

Outro ponto relevante é entender que o contexto de argumentação prática pode demonstrar uma pretensa certeza. Nas palavras de Andreas Krell³⁹, “a justificativa (escrita ou oral) da decisão jurídica normalmente não deixa transparecer dúvidas sobre o resultado”. No entanto, com base em Klaus Röhl e Hans Röhl, adiciona que “é descabido presumir que a fundamentação da decisão se resuma em um ‘cinismo organizado, dedicado à ocultação dos motivos verdadeiros’”. Isso porque a argumentação também condicionaria o intérprete.

A argumentação prática decorre, em muitos casos, de deveres institucionais e de uma legitimação exigida pela sociedade. No entanto, todo e qualquer sujeito poderá avaliar o processo de justificação. Mesmo que não tenha participado do processo decisório concreto ou

(orgânicos, biológicos) e os sistemas de sentido (que podem ser psíquicos ou sociais). Cf. SOUTO, Cláudio. *Introdução ao direito como ciência social*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1971, p. 1-6.

³⁶ MAGEE, Bryan. *As ideias de Popper*. Trad. Leonias Hegenberg e Octanny S. da Mota. São Paulo: Cultrix, 1973, p. 61.

³⁷ Assim como Lorena Freitas, entendemos que a abdução do pragmatismo estaria inserida no contexto da descoberta. Cf. FREITAS, Lorena de Melo. *O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito*. Recife: tese de doutorado em direito, 2009, p. 67.

³⁸ POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. 2. ed. Trad. Estevão R. Martins, Apio C. M. Acquarone Filho e Vilma O. M. Silva. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1999, p. 22.

³⁹ KRELL, Andreas. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, v. 19, p. 295-320, 2014, p. 310. Para uma visão oposta sobre a questão do caráter cínico ou irônico do discurso jurídico, cf. PARINI, Pedro. *A metáfora do direito e a retórica da ironia no pensamento jurídico*. UFPE: tese de doutorado em direito, 2013.

do momento de elaboração de textos normativos⁴⁰. Todos são potenciais intérpretes/críticos quando buscam aprofundar-se no conhecimento sobre determinado problema jurídico.

Desse modo, a ideia de “razão crítica” é, pois, produto de uma observação sobre a necessidade de desafiar constantemente o conhecimento humano a partir da realidade empírica e das teorias alternativas. Significa tentar “aprender com os erros”.

Explicitados os pressupostos principais, cumpre agora examinar o método crítico desenvolvido por Karl Popper. Para melhor compreensão de uma possível aplicação na análise jurídica, é preciso investigar os problemas jurídicos enquanto ponto de partida.

2.2 PROBLEMAS E DEVERES JURÍDICOS COMO PONTOS DE PARTIDA

Problematizada a questão do Racionalismo Crítico e sua aplicação nas análises jurídicas, precisamos aprofundar o método em si. Por essa razão, refletindo sobre as questões jurídicas, passamos a explorar o percurso da análise a partir da ênfase em problemas.

Em polêmica palestra com participação de Theodor Adorno, Karl Popper sustentou a tese de que o conhecimento evolui a partir de problemas. “O conhecimento não começa com percepções, observação ou com novas compilações de dados e fatos”, mas sim a partir de problemas epistemológicos: contradições entre o conhecimento atual e a vida real. A partir da investigação e discussão de problemas, o método das ciências sociais no Racionalismo Crítico consiste em propor e criticar possíveis propostas de solução. Se, no entanto, uma proposta não permite acesso à crítica objetiva, Popper defende que tal proposta será excluída provisoriamente do âmbito científico⁴¹.

Sendo assim, a evolução do conhecimento jurídico ocorreria a partir da tentativa de oferecer críticas contra supostas debilidades da atuação jurídica vigente. Isso seria possível não pela defesa de teses definitivas, mas sim pela observação de falhas, proposição e teste⁴² de novas respostas para esses problemas.

No entanto, bastante limitado é o ato de desafiar a atuação jurídica em razão de alternativas regulatórias e dados empíricos. Porque enunciados normativos são, em muitos casos, opções políticas e juízos valorativos. Não se trata, portanto, de desenvolver um método

⁴⁰ Argumento que decorre da epistemologia de Karl Popper acerca dos objetos culturais. Cf. POPPER, Karl. *Em busca de um mundo melhor*. 2. ed. Trad. Teresa Curvelo. Lisboa: Fragmentos, 1989, p. 149.

⁴¹ POPPER, Karl. La lógica de las ciencias sociales. In: ADORNO, Theodor; et al. *La disputa del Positivismo en la Sociología alemana*. Trad. Jacobo Muñoz. Barcelona: Ediciones Grijalbo S.A., 1973, p. 102-104.

⁴² Cabe enfatizar que o “teste” não é necessariamente empírico, pois propostas más podem ser contestadas com a argumentação lógica, por exemplo. Além dos limites orçamentários, são relevantes os limites éticos dos testes de novas propostas de atuação na ordem pública de acordo com as opções políticas e valorativas de cada sociedade.

na ciência jurídica para impedir a aplicação de um texto normativo. Em determinadas tradições sociais, o respeito pelas escolhas políticas dos legisladores e governantes é fundamental para mitigar efeitos nocivos decorrentes da imprevisibilidade social.

Para evitar confusões, precisamos refletir sobre o sentido dos problemas jurídicos e as possibilidades de proposição e refutação no âmbito da ciência.

Diferentemente do que será desenvolvido nesta tese, Hans Albert desenvolve uma perspectiva que poderia ser pensada em uma Teoria da Legislação. Nesse caso, as formulações científicas do direito seriam apenas recomendações sobre as melhores regulamentações para os legisladores e administradores públicos. Sem dúvidas, alguns temas são complexos e necessitam de boas assessorias, além de uma discussão comparativa. Para essa situação, pensamos que seja essencial delinear bem os parâmetros e critérios de avaliação: o que se deseja com a regulamentação e quais as consequências práticas de sua implementação. A partir disso, seria possível orientar a elaboração de textos normativos. No entanto, pretendemos examinar o método na Teoria da Decisão.

Quando os indivíduos reconhecem a relevância de determinados problemas sociais, há uma tendência em estabelecer um comando normativo público para a resolução daquele problema. Esse reconhecimento social de problemas significativos é um dos principais fatores para a criação do direito (juridificação dos problemas sociais). Por enquanto, chamaremos esse conjunto de possibilidades como *problemas jurídicos de primeira ordem*.

Mas, além desses problemas jurídicos, existe outra categoria que interessa aos juristas. A aplicação do direito e seu desenvolvimento podem suscitar dificuldades relacionadas com a manutenção do sistema jurídico. Ainda que não existam reações sociais, muitas questões tornam-se jurídicas na medida em que servem para tornar possíveis os comandos normativos. É o que ocorre, por exemplo, com discussões como saber se os prazos processuais devem ser contados em dias úteis ou dias corridos. Mas, além das escolhas técnicas e procedimentais, algumas questões relacionadas a direitos fundamentais podem também ser *problemas jurídicos de segunda ordem*: as propostas de atuação das autoridades competentes trazem problemas de acompanhamento e análise sobre os resultados e o impacto de suas condutas, que nem sempre repercutem em todas as esferas públicas⁴³.

⁴³ Caso de um tributo específico não pretendido pela sociedade, mas efetivado de acordo com as competências constitucionais. A tributação é um problema jurídico de primeira ordem, mas seus tributos em espécie costumam ser tentativas de resposta das autoridades constituídas. Ou o caso de regulamentação do direito à liberdade de expressão e manifestação. Essas tentativas de resposta ou solução, por seu turno, suscitam problemas jurídicos de segunda ordem porque, ainda que não existam reações específicas da sociedade, necessitam de análise para

Ainda hoje, os desacordos sobre os fundamentos e as funções do Direito Penal e do Direito Tributário enfatizam uma suposta relação conflituosa entre Estado e indivíduo. De fato, em uma relação jurídica concreta, a atuação estatal pode demonstrar-se invasiva por meio de sua pretensão punitiva ou de seu poder de tributar. Entre os tributaristas, por exemplo, há aqueles que afirmam que as normas tributárias são destituídas de valor, rejeitadas socialmente e seguidas pela sociedade apenas em face das sanções jurídicas indesejadas⁴⁴. Uma visão puramente libertária do Direito Penal também enfatizaria um minimalismo penal ou até mesmo um abolicionismo das normas penais ou da estrutura carcerária⁴⁵. Essas visões não estão completamente equivocadas na medida em que tentam evitar abusos estatais na vida individual, porém apenas enxergam o problema de forma parcial quando não consideram as decisões valorativas da sociedade sobre os deveres estatais de tutela/ proteção da comunidade.

Questões gerais sobre tributação estão diretamente relacionadas com um sentimento jurídico social de dever de contribuir com o funcionamento das estruturas, instituições e políticas públicas. Alguns formulam esse fundamento valorativo como “solidariedade⁴⁶”, outros tentam elaborar um “dever fundamental de pagar tributos⁴⁷” presente no “Estado Fiscal”. Essa decisão valorativa *não* significa buscar a maior arrecadação possível para o Estado. Significa tão somente que a sociedade reconhece a necessária cobrança de tributos dentro de determinados limites para alcançar ou aproximar-se de determinados resultados. No caso brasileiro, a presença de normas constitucionais sobre regras fixas de competência e limites ao poder de tributar favorece o controle jurídico da atividade estatal.

Com o avanço tecnológico, alguns assuntos podem adquirir juridicidade diante da nova percepção social. Essas informações técnicas precisam ser constantemente alimentadas pelas informações de outros setores da sociedade, mas também passam a formular problemas jurídicos e soluções. É o caso das normas de fiscalização no âmbito das construções civis ou do acompanhamento de barragens.

saber se conseguem atingir resultados satisfatórios à luz das discussões relacionadas aos problemas de primeira ordem do direito.

⁴⁴ Cf. Prefácio de Ives Gandra no livro de Martha Leão. In: LEÃO, Martha Toribio. *O direito fundamental de economizar tributos: entre legalidade, liberdade e solidariedade*. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁴⁵ Cf. OLIVEIRA, Luciano. As plantas do Jardim de Hulsman: discutindo o abolicionismo penal e o abolicionismo carcerário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 129, p. 285-320, 2017.

⁴⁶ O termo não deve ser confundido com a concepção tradicional e cristã da virtude internalizada. Cf. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. (Org.). *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Editora Dialética, 2005.

⁴⁷ Cf. NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998; MELO, Luciana Grassano G. *Justiça Fiscal: Estudos críticos de problemas atuais*. Belo Horizonte: Editora Letramento: Casa do Direito, 2020.

A importância de um tratamento diferenciado para esses diferentes problemas jurídicos já foi percebido (pelo menos em parte) por juristas há, no mínimo, cem anos. Foi o que levou ao debate sobre uma natureza diversa das normas legais: apesar de formalmente iguais, os problemas de primeira ordem resultam em normas jurídicas que contêm um nítido juízo valorativo social e cultural com caráter pré-existente ao ordenamento positivo (precede a legislação estatal). O primeiro tipo de norma jurídica, nas palavras de Hsü Dau-Lin⁴⁸, sempre conta com uma consciência jurídica ou sentimento jurídico. Há forte sensibilidade axiológica no momento de seleção do sistema jurídico.

Por outro lado, o segundo tipo de problema enseja a criação de normas que são apenas instrumentos para a realização de outras leis e para a manutenção da ordem. Na nomenclatura de Hans Fehr (1874-1961)⁴⁹, as categorias são chamadas de “normas jurídicas autênticas” e “normas jurídicas técnicas”. Baseados nessa distinção, alguns autores concluem que as primeiras fundamentam materialmente a juridicidade das segundas⁵⁰, premissa com a qual podemos concordar a princípio porque derivam de outros problemas jurídicos.

Nossa diferenciação entre primeira e segunda ordem não deve sugerir uma distinção baseada em importância ou complexidade. Trata-se tão somente de uma observação dos interesses mais diretos da sociedade e dos problemas que surgem no decorrer das vivências e aplicações do ordenamento jurídico, mas essa zona limítrofe nem sempre é clara e pode apresentar problemas difíceis no debate sobre a atuação judicial concreta. Possui mais uma finalidade didática para uma melhor percepção da variabilidade de problemas jurídicos e suas possíveis consequências no processo interpretativo.

Assim, o direito atua para responder esses diferentes tipos de problema. Mesmo que seja oferecida uma “solução” no caso concreto, essa atuação tende a ser acompanhada ou pelo menos pode voltar a ser objeto de críticas no processo interpretativo. Assim, toda solução apresentada sempre poderá ser desafiada no plano argumentativo.

Ao longo do processo histórico, a prática do direito demonstra que conceitos e técnicas de interpretação tornam-se objetos de novas discussões em algum momento. Basta recordar a análise de Bernd Rüthers sobre a transformação interpretativa da legislação alemã sobre conceitos como “pessoa” e “capacidade jurídica” (BGB – código civil) em razão de fortes

⁴⁸ HSÜ DAU-LIN, *Mutación de la constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública: Oñati, 1998, p. 52-53.

⁴⁹ Cf. FEHR, H, *Recht und Wirklichkeit*, Leipzig, 1927.

alterações sociopolíticas como no período nazista. Portanto, uma mesma tradição jurídica pode ser “remodelada” por meio de técnicas interpretativas com a finalidade de atender novos valores sociais e políticos: uma nova “ideia de direito”, elaboração de novas fontes supralegais do direito, ressignificação de conceitos indeterminados, dentre outras estratégias⁵¹.

Na fase inicial da atividade interpretativa, cada tradição social pode produzir exigências diferentes. É o caso das chamadas “fontes do direito” e das técnicas para o estabelecimento e compreensão do direito. Servem mais como “pontos de partida” do que de chegada, pois não tornam indiscutíveis os problemas observados na prática. Mas permitem uma primeira “cobrança” de racionalidade no sistema jurídico. Por exemplo: se um advogado sustenta a adoção de “método genético” na interpretação histórica de um dispositivo constitucional, é possível refutá-lo a partir de documentos históricos.

Muito tradicional na Alemanha é a diferenciação, na ciência jurídica, entre dogmática e teoria do direito. Pensamos que seja pertinente examinar algumas dessas questões, pois há repercussões práticas acerca do tratamento de um problema jurídico pela ciência do direito.

No caso da teoria jurídica, sem delimitação nas prescrições legais de um Estado específico, é possível oferecer um exame empírico, analítico e normativo do direito em geral. Segundo Bernd Rüthers, Christian Fischer e Axel Birk, as teorias auxiliam no exame dos efeitos das normas na sociedade e nas relações econômicas, explorando modelos analíticos adequados e dialogando com outras ciências sociais⁵². De forma mais simples, Armin Engländer descreve como a análise geral de elementos jurídicos, do modo como se relacionam e sua atuação na determinação do direito⁵³.

Bernhard Schlink⁵⁴ aponta que a ciência dogmática do direito (*Rechtsdogmatik*, *dogmatic jurisprudence*) refere-se ao sistema de conceitos formulado com base em um determinado sistema jurídico positivo de modo que este possa decidir se um determinado desenvolvimento teórico do conceito é correto ou falso. Essa seria a diferença da dogmática para a teoria do direito (que é geral e não depende de um ordenamento específico). Armin

⁵⁰ Posição acolhida e defendida pelo constitucionalista Hsü Dau-Lin. Cf. HSÜ DAU-LIN, *Mutación de la constitución*, Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública: Oñati, 1998, p. 57.

⁵¹ RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado: Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*. Trad. Juan García Amado. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 111-117; 193-194.

⁵² RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel. *Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre*. 9. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2016.

⁵³ ENGLÄNDER, Armin. Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz. In: HILGENDORF, Eric. (org.). *Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 113-121.

⁵⁴ SCHLINK, Bernhard. On a principle of contradiction in normative logic and jurisprudence. *Theory and Decision*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht-I-Iolland, v. 2, 1971, p. 47.

Engländer acrescenta que, enquanto disciplina central da ciência jurídica, a dogmática não se esgota na descrição do direito estatal, mas funciona como disciplina prática que orienta a tomada de decisão adequada dos órgãos decisórios. Funcionaria, portanto, como elemento central na sistematização e desenvolvimento do direito⁵⁵.

Deve ser enfatizado também que a realidade jurídica é dinâmica e que novas perspectivas podem surgir⁵⁶. Por essa razão, a dogmática jurídica não deve ser confundida com uma forma de dogmatismo ou com a mera replicação acrítica de técnicas e conceitos⁵⁷. Trata-se de uma discussão jurídica especializada, que poderá tratar de problemas específicos de acordo com seu objeto de estudo e os objetivos de cada ramo jurídico.

Poder-se-ia até acatar a sugestão de Hugo Machado Segundo⁵⁸, no sentido de abandonar a expressão “dogmática jurídica” que “mais confunde do que esclarece”. Como falar em “ciência dogmática” do direito? Especialmente a partir do Racionalismo Crítico? No entanto, a expressão muito provavelmente continuará sendo utilizada. E pode ter relevância na análise de um ordenamento jurídico específico a partir de seus próprios objetivos e fundamentos reconhecidos naquela sociedade.

Problema maior ocorre quando teóricos sustentam uma concepção artificial de dogmática jurídica para contrapor com aquilo que não gostam.

Fortemente influenciado pelos alemães, Lucas de Laurentiis adota a diferenciação entre dogmática e teoria: para construir conceitos gerais e identificar linhas decisórias convergentes, o trabalho dogmático busca estabilizar a sociedade, favorecendo a diminuição de variação decisória e garantindo a preservação de competências estatais. Assim, a dogmática não precisaria revisitar sempre, a cada nova aplicação, os conceitos e fundamentos básicos. Mais que isso: a dogmática precisaria ser reconhecida pela decisão positivada da autoridade. Apenas o teórico – e não o dogmático – poderia pensar em soluções para além do direito positivo⁵⁹ (como se a objetividade dos textos positivos e a força da autoridade competente fossem suficientes para sanar os problemas de aplicação jurídica).

⁵⁵ ENGLÄNDER, Armin. Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz. In: HILGENDORF, Eric. (org.). *Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 113-121.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 39.

⁵⁷ A dogmática não é apenas a replicação de técnicas e conhecimentos, mas pode vir a sê-la em determinados casos: se o aplicador do direito concorda com determinada interpretação e não a refuta, ele passa a corroborar com aquele entendimento e pode apenas replicar sua fundamentação, adequando aos elementos do caso concreto.

⁵⁸ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Por que dogmática jurídica? *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 27, p. 59-86, 2008.

⁵⁹ LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: tese de doutorado em direito pela USP, 2015, p. 29-35.

No entanto, Laurentiis leva ao extremo a ideia de estabilização social da dogmática jurídica e ataca a teoria da ponderação (Robert Alexy) por não oferecer “parâmetro dogmático” para aferir a correção decisória; ou seja, a partir de parâmetros teóricos, a teoria da ponderação tenta extrair consequências dogmáticas⁶⁰. Para Laurentiis, teorias jurídicas e métodos são proposições descritivas sobre como o direito é construído e aplicado sem pretensão de aplicação futura⁶¹. Para ser testado a partir de uma prática interpretativa, admite apenas conceitos dogmáticos construídos com base no direito positivo e na prática decisória⁶².

Embora a teoria da ponderação possa ser criticável em alguns aspectos⁶³, não parece razoável a crítica que “denuncia” a suplantação da análise dogmática por uma teoria jurídica. Esse raciocínio não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro vigente⁶⁴. Na verdade, é discutível se a palavra alemã *Rechstdogmatik* poderia ser traduzida fora da Alemanha sem considerar o contexto histórico da expressão. Sem unanimidade entre os alemães, poderia ser caracterizada como sistematização de conhecimento jurídico que visa orientar o momento de aplicação do direito, mas parte da literatura nega a dogmática em outras culturas ou aponta para uma dogmática com elementos distintos nos demais países⁶⁵.

⁶⁰ Curiosamente, Robert Alexy também elabora conceito de dogmática jurídica e propõe a teoria da ponderação como uma possibilidade de conferir racionalidade e estabilidade decisória. Para a crítica, cf. LAURENTIIS, Lucas Catib de. *Ibidem*, p. 33-34.

⁶¹ Nas palavras do autor, “Na verdade, teorias – nesse caso, métodos – são conjuntos de proposições descritivas a respeito da forma como o direito é construído, compreendido, aplicado e atualizado. Quando, por exemplo, Friedrich Carl von Savigny criou a metodologia aplicada originariamente no direito civil, que foi posteriormente transferida para o direito constitucional, seu objeto de estudo, o código de Justiniano, já não era aplicado há milênios. Isso mostra que a finalidade desses é pura e simplesmente descrever uma forma de raciocínio jurídico e, nesse sentido, o discurso metodológico não apresenta qualquer pretensão de aplicação”. Cf. LAURENTIIS, Lucas Catib de. *Ibidem*, p. 35.

⁶² LAURENTIIS, Lucas Catib de. *Ibidem*, p. 35.

⁶³ Para algumas das principais críticas, cf. AMADO, Juan Antonio García. ¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación. *Revista Iberoamericana de argumentación*, n. 13, 2016, p. 1-22; POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma: a mal sucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016; LADEUR, Karl-Heinz; CAMPOS, Ricardo. Entre teorias e espantalhos: deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. In: CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte als Prinzipien? *Osaka University Law Review*, v. 39, p. 41-58, 1992.

⁶⁴ Nos termos do Código de Processo Civil brasileiro, cabe ao magistrado fundamentar sua decisão de modo a tornar claros os critérios e o método aplicado, principalmente para esclarecer as circunstâncias fáticas e as premissas teóricas consideradas na ponderação que busca solucionar o conflito entre normas jurídicas. Portanto, totalmente possível valer-se de teorias jurídicas com pretensão normativa ou descritiva no momento de aplicar o direito. Nos termos do dispositivo normativo: “Art. 489, §2º. No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

⁶⁵ YUANSHI BU. Rechtsdogmatik: vom Transfer des deutschen Rechts zum Transfer des deutschen Konzepts der Rechtswissenschaft. *JuristenZeitung*, v. 71, n. 8, p. 383-385, 2016.

Portanto, é preciso cuidado para não criar uma ideia de que dogmática é apenas uma técnica sucinta de uniformização e padronização de conceitos e decisões para orientar a prática jurídica futura. Se entendida nesses termos, não é conhecimento científico. Na perspectiva de um racionalismo crítico, não concordamos com essa delimitação artificial.

Mais útil é enxergar a dogmática como uma tradição jurídica específica com características distintas em cada contexto social e histórico. Não falamos em análise de “dogmas”, mas sim em compreensão dos argumentos disponíveis no sistema jurídico (reconhecidos naquela comunidade como pontos de partida). Significa dizer que nenhum jurista interpretará o direito de forma aleatória porque, antes dele, outras pessoas já discutiram questões pertinentes no passado (ainda que não necessariamente sobre o mesmo tema). Nas palavras de Yuanshi Bu⁶⁶, a dogmática jurídica é propagada como uma forma de abordar a prática jurídica na medida em que possibilitaria que a ciência jurídica conseguisse ir além da “torre de marfim” acadêmica (*akademischen “Elfenbeinturm”*). É a exigência da prática jurídica como ponto de partida!

No caso do direito penal, por exemplo, antes da aplicação específica para a solução de um problema concreto, existem questões gerais que já foram muito discutidas: os elementos do crime, quando uma conduta é punível, as funções da pena, os princípios para a interpretação do direito penal, dentre outros aspectos. Nesse sentido, ideias como o caráter restritivo e favorável ao réu na interpretação do direito penal são historicamente construídas como fundamentos básicos de cada sistema parcial do direito: ainda que não houvesse uma regra explícita sobre a possibilidade de efeitos retroativos para beneficiar o réu, a tradição jurídica ocidental apresenta como um princípio que se justifica pela lógica do direito, com base nos objetivos e nas experiências históricas do direito penal⁶⁷. Ainda que seja possível a formação de um novo ramo jurídico, sempre existirão postulados mais gerais que poderão influenciar o modo de interpretar o direito em uma dada situação.

A prática jurídica e as discussões científicas não se encontram apartadas, embora não se confundam. Diferenciam-se quanto aos seus objetivos, mas não se separam. A prática fornece a experimentação, a possibilidade concreta de refutação das conjecturas pensadas para

⁶⁶ YUANSHI BU. *Ibidem*, p. 386.

⁶⁷ O debate sobre as funções e objetivos do Direito Penal é um dos mais emblemáticos na teoria do direito. Neil McCormick, por exemplo, leciona que “todo o Direito Penal, em alguma medida, e algumas partes dele de forma exclusiva, foca-se na paz pública e na ordem como um contexto de segurança e integridade pessoal”. No entanto, esse é um debate bem mais complexo que envolve experiências culturais e históricas. Cf. MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 151.

determinados problemas. Por outro lado, a ciência jurídica auxilia o momento pré-aplicação do direito e fornece um conjunto de críticas ao resultado obtido na prática, buscando corrigir eventuais desvios para aperfeiçoar o sistema jurídico.

Essa alimentação circular entre prática e ciência é fundamental para o desenvolvimento do conhecimento jurídico. Da mesma forma que os vocábulos “História” e “Física” dizem respeito tanto aos seus objetos (transcurso temporal e natureza) como seus conhecimentos científicos, o direito também abrange preocupações práticas que são aplicadas concretamente e que são pensadas e refletidas na ciência. É a partir da observação de problemas práticos que o conhecimento jurídico é estimulado a evoluir.

Os problemas jurídicos relacionam-se diretamente com a garantia de expectativas e o controle comportamental em uma sociedade. Em especial, duas questões surgem quando pensamos nos problemas a serem enfrentados pelos juristas: a) como deve funcionar o sistema jurídico? (os deveres *do* direito); b) quando estamos obrigados juridicamente a atuar de um modo determinado? (os deveres *no* direito ou *segundo* o direito posto).

A fundamentação dos deveres jurídicos é um aspecto controverso, com múltiplas perspectivas. Por exemplo, Samuel Pufendorf buscou apresentar os deveres jurídicos como obrigações dos sujeitos para com a sociedade da qual é membro⁶⁸. No entanto, mais problemático é quando percebemos que os supostos deveres são utilizados na prática para “ordenar” a vida social, com a imposição de obrigações dos mais diversos tipos.

Em nossa perspectiva, entretanto, esses elementos passam a merecer novas reflexões, especialmente quando considerada a limitação cognitiva humana. Qualquer pretensão de apresentar uma resposta dogmatizada sobre os problemas sociais poderia ser contrária aos objetivos do conhecimento científico. Tal “ingenuidade” poderia condenar a humanidade a regimes totalitários e cognitivamente fechados.

Consequentemente, é necessária uma “esfera pública plural”, na qual os intérpretes possam discutir sobre erros e insuficiências de nossas respostas para os problemas jurídicos. Nesse aspecto, o primeiro dever do sistema jurídico está relacionado com uma “evolução” do conhecimento jurídico que busque diminuir o sofrimento dos indivíduos. A partir da inclusão

⁶⁸ PUFENDORF, Samuel. *On the duty of man and citizen according to the natural law*. Trad. Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 39-60. Também sobre a questão, conferir comentário sobre essa definição em KAUFMANN, Artur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. Trad. M. Keel. In: KAUFMANN, Artur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 89.

de conjecturas e testes, o sistema jurídico precisa agir com transparência e publicidade para a melhor tomada de decisões frente aos problemas que surgem.

Portanto, torna-se fundamental fortalecer os espaços públicos de deliberação sobre problemas jurídicos dentro e fora dos tribunais, incluindo perspectivas contrárias ou apenas diferentes para que possa existir uma discussão crítica efetiva. É o efetivo esforço de encontrar soluções mais adequadas que configura o desenvolvimento de uma epistemologia jurídica crítica. Evidentemente, como registra Reinhold Zippelius⁶⁹, não precisamos ensaiar todas as possibilidades empíricas (*trial and error*) porque o pensamento nos permite “antecipar na imaginação possíveis acontecimentos futuros e fazer mentalmente experiências com eles: ponderar as consequências e obstáculos mediante o emprego do nosso saber empírico”. Precisamos, então, de um esforço contínuo de correção de erros.

Em face dos problemas que surgem, o direito – enquanto sistema de conhecimento objetivo – possui um dever de aperfeiçoamento. A ordem jurídica jamais chega a um ponto ideal, de perfeição sobre todas as questões. Ou pelo menos não conseguimos assegurar que chegamos ao ponto ideal, de modo que “manter-se vigilante” deve ser levado a sério no plano argumentativo dos discursos racionais.

Tais deveres de aperfeiçoamento da ordem jurídica não são satisfeitos com respostas baseadas em um “tudo ou nada” porque diferentes graus de concretização são possíveis. Logo, há aqui um dever de aproximação da melhor concretização possível diante do atual estágio de conhecimento para a consolidação de uma epistemologia crítica a partir das estruturas e instituições jurídicas possíveis.

A normatividade do direito se fundamenta não apenas em conjecturas abstratas – nem muito menos na mera existência de uma autoridade, pois também são exigidas a conformidade com a realidade fática e a avaliação das consequências práticas para o alcance de determinados objetivos. Precisa haver, então, aprimoramento do exame crítico dos problemas e soluções jurídicas, considerando o exame adequado das realidades fáticas e de seu real impacto para o alcance dos objetivos esperados.

Quanto aos deveres *no* sistema jurídico, ou seja, dos indivíduos perante a sociedade, não encontramos uma resposta *a priori* sobre o *conteúdo* de tais deveres jurídicos. Muito menos a possibilidade de uma resposta final, inquestionável. Entretanto, podemos situá-los no contexto da concretização dos deveres de aprimoramento do sistema jurídico, enfatizando a

⁶⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Sociologia do direito e do Estado: noções fundamentais*. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016, p. 44-45.

necessidade de uma estrutura formal que garanta discussão crítica: todos devem incentivar e promover o espírito aberto das discussões do direito. Nesse contexto, podemos falar no “direito de constituição do direito” e no “direito de desenvolvimento do direito”.

Tais preocupações nos remetem ao problema da autonomia do direito e de um ramo jurídico que possa desenvolver princípios e limites para a ordem jurídica. É preciso, pois, compreender o chamado “Direito Constitucional” enquanto tradição especial que lida com a formação e as regras de desenvolvimento das ordens jurídicas. Ao investigar os problemas jurídicos constitucionais, estaremos nos aproximando da problemática das transformações de sentido do direito e de uma possibilidade metodológica de análise.

2.3 A SINGULARIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL E SEU MODO DE COMPREENSÃO

A partir de um exame das lutas históricas em torno dos textos constitucionais, Hsü Dau-Lin⁷⁰ sustentou uma natureza imanente das constituições jurídicas. Um de seus argumentos é que essa característica imanente teria sido ignorada pelas principais teorias alemãs anteriores à Primeira Guerra Mundial porque os teóricos haviam deixado de se questionar sobre o papel das constituições: sobre o que elas devem ser, quais os propósitos para tornar mais difícil a reforma de seus textos e por quais motivos tantas pessoas lutaram tão intensamente pelos seus valores. Ao analisar o desenvolvimento do direito constitucional na Europa Ocidental e nos Estados Unidos, o autor concluiu que haveria algo único nas constituições jurídicas (um “valor específico”).

De certo modo, somente podemos falar em um determinado sistema e não em outro por conta de elementos próprios sobre a formação e manutenção de cada sistema. Mas tais “regras constitucionais” não são conteúdos estabelecidos aprioristicamente com um alto grau de rigidez. Na verdade, a interpretação dessas regras de formação e desenvolvimento de um determinado tipo de conhecimento é constantemente testada e reinterpretada de modo a promover resultados mais satisfatórios (do ponto de vista epistemológico). Tais regras constitucionais formam uma tradição, que também se torna objeto de discussões e análises. Outros sistemas de conhecimento objetivo também possuem regras de formação, limitação e transformação do próprio sistema. No caso do direito, é a dogmática jurídico-constitucional.

⁷⁰ HSÜ DAU-LIN. Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 61 (N.F. 22), n. 1, p. 40, 1932.

Os princípios de cada dogmática jurídica específica não devem ser confundidos com outras abordagens principiológicas possíveis. No direito brasileiro, muito tem sido falado sobre o princípio enquanto norma – talvez por influência de juristas estrangeiros como Robert Alexy. Isso porque os textos jurídicos fornecem, de forma explícita ou implícita (possível a partir da lógica textual), comandos normativos que não apresentam uma regra previamente determinada, mas que precisam ser observados no momento de aplicação do direito.

Para além dos princípios normativos, existiriam os postulados interpretativos e metódicos fornecidos pela doutrina de cada ramo jurídico: são os princípios científicos, que podem colaborar com o processo de conhecer uma determinada ordem jurídica. No campo constitucionalista, é frequente a formulação de “princípios de interpretação constitucional”⁷¹.

No entanto, na tradição jurídica, os princípios também aparecem enquanto fundamentos do direito⁷². São os aspectos que justificam a existência e a diferenciação de um determinado ramo jurídico. Por qual motivo a interpretação do direito tributário distancia-se da interpretação do direito de família? Cada ramo jurídico possui peculiaridades, com objetivos próprios e repercussões distintas na sociedade. Infelizmente, a confusão do termo “princípio” pode produzir algumas estranhezas como a tentativa de ponderar premissas metodológicas ou a pretensão de aplicar um fundamento complexo do direito em um caso que seria solucionado pela simples aplicação de uma regra já existente.

O conteúdo da expressão “Direito Constitucional” varia em muitos contextos históricos, influenciado por um olhar teórico e ideológico. Não é nossa pretensão adotar uma definição apriorística rígida e normativa para rechaçar outras formas possíveis de discussão. À luz dos objetivos desta pesquisa, consideramos como um conjunto de discussões e interpretações sobre as regras fundamentais do sistema jurídico.

Em geral, são desenvolvidos modelos sobre o exercício do poder político segundo critérios funcionais e territoriais, com a tutela de direitos subjetivos e garantias institucionais. Tais regras passam a ser constitucionalizadas e reconhecidas como balizas de todo o ordenamento jurídico daquela comunidade. A partir disso, surgem debates em torno das melhores formas de concretização constitucional para solucionar problemas jurídicos.

⁷¹ Para uma das críticas mais significativas sobre o tema no Brasil: SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

⁷² Neil MacCormick aponta a diferenciação dos ramos jurídicos segundo os valores que são buscados em cada área jurídica. Apesar de adotar outra nomenclatura, a própria origem da palavra “princípio” remete a fundamentos e bases de um determinado conhecimento. Cf. MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 151.

Não por acaso, Bernd Rüthers percebeu que a discussão dos métodos interpretativos é uma questão constitucional na medida em que a aplicação judicial do direito também envolve a separação de poderes: há forte relação com a distribuição real do poder de definir normas jurídicas estatais e isso será decisivo para saber se há uma democracia baseada no primado do direito ou um Estado judicial oligárquico [*oligarchischer Richterstaat*]⁷³. Assim a pretensão de normatividade constitucional reverbera nas interações sociais a fim de promover algum tipo de estabilização a partir dos compromissos políticos reconhecidos socialmente.

O direito de constituir-se como direito é uma premissa conjectural que não é resultado de meras ficções. Na verdade, decorre de uma posição moral corroborada pela observação de práticas sociais. É preciso permitir que novas hipóteses, argumentações e demonstrações sejam apresentadas na sociedade para rechaçar o ilícito ou injusto. A questão dos problemas sociais e das disputas de poder não pode ser abandonada por uma sociedade que pretende aperfeiçoar-se. Do contrário, os riscos de barbáries, autoritarismos e derramamentos de sangue seriam gravemente ampliados.

A noção de direito democrático surge, então, como a garantia de uma estrutura que não é justificada por supostas confianças nas maiorias. Nas palavras de Karl Popper, a escolha pela democracia decorre da crença de que as instituições democráticas são as menos ofensivas que conhecemos para promover a destituição de maus governantes sem precisar recorrer ao uso da violência⁷⁴. Para garantir uma sociedade livre e o direito à vida na sociedade com ampla participação, é exigida alguma proteção contra os “mais fortes”. É por isso que a atuação estatal deve ser controlada pelo direito.

Um dos problemas centrais da atuação estatal é a garantia do mesmo tratamento para um conjunto de casos fáticos semelhantes⁷⁵. Mas não basta analisar o caráter universal de suas decisões. Exige-se também que a realidade social não seja ignorada no processo de compreensão das normas constitucionais. Consequentemente, a interpretação constitucional pode servir, dentre outros fins, para controlar o poder político, assegurando a submissão deste

⁷³ RÜTHERS, Bernd. Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz. *JuristenZeitung*, v. 61, n. 2, 20 jan. 2006, p. 60.

⁷⁴ POPPER, Karl. *Em busca de um mundo melhor*. 2. ed. Trad. Teresa Curvelo. Lisboa: Fragmentos, 1989, p. 140-142.

⁷⁵ Nesse sentido, o termo “universalizabilidade” pode ser útil na medida em que se exige um raciocínio específico dos juristas. Na definição de Neil MacCormick, “para que uma certa pretensão seja justificada dados certos fatos, é preciso que qualquer caso com fatos basicamente similares possa ser de forma semelhante reconhecido como um caso no qual é veiculada uma pretensão igualmente justificada”. Cf. MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 63.

à fórmula política presente nas constituições escritas⁷⁶ ou para assegurar algum comando normativo reconhecido pela respectiva sociedade.

Nesta perspectiva, o direito constitucional pode oferecer um aporte teórico voltado não apenas para a tentativa de estabilização das relações sociais. Trata-se de um dos instrumentos utilizados no processo de abertura da sociedade que, em última instância, busca afastar respostas inadequadas para os problemas de uma sociedade marcada por injustiças.

A princípio, entretanto, as atuações e os modos de vida dos indivíduos somente despertam tutela jurídica constitucional quando surgem intervenções e graves omissões do Poder Público. Porque o indivíduo atua de forma ilícita segundo as regras e decisões do direito, mas tradicionalmente sua conduta não é encarada como uma atitude que pode comprometer diretamente as regras constitucionais⁷⁷. A conduta violadora deve ser sancionada pelo direito infraconstitucional que, por sua vez, deve respeitar a Constituição.

Exemplificando: com o desenvolvimento técnico do direito, o fato de João realizar discursos de ódio e impedir determinados manifestantes de exercerem sua liberdade exigirá uma resposta do sistema jurídico em razão da ofensa dos direitos dos manifestantes. Mas não será ainda uma tutela pelo direito constitucional propriamente dito. O sistema jurídico precisa reagir segundo suas disposições normais (civil, penal e administrativamente, quando for o caso). Mas, caso o Poder Público deixe de proteger adequadamente os direitos daqueles manifestantes (configurando-se uma grave omissão das estruturas jurídicas), a questão passará a ser suscetível de tutela jurídica constitucional propriamente dita, sob pena de corromper a função de proteção de direitos fundamentais.

Poderíamos imaginar que algumas questões são aprioristicamente constitucionais por conta da previsão expressa em textos constitucionais reconhecidos socialmente e que poderiam existir questões inconstitucionais (que afrontam os mesmos textos), além de uma terceira categoria: temas que não foram objeto de disposições constitucionais (nem são constitucionais nem inconstitucionais a priori). No entanto, não podem existir “questões jurídicas aconstitucionais/ não constitucionais” porque alegações jurídicas ou estão em conformidade com os limites estabelecidos pelas regras constitucionais ou não. O controle de

⁷⁶ USERA, Raúl Canosa. La interpretación constitucional como modalidad del control del poder. In: HÄBERLE, Peter; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El control del poder: homenaje a Diego Valadés*. Tomo I. México: Unam, 2011, p. 241.

⁷⁷ Isso justifica a necessidade de violação frontal e direta contra as normas constitucionais para autorizar a análise pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. No entanto, nem sempre a identificação de uma violação “frontal” ou “reflexa” é unânime. Nesse sentido, a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.476/DF, com relatoria do Min. Luís Roberto Barroso.

constitucionalidade, assim, atua como um processo que se incorpora à ideia de licitude: o lícito exige, dentre outros requisitos, a conformidade com os ditames constitucionais.

Considerando, então, que o conceito de constituição jurídica não precisa estar atrelado a uma restrição conceitual sobre seu aspecto estrutural, será preciso tentar buscar examinar também as diferentes comunicações jurídicas que estão baseadas em expectativas e processos cognitivos⁷⁸. Diante disso, podemos passar à questão: como se dá a compreensão do sentido das normas constitucionais?

A partir de alguns olhares teóricos, a possibilidade de apreensão monológica do sentido foi duramente rejeitada. Esse é o caso, por exemplo, da teoria dos sistemas, especialmente após os esforços de Niklas Luhmann. Nessa perspectiva, o sentido é comunicado na sociedade pela própria sociedade, sendo apresentado como uma “aquisição evolutiva que permite a criação seletiva dos sistemas psíquicos e sociais que, assim sendo, podem se tornar autorreferenciais, distinguindo-se do ambiente”⁷⁹. Cada descrição da sociedade é uma operação autológica, ou seja, uma descrição *na* sociedade. Não haveria, portanto, espaço para pressuposições ontológicas e axiológicas que buscam algo fora da sociedade. Isso ocorre porque tais conjecturas não seriam mais compatíveis com o grau de complexidade da sociedade que pretendem descrever.

Uma leitura do racionalismo crítico, porém, parte de uma lógica distinta. A sociedade não é apenas comunicação, mas uma integração de ações e reações físicas, psíquicas e culturais. O indivíduo apreende diferentes sentidos do mundo à sua volta, mas sempre influenciado por hipóteses e limitações prévias. Toda observação empírica é antecedida por algum tipo de ideia. Bem ou mal, o indivíduo conhece. Mas este conhecimento é desafiado pelo mundo prático e pelas perspectivas anunciadas pelos demais indivíduos.

Em um breve exercício de pensamento lógico, consideremos três questões epistêmicas distintas: a) a busca pela verdade (conhecimento ideal da realidade); b) a obtenção da verdade; c) a convicção segura de obtenção da verdade. Todas as três situações podem ser consideradas atitudes humanas que, embora relacionadas, podem ser diferentes.

⁷⁸ Influenciado por Luhmann, Marcelo Neves também tentou desenvolver, em outros termos, uma análise que considerasse esse aspecto. Cf. NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Trad. Antônio Luz Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 65-75.

⁷⁹ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

No racionalismo crítico, apenas a primeira atitude (a busca pela verdade) é uma questão científica que atua como ideia reguladora⁸⁰. Obter ou não a verdade é uma possibilidade eventual, o que nos afasta de uma postura irracionalista. No entanto, convicções absolutamente seguras não são sustentáveis logicamente. Logo, ainda que se chegue a alguma verdade, nunca sabemos de modo definitivo e isso nos mantém abertos a novas perspectivas.

Diante do falibilismo humano e da impossibilidade lógica de convicções seguras na ciência, a apreensão (monológica, intersubjetiva ou comunicativa) será sempre precária. Desse cenário surgem as ideias de um esforço crítico coletivo de abordagem crítica, com exame das diferentes situações possíveis (lógica situacional⁸¹) e análise das possíveis refutações e interpretações alternativas.

Para fins de legitimação do direito e de seu reconhecimento social, é exigida uma compreensão adequada das normas aplicáveis. Não se exige qualquer interpretação sobre o que o direito constitucional é ou sobre o que ele deveria ser. Exige-se a melhor interpretação para concretizar determinados objetivos e solucionar problemas sociais particulares. Assim, buscamos sempre a adoção de medidas que não sejam injustas ou, pelo menos, não tão injustas quando comparadas com outras opções de decisão.

No Racionalismo Crítico, essa parece ser a função do conhecimento jurídico: rechaçar o ilícito e evitar/diminuir injustiças. Essa exigência de aplicação e interpretação adequada do direito é fortalecida por meio da “razão crítica”, caracterizada pela exigência de considerar olhares alternativos e pelo reconhecimento das limitações cognitivas humanas.

Mas, afinal, é possível pensar a prática do direito constitucional de forma crítica? Não estaríamos caindo em mero idealismo que ignora as dificuldades reais observáveis na prática forense? Essa inquietação é bastante pertinente ao desafiar os objetivos de uma teoria científica no campo jurídico.

A teoria científica, nestes termos, não pode tornar-se mera ideologia ou um sonho distante. Evidente que os observadores (cientistas, analistas, estudiosos...) possuem suas ideologias particulares, mas é possível falar em uma racionalidade baseada na disputa pelas melhores respostas aos desafios e às indagações humanas. Essa racionalidade, também no caso do direito constitucional, precisa ser crítica, transparente e potencialmente refutável.

Em todo e qualquer julgamento, podem existir “suposições dadas como certas sem maior questionamento”, inclusive na escolha pelo método de análise. Essas suposições ou

⁸⁰ BIRK, Axel. Der kritische Rationalismus und die Rechtswissenschaft: Bernd Rüthers und Karl-Heinz Fezer – ein Ausgangspunkt, unterschiedliche Folgerungen. *Rechtstheorie*, n. 48, 2017, p. 44.

“pré-compreensões” [*Vorverständnisse*] foram bem destacadas por Josef Esser: deve haver questionamento do intérprete sobre essas suposições que influenciam a escolha das premissas e do método⁸². Na abordagem do racionalismo crítico, equivale ao debate da refutação crítica das hipóteses iniciais do cientista ou intérprete.

A teoria seria abalada se afirmássemos uma relação de causa e consequência sobre um futuro determinado. Não é o caso. Ainda que determinados tribunais e órgãos aplicadores do direito não sedimentem suas decisões em uma racionalidade crítica, uma teoria normativa não seria necessariamente refutada. Afinal, o direito não se encontra preso ao interior de órgãos decisórios. Delimitar a argumentação jurídica ao que é produzido nos tribunais seria aceitar, de forma consciente ou não, o discurso de primazia do aparelhamento estatal.

Embora nem sempre exista uma possibilidade de reconstrução racional das decisões fundamentadas em conceitos obscuros⁸³, é possível pensar em “constrangimentos” à aplicação do direito em sociedades com maior grau de transparência e publicidade.

Diante da multiplicidade dos métodos possíveis⁸⁴, ainda precisaremos desenvolver mais o corpo teórico do Racionalismo Crítico. Nossa contribuição às discussões sobre a teoria da interpretação constitucional é uma tentativa de enfrentamento de uma aparente realidade que nos causa incômodo: as inconsistências da manipulação argumentativa sobre as transformações constitucionais nos discursos jurídicos.

Ao final, a compreensão dos deveres jurídicos, inclusive o dever de aperfeiçoamento do sistema jurídico em conformidade com as regras constitucionais do direito, pode ser considerada como um aspecto inicial que deve ser observado no processo argumentativo do direito. Resta saber quais aspectos metódicos precisam ser incorporados para que a abordagem crítica seja efetiva nas discussões constitucionais.

⁸¹ POPPER, Karl. *Em busca de um mundo melhor*. 2. ed. Trad. Teresa Curvelo. Lisboa: Fragmentos, 1989, p. 83.

⁸² ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1970, p. 3-20.

⁸³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 172-173; RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. *Revista Prolegómenos*, derechos y valores, v. 19, n. 37, p. 99-124, 2016, p. 100.

⁸⁴ O método, segundo Reinhold Zippelius (2016, p. 21), é “o caminho para um objetivo” que “de maneira racional e, por isso, apreensível e controlável, conduz a um conhecimento teórico e a um entendimento prático ou também a limites do conhecimento”. Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do método jurídico*. 11. ed. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016.

2.4 ESCLARECIMENTOS SOBRE O QUE NÃO É RACIONALISMO CRÍTICO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Apresentados os pressupostos teóricos sobre a objetividade do conhecimento jurídico e a possibilidade de uma compreensão racional dos problemas jurídicos, ainda é preciso esclarecer o sentido da razão crítica e sua aplicabilidade nas discussões jurídicas.

Seria nossa proposta de pesquisa baseada em uma visão evolucionista das experiências históricas? Não estaríamos assumindo um processo racionalizante ingênuo ou limitado da dinâmica social?

Em resposta preliminar, poderíamos apontar que evolução jurídica deve ser entendida como o caráter não estático do conhecimento jurídico. Assim, teorias evolucionistas da vida social caracterizam-se, principalmente, pelo elemento dinâmico das transformações. Na verdade, Popper foi um dos maiores críticos das visões historicistas que tentaram enrijecer o conhecimento histórico. No Racionalismo Crítico, a vida humana se transforma e tais mudanças nem sempre ocorrem de forma planejada. Ao descrever processos históricos, não encontramos leis, mas formulamos afirmações singulares sobre momentos únicos⁸⁵. Ao compreender os momentos históricos como experiências singulares, o futuro é algo em aberto e não pode ser conhecido de forma antecipada como se fosse um dado constituído⁸⁶. Apesar disso, também não se trata de um processo puramente sisífico configurado apenas por relatos linguísticos e “controle público da linguagem”⁸⁷.

Então, sim, podemos chamar essa abordagem de uma teoria evolucionista do conhecimento, mas não no sentido de estabelecer leis gerais de evolução ou para estabelecer critérios conteudísticos que valorem uma suposta “evolução saudável”. Não é, portanto, o sentido ordinário empregado em frases como “você precisa evoluir” (que poderia significar “você precisa amadurecer”, ou “ser alguém melhor” em determinada situação).

Há uma leitura (mais superficial) que poderia colocar Popper como um filósofo ingênuo: racionalizando a vida política e social, que é repleta de contingências, desejos e

⁸⁵ Apesar da variabilidade das condições históricas, Karl Popper defende a aplicação de um método experimental na investigação dos problemas sociais a partir do estudo efeitos sociais com abordagem de ações graduais. Cf. POPPER, Karl. *A miséria do historicismo*. Trad. Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 1993, p. 55-76.

⁸⁶ Nesse aspecto, não podemos confundir a abordagem popperiana com as teorias evolucionistas de Herbert Spencer e Sílvio Romero na Escola do Recife. Cf. COSTA FILHO, Cícero João da. *No limiar das raças*: Sílvio Romero (1870-1914). São Paulo: Tese de doutorado em História Social pela USP, 2013.

⁸⁷ Nesse sentido, cf. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2010.

paixões. Para esse sentido, poderia servir a crítica de Axel Honneth contra Habermas porque este também teria ignorado os conflitos sociais e as reais disputas de poder na teoria social⁸⁸.

Nosso argumento é simples: na esfera epistemológica, Popper preocupa-se com a demarcação entre ciência e conhecimento não científico para aprofundar sua análise sobre ciência, mas não faz isso para menosprezar ou rejeitar o conhecimento não científico. É um debate sobre demarcação. Há também conhecimentos relevantes que não são ciência⁸⁹. Continuemos o raciocínio: do mesmo modo, quando Popper trata do desenvolvimento (ou evolução) científico da ciência, não há qualquer rejeição ou ignorância das vaidades humanas e das atitudes dogmatizantes no processo real dos cientistas. Importa, porém, lutar para que a forma científica seja de fato concretizada no processo evolucionista da ciência.

No caso do direito, as repercussões são notórias. Primeiro, porque admitimos a falha humana em toda e qualquer instituição social. Com a devida compreensão da falha humana e da complexidade social, temos um *insight* sobre prudência e necessidade de humildade em nossas convicções. Em segundo lugar, compreendemos a evolução social enquanto transformações do conhecimento humano sobre uma dinâmica social específica. Assim, a evolução jurídica significa transformação/mutação do conhecimento jurídico de acordo com as discussões travadas livremente no processo interpretativo do próprio sistema jurídico. Adotar uma análise racional do problema não significa descartar a existência de outros fatores (não científicos e até autoritários em alguns casos) na transformação real das normas.

Outro problema decorre da universalização de determinados processos argumentativos em resposta aos desafios comuns da humanidade. Para Popper, a diferença de contexto entre diferentes indivíduos não é (necessariamente) capaz de impedir a abordagem crítica das teorias e hipóteses⁹⁰.

Por ser um pouco mais conhecida dos juristas brasileiros, a teoria discursiva habermasiana poderia parecer semelhante ou algo complementar em face dos argumentos do Racionalismo Crítico. Importante advertir, porém, que a Teoria Crítica da Escola de Frankfurt (especialmente Adorno e Habermas) e o Racionalismo Crítico (especialmente Karl Popper e

⁸⁸ Cf. VOIROL, Olivier. A esfera pública e as lutas por reconhecimento: de Habermas a Honneth. *Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, n. 11, p. 33-56, 2008.

⁸⁹ Cf. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny S. da Mota. São Paulo: Cultrix, p. 34-40.

⁹⁰ Popper admite a dificuldade na discussão entre participantes que não compartilham um mesmo contexto cultural e ideológico, mas acredita que é “extremamente proveitosa” quando os sujeitos possuem a capacidade de aprender com o outro. Cf. POPPER, Karl. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Trad. Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 57-58.

Hans Albert) enfrentaram-se de forma direta e explícita no século passado⁹¹. Em face das fortes divergências, não parece recomendável tentar encaixar as duas correntes teóricas (ainda que possam ser articulados pontos convergentes em uma discussão específica).

Assim, a razão crítica aparece como elemento analítico que tenta assumir alguma responsabilidade diante do surgimento e proliferação de más teorias, equívocos e injustiças. Não se pretende simplesmente construir discursivamente uma verdade de acordo com garantias procedimentais. Na verdade, as certezas sobre acertos jamais podem ser comprovadas de modo definitivo. Mas devemos continuar vigilantes para evitar aquilo que demonstra ser equivocado atualmente: um dever de rechaçar flagrantes injustiças⁹².

Então, não se trata de uma retomada de um racionalismo moderno nem de uma adaptação de teorias discursivas no modelo frankfurtiano. Aliás, é preciso ter certa cautela com o emprego da expressão “racionalismo” e com as eventuais críticas. É que muitas são as construções teóricas que tentaram ou tentam analisar a prática jurídica com critérios transparentes e racionais. No entanto, muitas formas “racionalistas” demonstraram práticas dogmatizantes e pouco realistas em face da realidade humana e social⁹³.

Há um alerta válido de Niklas Luhmann⁹⁴ que merece discussão: na Europa, a racionalidade adotou uma forma específica que não admitia outras possibilidades de pensamento (*Denkmöglichkeiten*). Assim, uma racionalidade normativa encontra-se baseada em um entendimento normativo da natureza humana que persegue um *telos* (propósito) que pode ser alcançado (perfeição) ou pode fracassar (corrupção). Como uma forma de dois lados, é apresentado um valor positivo e um valor negativo (“*steresis, privatio*”) que indica algum tipo de carência (*Fehlen*) ou fracasso (*Scheitern*).

No âmbito da filosofia do direito, a técnica de distinção dos tipos de racionalidade também foi utilizada em determinados contextos: apoiando-se na antiga diferença *poiesis/praxis*, podemos recorrer a uma racionalidade conforme os fins ou conforme os

⁹¹ Cf. ADORNO, Theodor; et al. *La disputa del Positivismo em la Sociologia alemana*. Trad. Jacobo Muñoz. Barcelona: Ediciones Grijalbo S.A., 1973.

⁹² O rechaço de injustiças, porém, deve ser cauteloso porque nossas conclusões são precárias. Aquilo que hoje parece errado pode nos parecer razoável amanhã quando passamos a conhecer novas informações de uma dada realidade social. Por isso, importante ressaltar que se trata de um rechaço científico provisório. Sempre possível rever a discussão.

⁹³ Em tom crítico ao racionalismo moderno “cartesiano” e técnico, cf. OAKESHOTT, Michael. *Rationalism in Politics*. Londres: Methuen, 1962; HAYEK, Friedrich. *Law, Legislation and Liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy*. v. 1: Rules and Order. Capítulo 1: Reason and Evolution. Londres: Routledge, 1982.

⁹⁴ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, p. 130; LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. suhrkamp taschenbuch Wissenschaft, 1998, p. 171-172.

valores. Em sentido próximo, Habermas passou a utilizar “racionalidade do agir estratégico” e “racionalidade do agir comunicativo” (uma racionalidade monológica e outra dialógica), condicionando a teoria da sociedade a uma teoria da racionalidade⁹⁵.

Diante das incertezas sobre os critérios de racionalidade, soluções “pluralistas” são amplamente anunciadas. Isso porque o estabelecimento de critérios depende do observador que descreverá se uma determinada atitude é racional ou irracional⁹⁶.

Luhmann observa que já não é possível conceber a racionalidade como uma orientação das formas de vida a partir de um comando central nem como uma aproximação de uma ideia, cumprimento ou desvio. Isso também afeta o conceito de uma realidade imperfeita (corrupta), dissolvendo a distinção perfeição/corrupção⁹⁷.

Produzir um paralelismo ontológico do ser e do pensar, da natureza das coisas e do agir humano seria pouco aproveitável quando apenas pressupõe um nexos e, normativamente, se exige uma aproximação baseada nas características daquele que observa. Assim, uma racionalidade orientada para fins (*Zweckrationalität*) significaria pensar a racionalidade como meio para determinados propósitos. Quais fins? Seria possível também observar a racionalidade como elemento de legitimação ou fundamentação do agir, considerando sua dependência de operações que ela mesma não pode fundamentar⁹⁸.

Em outras palavras, na teoria dos sistemas, ao renunciar às hierarquizações e a um comando central do sistema jurídico, não faz sentido produzir uma pretensão de racionalidade unitária. Mas ainda resta a possibilidade de uma reflexão sobre a unidade da diferença sistema/entorno a partir de cada sistema parcial para si próprio⁹⁹. Não poderia haver uma racionalidade unívoca a respeito de todos os elementos da sociedade. Nesse sentido, a racionalidade da sociedade seria utopia. No caso da racionalidade sistêmica, não há a necessidade de uma ideia de “razão”.

A respeito da “razão crítica”, Luhmann também observa que o pretensioso adjetivo oculta uma deficiência que não se pode ignorar, não sendo possível chegar a um planejamento

⁹⁵ LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. suhrkamp taschenbuch Wissenschaft, 1998, p. 175.

⁹⁶ Em defesa de uma “ética da tolerância para garantir espaços argumentativos”, cf. MAIA, Alexandre da. *Da epistemologia como argumento ao argumento como racionalidade jurídica*: por uma dogmática da multiplicidade. Recife: Tese de doutorado em direito da UFPE, 2002, p. 22-27; 111. Para nossa crítica completa, cf. ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2019, p. 158.

⁹⁷ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, p. 135.

⁹⁸ LUHMANN, Niklas. *Ibidem*, p. 138.

⁹⁹ LUHMANN, Niklas. *Ibidem*, p. 141.

racional das mudanças. Não seria possível compreender a razão enquanto conjunto de critérios ou juízo de determinação, que permitiria verificar claramente se devemos ou não aceitar algo. A racionalidade teria sido uma “válvula de escape” para as esperanças humanas de uma harmonia com a realidade, mas suas condições permanecem presentes na comunicação ordinária, quando os sujeitos apelam para seu esclarecimento diante da necessidade de controle¹⁰⁰.

O alerta luhmanniano é extremamente valioso para que evitemos o risco de determinar a rejeição de algum juízo em nome do “racional”. No entanto, no âmbito do Racionalismo Crítico, as exclusões de determinadas hipóteses são realizadas a posteriori por meio de ampla argumentação. Essa rejeição das “más” alternativas precisa não apenas passar por um amplo escrutínio, mas também considerar seu aspecto conjectural e dinâmico. Afinal, novas evidências podem surgir e nossos juízos podem ser alterados no futuro.

A ideia de que nossas hipóteses precisam ser testadas e verificadas não significa que, literalmente, devemos colocar em prática todo tipo de teste. Podem ser reconhecidos limites éticos que precisam ser considerados não apenas no campo das manipulações bioquímicas, mas também nas questões econômicas, políticas e jurídicas.

Dentre os diversos debates sobre razão e racionalidade, a discussão entre Niklas Luhmann e Jürgen Habermas apresenta alguns contributos que podem ser aqui refletidos. Ambos pretendiam escapar dos problemas de uma “filosofia da consciência”. Para Habermas¹⁰¹, Luhmann caiu em grave nível de artificialismo ao adotar uma recíproca exclusão entre homem e sociedade, eliminando possibilidades normativas. A análise social cairia numa mera análise de regulações e “irritações” entre os sistemas de modo recursivo e operacionalmente fechado.

Luhmann, por sua vez, lançou uma crítica ao humanismo (incluindo Habermas) que enxerga o homem como elemento último ou essencial da sociedade, sustentando requisitos normativos da ordem social para serem realizados. Consequentemente, a sociedade passaria a ser o espaço para a concretização dos desejos humanos como se fossem elementos externos. Para superar o “individualismo metodológico” e as análises ingênuas da sociedade, Luhmann discute o processo comunicativo para uma descrição mais adequada da sociedade complexa. Critica-se a intersubjetividade habermasiana e abre-se espaço para a comunicação social.

¹⁰⁰ LUHMANN, Niklas. *Ibidem*, p. 142.

¹⁰¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 2. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 61.

Por sua vez, o Racionalismo Crítico escaparia dessas duas críticas, mas ainda estaria preso ao paradigma da filosofia realista (há um mundo real que podemos conhecer). Apesar de ainda existir resquícios de um individualismo metodológico baseados na possibilidade de apreensão monológica do conhecimento, entendemos que há uma mitigação de seus efeitos na medida em que proporciona uma crítica que envolve indivíduo, sistema objetivo de conhecimento e outros agentes que formulam teorias adversárias (uma razão intersubjetiva que se preocupa em identificar e refutar erros e injustiças). A partir da consideração das posições alternativas e divergentes em uma arena discursiva, o racionalismo crítico relaciona-se com o reconhecimento social da legitimidade de um conjunto de possibilidades.

Em forte crítica ao racionalismo técnico que passou a dominar o cenário político ocidental, Michael Oakeshott também ofereceu pertinentes observações que podem ter influenciado Karl Popper. Apesar das diferenças teóricas entre ambos, Oakeshott e Popper trocaram correspondências sobre racionalismo e tradição, existindo a possibilidade de alguma influência implícita no desenvolvimento de suas obras. Ambos atuaram profissionalmente na London School of Economics (LSE) nos primeiros anos do pós-guerra: Oakeshott como Professor de Ciência Política e Popper como “*Reader*” (Pesquisador e Palestrante com reputação internacional) no Departamento de Filosofia, Lógica e Método Científico a partir de 1946 (convidado pelo economista Hayek)¹⁰².

Além de professores na LSE, havia um forte interesse epistemológico e um espírito de desconfiança nas obras de Oakeshott e Popper, o que justificou a troca de correspondências no ano de 1948, logo após o lançamento de *Rationalism in Politics* (final de 1947). Na época, apesar do sucesso de algumas obras específicas, eles não representavam o pensamento *mainstream*, mas estavam consolidando uma reputação como pensadores provocativos¹⁰³. Apesar da queda de regimes autoritários pós-1945, os autores ainda enxergavam tendências possivelmente autoritárias no discurso político de reconstrução europeia.

Oakeshott alerta que o racionalismo surge de uma fé exagerada e equivocada na primazia de um conhecimento técnico específico. Sua crítica não é em relação a uma investigação racional por si mesma, mas sobre um racionalismo abstrato que avalia a tradição

¹⁰² Para algumas referências biográficas sobre a relação Hayek-Popper, ver BIRNER, Jack. Popper and Hayek on Reason and Tradition. *Philosophy of the Social Sciences*, v. 44, n. 3, p. 263-281, 2014.

¹⁰³ JACOBS, Struan; TREGENZA, Ian. Rationalism and tradition: The Popper-Oakeshott conversation. *European Journal of Political Theory*, p. 4-5, v. 13, 2014.

e o habitual como preconceitos (no sentido pejorativo) em detrimento de uma razão pura e atemporal não contaminada pela prática humana¹⁰⁴.

No entanto, Popper já havia iniciado uma defesa do termo “racionalismo”. Não se trata de defender palavras, mas de uma ideia que estaria presente, pelo menos, desde o período pré-socrático¹⁰⁵. Na apresentação de sua obra sobre sociedade aberta, o autor enfatizou o que entende como racionalista crítico: o sujeito que admite a falibilidade humana e está disposto a discutir com dados empíricos e com argumentos concorrentes em um processo crítico, com o objetivo de se aproximar da verdade¹⁰⁶.

Em uma de suas correspondências para Popper, Oakeshott escreveu que estava de acordo com muitos de seus argumentos e a principal diferença estaria possivelmente no uso das palavras razão e racionalismo. Apesar da escrita cordial, o ceticismo político de Oakeshott revela forte desconfiança também em relação às reformas graduais e pontuais sobre problemas específicos, pois não existem soluções permanentes e a adoção de uma determinada política para um problema específico também seria capaz de perturbar todo o complexo equilíbrio de arranjos sociais. Portanto, a política não seria simplesmente tentativa de solucionar uma série de problemas isolados, mas sim uma tradição viva construída concretamente nas sociedades humanas que está muito além de processos técnicos. Em sua tréplica, Popper discordou do espírito cauteloso dos conservadores que permitiu o avanço de ideologias autoritárias e defendeu a ação reformista como uma ideia moral. Nesse momento, é perceptível como a biografia de cada um influenciou seus caminhos teóricos.

Semanas após as correspondências, pela primeira vez, Popper tematizou uma teoria racional das tradições em uma conferência na Universidade de Oxford¹⁰⁷. Com isso, Popper inicia alguns movimentos que o aproximam de argumentos de Oakeshott. Em seu novo texto, Popper passou a dar maior importância à tradição e buscou estabelecer uma relação

¹⁰⁴ Cf. OAKESHOTT, Michael. *Rationalism in Politics*. Londres: Methuen, 1962.

¹⁰⁵ Karl Popper e Hans Albert apontam a origem eleata da dialética a partir de uma tradição crítico-racional existente desde Parmênides (realidade versus convenção) e, principalmente, Xenófanes (verdade final versus suposições e opiniões). A proposta distancia-se muito das teorias de Hegel e Marx: o objetivo sempre foi deduzir contradições para concluir sobre a falsidade de algum enunciado. Cf. POPPER, Karl. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Trad. Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 62-3; ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Trad. Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria J. P. Monteiro. 2. ed. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1976, p. 63.

¹⁰⁶ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tomo 1. 3. ed. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. p. 15.

¹⁰⁷ A palestra “*Towards a Rational Theory of Tradition*” foi realizada na Rationalist Press Association Conference (Universidade de Oxford, 1948). O texto final foi publicado posteriormente, inclusive como capítulo em uma de suas principais obras: *Conjecturas e refutações*.

complementar com a razão crítica¹⁰⁸. De modo semelhante, no mesmo ano de 1948, o conservador britânico também publicou texto que retomaria implicitamente a conversa com Popper, especialmente sobre idealismo moral¹⁰⁹.

Apesar da desconfiança em relação às grandes utopias intervencionistas e das possíveis influências recíprocas entre Michael Oakeshott, Karl Popper e Friedrich Hayek, cada teoria possui identidade própria. Podem existir pontos de convergência e aspectos em comum, mas há uma diferenciação que deve ser reconhecida e compreendida pelos pesquisadores. Desse modo, também não poderia o pensamento de Popper ser associado de forma rígida e absoluta ao pensamento econômico da Escola Austríaca nem ao ceticismo conservador de Oakeshott. Nesta tese, não enfrentaremos todos os pontos de (des)encontro¹¹⁰.

Assim, também é preciso enfatizar: Racionalismo Crítico não é (ou não precisa ser) apenas um resgate e esforço de compreender o pensamento de Popper. É também criticá-lo e propor adequações de hipóteses que se mostrem necessárias no decorrer da análise. Aliás, manter a abordagem do Racionalismo Crítico de modo estático seria uma incoerência.

É certo que a tradição jurídica não deve ser aprioristicamente abandonada em nome da abordagem crítica, mas também não pode ser dogmatizada. No mundo prático, nem sempre há tempo para refletir sobre tudo antes de tomar uma decisão. Assim, juízes de primeira instância não precisam ser criativos, pois seu papel é principalmente de gestão processual, gestão administrativa e aplicação do entendimento dos órgãos judiciários superiores com a devida análise das circunstâncias do caso concreto. Então, a tradição revela-se como importante componente que deve ser considerado enquanto hipótese inicial de decisão. Caso revele potenciais injustiças, problemas de aplicação ou resultados insatisfatórios, o intérprete deverá escolher alternativa decisória menos prejudicial por meio da abordagem crítica.

Todo e qualquer modelo metodológico está suscetível a limitações, pois é impossível uma perfeita análise da vida social. Embora alguns possam ter esquecido, é sempre bom lembrar que a prática jurídica é uma prática social e a ciência jurídica é uma ciência social aplicada/empírica. Ademais, as teorias científicas também sofrem com as ingerências das atitudes arrogantes que possuem pretensão de blindagem argumentativa na vida real. De todo modo, poderíamos, para fins didáticos, apresentar a seguinte diferenciação: o sistema jurídico

¹⁰⁸ Em sua obra, Popper dedicou um capítulo para a “teoria racional da tradição”. Cf. POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 1982.

¹⁰⁹ Cf. Ensaio “Torre de babel”, escrito por Oakeshott.

¹¹⁰ Nossa interpretação das obras de Popper e Oakeshott é no sentido de que suas obras possuem forte potencial de diálogo, estando os dois autores muito mais próximos do que Popper percebeu.

transforma-se pela *própria evolução jurídica* (mediante uma razão crítica) ou por *pressões colonizadoras* que impedem ou mitigam a análise crítica das interpretações jurídicas¹¹¹. E, quanto ao critério anímico, cabe ressaltar que as transformações jurídicas podem ocorrer de modo consciente ou sem a intenção direta dos agentes.

Embora possa existir uma dimensão normativa na proposta de Popper e Hans Albert, o Racionalismo Crítico não é uma abordagem teórica que confia em utopias revestidas de teoria com a pretensão de realizar amplas transformações na sociedade. Muitas vezes, o “utopismo” foi descrito como pseudocientífico ou uma versão espúria de racionalismo¹¹². Na visão popperiana, é preciso pensar em reformas graduais e específicas em amplo debate com propostas alternativas. Portanto, não poderia o Racionalismo Crítico flertar com propostas abruptas e totalizantes que afetariam múltiplos setores da sociedade em nome de um suposto aperfeiçoamento da sociedade por meio de objetivos de longo prazo. Daí a alegada ligação entre utopia (programas utópicos de ação) e violência¹¹³.

Agora, resta aprofundar nossa reflexão prévia sobre as vantagens e desvantagens em torno de uma pesquisa que, ao longo dos últimos anos, sedimentou uma possível abordagem para o enfrentamento das transformações constitucionais do direito.

2.5 NOSSO ESFORÇO EM TORNO DE UMA METODOLOGIA CRÍTICA PARA O ESTUDO DAS MUDANÇAS DE COMPREENSÃO SOBRE O DIREITO

Ao longo do primeiro capítulo deste trabalho, investigamos alguns dos principais propósitos e desafios para uma epistemologia jurídica com olhar teórico para a razão crítica no processo de legitimação do direito. Ao desenvolver as linhas gerais de um racionalismo crítico, foram discutidas algumas características essenciais do conhecimento jurídico: publicidade ou objetividade, transparência e sua função de advertência.

Considerando que o avanço das teorias é permitido a partir da identificação de problemas epistemológicos, desenvolvemos uma linha de raciocínio que enfatiza os problemas jurídicos como um tipo especial de problemas sociais. Estes problemas são o ponto de partida do processo decisório de aplicação do direito e ponto de partida para as

¹¹¹ Exemplos de pressões colonizadoras podem ser diversos: desde argumentos de autoridades epistemológicas ao uso da força, passando pela questão da influência de algoritmos no mundo atual.

¹¹² JACOBS, Struan; TREGENZA, Ian. Rationalism and tradition: The Popper-Oakeshott conversation. *European Journal of Political Theory*, p. 6, v. 13, 2014.

¹¹³ Cf. texto escrito em 1947 *Utopia e violência* (que fora enviado para Oakeshott). Publicado em 1948, o texto foi também publicado em suas *Conjecturas e refutações*.

investigações científicas. Afinal, somente faz sentido buscar conhecer o direito porque existem problemas de ordem prática que exigem algum tipo de resposta pela sociedade.

Nessa perspectiva, o direito passa a ser visto como uma razão prática que guia determinadas condutas humanas, especialmente diante de determinadas expectativas sociais que podem variar de acordo com cada contexto histórico e cultural. Mas não se trata de qualquer razão prática. A ideia de deveres jurídicos pode ser pensada tanto na ótica dos direitos e deveres proclamados em textos e decisões jurídicos quanto na perspectiva das exigências de aperfeiçoamento da ordem jurídica em contextos democráticos.

Próximo à tradição do Racionalismo Crítico, Bernd Rüthers também pensou em algo compatível com nossa proposta. Sustentou uma demarcação entre interpretação (*Auslegung*) e desenvolvimento judicial do direito (*Rechtsfortbildung*) porque também percebeu que muitas decisões jurídicas adotam instrumentos pseudocientíficos como argumento decisório para disfarçar as avaliações políticas pessoais. Se os textos jurídicos e a metodologia jurídica são incapazes de efetivar o controle das decisões irrecorríveis, então temos o problema da “interpretação ilimitada” (*unbegrenzten Auslegung*) que leva a uma “perversão do direito” (*Rechtspersionen*). Desse modo, a “função de alerta” da metodologia jurídica é o meio que nos resta para evitar a transformação de interpretações jurídicas em uma construção judicial do direito com base em convicções políticas. É a transição do Estado de Direito (interpretação juridicamente vinculada) para um Direito judicial não consolidado (*Richterrechts*)¹¹⁴.

A tese de Bernd Rüthers é bastante pertinente. No entanto, dois problemas surgem: i) há uma zona cinzenta na demarcação entre interpretação vinculada e desenvolvimento judicial do direito que não fornece critérios para determinados casos; ii) na leitura de juristas mais otimistas como Karl-Heinz Fezer, o desenvolvimento judicial do direito também pode colaborar para a adequada leitura da realidade social porque essa realidade molda o direito¹¹⁵; iii) os limites da interpretação são propostas públicas que podem influenciar o processo interpretativo de modo contingente¹¹⁶ (logo, seria contraditório afirmar que a interpretação judicialmente irrecorrível é necessariamente ilimitada).

¹¹⁴ BIRK, Axel. Der kritische Rationalismus und die Rechtswissenschaft: Bernd Rüthers und Karl-Heinz Fezer – ein Ausgangspunkt, unterschiedliche Folgerungen. *Rechtstheorie*, n. 48, 2017, p. 51-56. Para maior aprofundamento, cf. RÜTHERS, Bernd. *Die unbegrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. 7. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

¹¹⁵ BIRK, Axel. Der kritische Rationalismus und die Rechtswissenschaft: Bernd Rüthers und Karl-Heinz Fezer – ein Ausgangspunkt, unterschiedliche Folgerungen. *Rechtstheorie*, n. 48, 2017, p. 53-55; 64-71.

¹¹⁶ ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 176-178.

Diante desse cenário, é prudente a aplicação do Racionalismo Crítico ao tema das mutações constitucionais em, pelo menos, um sentido específico: como as transformações de sentido das normas constitucionais podem evitar graves injustiças em seu processo argumentativo? Que mecanismos e procedimentos metodológicos devem ser considerados? Essa reflexão poderá ser produtiva após o devido exame concreto das argumentações jurídicas formuladas ao longo do tempo.

Interessante notar que nossas respostas aos desafios e aos problemas sociais são sempre provisórias e podem constantemente ser alteradas, de acordo com as peculiaridades de cada sociedade. Consequentemente, também as interpretações e aplicações do direito constitucional podem ser modificadas: pelo advento de um novo texto constitucional, pelas reformas realizadas formalmente pelos órgãos competentes ou pelas novas interpretações do direito constitucional (a partir de novos costumes ou novos entendimentos).

Na perspectiva do Racionalismo Crítico, as mudanças podem ser criticadas do ponto de vista jurídico, com a avaliação de alternativas. Para isso, são avaliados os possíveis resultados e consequências práticas da aplicação das novas normas constitucionais. Em razão da pretensão corretiva e dos deveres de manutenção e aperfeiçoamento da ordem jurídica, a origem de um texto constitucional pode ser objeto de análise quanto à questão de saber se o novo texto é melhor ou pior do que os textos anteriores, segundo critérios e parâmetros esclarecidos e externados na própria análise. Assim, respostas insatisfatórias e consideradas injustas de acordo com o atual estágio de conhecimento (como a escravidão ou a proibição de acesso à educação por mulheres) podem ser rechaçadas no sistema jurídico.

Quando se trata das reformas formais das constituições, a perspectiva de análise é diferente. Nestes casos, é necessário investigar os procedimentos autorizados pelos textos constitucionais e verificar se o processo de alteração foi realizado de acordo com as balizas formais e de conteúdo. Tais limites podem estar expressos nos próprios textos constitucionais, mas também podem ser identificados implicitamente a partir de um exame dos propósitos e das consequências do texto original e da proposta de alteração. É preciso haver, também nessas situações, um exame de adequação das propostas de alteração constitucional, de modo a não comprometer os fundamentos da constituição e sua normatividade.

Entretanto, também as constituições podem sofrer mudanças a partir de novos entendimentos e novas práticas não previstas em documentos formais. Esse é o problema das chamadas “mutações constitucionais”, tema central de nossa investigação.

Um dos caminhos para a investigação das mudanças informais da constituição seria tentar descrever os tipos de mudança, salientando quando e como essas mudanças ocorreram. Mas uma análise meramente descritiva não seria satisfatória porque não contemplaria os objetivos de nossa pesquisa, que pretende considerar a razão crítica como possível elemento autorizador das mudanças informais da constituição. Nossa perspectiva é a de que teorias desprendidas de uma razão crítica não conseguem fornecer respostas satisfatórias para a pretensão de correção jurídica.

É que se novas práticas sociais ou novas decisões são realizadas, então esperamos que os atores envolvidos não estejam convencidos de que estão realizando mudanças piores. Cada alteração jurisprudencial deve apresentar as falhas do antigo entendimento e sustentar os argumentos para a tomada de uma nova decisão. Há, portanto, um ônus argumentativo crítico daquele que busca inovar informalmente a ordem jurídica em face de uma antiga tradição. Esse desafio avaliativo das novas respostas jurídicas, sem autorização dos textos constitucionais, coincide com a abordagem crítica sustentada neste trabalho.

Caso as mudanças informais do direito estejam sendo realizadas por pressões políticas circunstanciais e efêmeras, então, neste caso, não há que se falar em evolução do direito. O direito não foi modificado por seus próprios argumentos, não há um compromisso com o dever de aperfeiçoamento da ordem jurídica. Para que possa existir uma transformação do direito pelo próprio direito, aqui chamada de “evolução jurídica”, então é preciso que sejam oferecidas novas argumentações jurídicas em abordagem crítica.

A primeira etapa para a identificação das situações transformadoras do direito e das eventuais incoerências realizadas na prática jurídica é compreender o atual estado da arte no Brasil. Assim, pensamos em apresentar uma observação dos diferentes discursos sobre a mutação constitucional (não apenas restrita ao que os tribunais dizem, mas também considerando o que eles pronunciam).

Desse modo, nos próximos capítulos, apresentamos argumentos pertinentes identificados na origem da teoria da mutação constitucional na bibliografia germânica, passando pelo debate em torno da recepção dessa teoria no contexto brasileiro. Examinamos, ainda que de forma sucinta, a doutrina brasileira e o conjunto de teses e dissertações sobre o tema das mutações nos Programas de Pós-Graduação em Direito. Posteriormente, também verificamos os diferentes tipos de uso desse argumento nas decisões do Supremo Tribunal Federal durante os trinta primeiros anos do texto constitucional vigente (1988-2018), com o objetivo de compreender seu uso e avaliar suas eventuais inconsistências.

Pretendemos, em seguida, demonstrar que teorias descomprometidas com os esforços por uma razão crítica são muito limitadas e são incapazes de cumprir os propósitos de abordagens que busquem revitalizar a expectativa de aperfeiçoamento da ordem jurídica no processo decisório do direito. Desse modo, aplicaremos as ferramentas metodológicas do Racionalismo Crítico para uma melhor compreensão das mutações jurídicas. Sob a influência de Karl Popper, buscaremos tornar transparentes os elementos que servem de parâmetro para que nossas análises se mantenham refutáveis e passíveis de novas análises futuras.

Realizados os principais esclarecimentos de nossos pressupostos de uma análise das mudanças informais da constituição a partir do racionalismo crítico, passamos, finalmente, ao estudo detalhado das mutações constitucionais com ênfase no atual estado da arte.

3 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESPAÇO GERMÂNICO: PROBLEMAS EPISTEMOLÓGICOS INICIAIS

3.1 PERSPECTIVAS TEÓRICAS SOBRE AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO SÉCULO XIX À I GUERRA MUNDIAL: AS INFLUÊNCIAS DE PAUL LABAND E GEORG JELLINEK

Embora possa carregar uma terminologia imprecisa, a teoria das mutações constitucionais é apresentada como produto de análises de teóricos do Estado e da Constituição no contexto alemão do final do século XIX. Portanto, nosso primeiro esforço será compreender a origem do argumento mutacionista e seu desenvolvimento. Feito isso, será possível avaliar a recepção brasileira desse argumento e as adaptações realizadas.

O ideal, em uma investigação histórica sobre as diferentes argumentações teóricas alemãs, seria analisar também elementos contextuais a respeito do momento geopolítico vivenciado por esses autores e compreender os pressupostos de cada teoria do direito. Infelizmente, a riqueza de detalhes bibliográficos da história alemã exige uma análise que ultrapassa os limites desta pesquisa. De todo modo, apesar das nossas limitações, apresentamos uma visão geral das diferentes teorias sem desconsiderar seu contexto histórico.

Antes, porém, significativo lembrar que existem alertas centrais na pesquisa sobre uma realidade histórica específica: a) *problema probatório*: o que fazemos é análise de um conjunto selecionado de itens, mas novos materiais e fontes sempre podem surgir; b) *problema interpretativo*: metodologicamente, não há um caminho seguro para uma reconstrução de algo que não mais existe; c) *problema funcional*: a análise histórica permite uma aproximação com um possível passado, não podendo funcionar como instrumento estratégico de dogmatização do presente-futuro. Tentaremos oferecer uma análise consciente desses problemas. Do ponto de vista historiográfico, como afirma Pietro Costa¹¹⁷, o conhecimento da realidade é “uma aposta com um desfecho essencialmente incerto”.

A primeira defesa expressa das mutações constitucionais ocorre sob a égide da Constituição alemã de 1871. Em 1895, surge o primeiro registro bibliográfico: a obra de Paul Laband, intitulada *Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung* (Mutações da Constituição

¹¹⁷ COSTA, Pietro. ‘Dizer a verdade’: uma missão impossível para a historiografia? Trad. Raul B. Nogueira e Ricardo M. Fonseca. *História do direito: Revista do IBHD*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 250-273, 2020, p. 261.

Imperial Alemã). Nesse ensaio, as mutações são discutidas como transformações da realidade constitucional alemã sem a observância de mecanismos formais de reforma constitucional.

Antes de analisarmos os argumentos específicos de Laband, é preciso compreender o contexto teórico da unificação alemã e consolidação do texto constitucional de 1871.

De forma sucinta, Peter Caldwell aponta que havia uma “natureza não política” no texto constitucional que favorecia sua estabilidade. Todo o debate político tinha seu lugar em outras áreas, especialmente no direito administrativo¹¹⁸, direito trabalhista e social. Surgia, então, uma teoria (pretensamente) despolitizada do direito constitucional, no sentido de que suas análises não precisavam ter correspondência com as práticas políticas. A “Escola alemã do Direito Público”, no período imperial, estava associada a uma tradição positivista formalista que buscava compreender o direito estatal (*state law*) a partir da interpretação de dispositivos legais e da busca pelos propósitos estatais: a vontade do Estado (*state's will*)¹¹⁹.

Paul Laband (1838-1918) é considerado a “figura central” dessa tradição. Natural da Silésia, seus trabalhos buscavam examinar a vontade estatal (“a razão de Estado”), descartando discussões sobre direito natural ou sobre limites sociológicos ou morais do direito positivo. Não acreditava em uma suposta hierarquia das normas constitucionais (supremacia ou supralegalidade constitucional) nem no controle forte do Judiciário¹²⁰. Com a unificação alemã, o “positivismo labandiano” estava preocupado com um método jurídico prático que favorecesse a estabilidade da Alemanha enquanto Estado recém-unificado¹²¹: a vontade soberana não estava apenas no texto constitucional, mas também em outros atos formais. Embora os agentes estatais desafiassem o texto constitucional com suas práticas, a Constituição era reconhecida como documento normativo e nunca posta em dúvidas¹²².

Laband adotou a premissa de que qualquer norma jurídica baseada na Constituição de 1871 era válida, desenvolvendo o “princípio monárquico” como ponto de partida para seu

¹¹⁸ Não por acaso o princípio da proporcionalidade como limite às restrições de direitos subjetivos foi desenvolvido nos tribunais administrativos antes de ganhar espaço nas discussões constitucionais alemãs.

¹¹⁹ CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*. Durham and London: Duke University Press, 1997, p. 3-4.

¹²⁰ Seu argumento era no sentido de que a Constituição de 1871 havia criado um sistema de balanceamento entre Executivo e Legislativo, de modo que o Judiciário desempenhava um papel limitado. Desse modo, não faria sentido afirmar que o Judiciário poderia anular atos dos poderes soberanos quando estes atuavam em favor da razão de Estado.

¹²¹ Cf. SCHLINK, Bernhard. Laband als Politiker. *Der Staat*, n. 31, p. 553-569, 1992.

¹²² CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*. Durham and London: Duke University Press, 1997, p. 4-6.

método¹²³. Embora tenha iniciado seus estudos com direito civil romano, passou a se interessar pela crise constitucional da Prússia entre 1862 e 1866, que pavimentou o caminho para a vitória prussiana sobre a Áustria e para o advento da Confederação da Alemanha do Norte (*Norddeutscher Bund*). Alguns anos depois, publicaria *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs* e colaboraria com as principais revistas de direito público do Império¹²⁴.

Em sua obra sobre as mutações, observa as constituições enquanto leis e verdadeiras “codificações dos fundamentos do Estado e do sistema jurídico” que deveriam receber proteção especial contra as mudanças. Não apenas pelas formalidades previstas no texto, mas também pela proteção efetiva na consciência jurídica do povo que compreende que uma violação da constituição é uma violação particularmente grave contra a liberdade e a segurança jurídica (*schwerer Rechtsbruch*)¹²⁵.

Para Laband, a constituição germânica era a “redenção do povo alemão” após um período de fragmentação e impotência. Era a expressão máxima da “reunificação das tribos alemãs em uma unidade política”. A constituição imperial era um “santuário”. Nesse sentido, afirma que poderá haver uma “ira sagrada e uma profunda comoção popular”, caso alguém ouse machucar ou matar a constituição. Apesar disso, entre o real estado de coisas constitucional (*wirklichen Verfassungszustand*) e as regras formuladas na carta constitucional, pode haver uma grande diferença porque o primeiro pode sofrer profundas transformações (*größten Umwandlungen*) sem necessidade de alteração da redação da lei constitucional¹²⁶.

Após investigar as mudanças no direito financeiro do Império alemão, Laband, então professor da Universidade de Estrasburgo¹²⁷, constata que a constituição imperial não fornece uma imagem perfeita do real estado do Império alemão, especialmente sobre a atuação do chanceler, a relação do governo imperial com a Prússia e a imperfeita e superficial regulamentação do direito financeiro do *Reich*. Na verdade, a realidade constitucional sofre alterações e ganha novos sentidos a partir da reorganização legislativa e administrativa do

¹²³ O método de Laband também comparava os institutos jurídicos (como propriedade e contrato) como se fossem categorias lógicas prévias ou forças da natureza. Aspectos extrajurídicos (históricos, filosóficos, políticos, etc) não teriam qualquer importância na interpretação dogmática do direito.

¹²⁴ CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*. Durham and London: Duke University Press, 1997, p. 15.

¹²⁵ LABAND, Paul. *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*. Zahn & Jaensch: Dresden, 1895, p. 1 (149).

¹²⁶ LABAND, Paul. *Ibidem*, p. 2 (150).

¹²⁷ Na época, a valorização da Universidade de Estrasburgo era estratégica para a integração política e cultural da Alsácia-Lorena no Império Alemão. Cf. Projeto do Kaiser Wilhelm.

Império. A lei facilita a execução das tarefas políticas do Império e modifica o estado da constituição, às margens do processo formal de reforma constitucional¹²⁸.

O texto da Constituição Imperial de 1871 era praticamente idêntico ao texto constitucional da Confederação da Alemanha do Norte, influenciada por Otto von Bismarck. Assim, no comentário de Laband, a técnica constitucional seguiu um modelo que buscava assegurar a unidade política a partir do consentimento voluntário dos Estados e sem interferência estrangeira. Para conseguir esse objetivo, sem guerra e coerção, era preciso restringir-se ao essencial para a reforma federal. Nesse contexto, o jurista silesiano apresenta uma extensa leitura histórica sobre a formação do Império Alemão, justificando a “emancipação da administração federal” em contraste ao rascunho prussiano original¹²⁹.

Com o desenvolvimento do sistema financeiro do Reich, o estado real da constituição sofreu mudanças substanciais que não estavam previstas no texto constitucional. Um dos exemplos trabalhados por Laband é a Cláusula Frankenstein de 1879, em alusão ao político católico George Arbogast von und zu Franckenstein, que estava em desacordo com o art. 38 da Constituição Imperial. A alteração legislativa determinava a transferência da renda dos direitos aduaneiros e do imposto sobre o tabaco entre os entes federados e o Império, segundo parâmetros estabelecidos na referida legislação. Por outro lado, segundo o texto constitucional, a renda deveria ir direto para o Tesouro do Reich sem transferência para tesouros locais. Com essa medida, fortalecia-se o caráter federal do Império, o poder político do Reichstag e os orçamentos dos entes federados. Para Laband, essa foi uma profunda alteração da Constituição Imperial (*tiefeingreifende Abänderung der Reichsverfassung*)¹³⁰.

Além das transformações da competência do Chanceler e das modificações financeiras do Império, Laband aponta a questão jurisdicional como uma terceira remodelação do direito constitucional alemão. Sem estabelecer órgãos específicos, a Jurisdição de cada Estado estaria reconhecida pelo Império. Afinal, “o desenho do sistema judicial” estava baseado em uma ideia simples de administração: os Estados individuais com poder de exercer poder judicial e o Governo Federal com a autoridade para estabelecer as regras gerais para seu exercício e sua respectiva supervisão. No entanto, surgiria um tribunal com caráter federal por meio de uma lei federal em 1869 (o Tribunal Superior do Comércio em Leipzig), cujos membros eram indicados pelo Império. É como se a Constituição Imperial de 1871 já nascesse desatualizada.

¹²⁸ LABAND, Paul. *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*. Zahn & Jaensch: Dresden, 1895, p. 3-5 (151-153).

¹²⁹ LABAND, Paul. *Ibidem*, p. 5-21 (153-169).

¹³⁰ LABAND, Paul. *Ibidem*, p. 25-32 (173-180).

Posteriormente, em 1879, o *Reichsgericht* assumiria a competência em processos civis e criminais. Por fim, reconhecendo que são apenas exemplos de modificações do estado constitucional por meio de leis ordinárias (nem sempre em conformidade com o texto constitucional), Laband assevera que a Constituição Imperial Alemã, criada em 1867 e consolidada em 1871, “não escapará ao destino de todas as instituições humanas e afundará na poeira dos tempos”¹³¹.

Em outra obra, *Das Staatsrechts des deutschen Reiches* (v. II), Laband deixou ainda mais explícito seu entendimento sobre as regras constitucionais: o dever de harmonia entre as leis ordinárias e a constituição é um postulado de política legislativa, mas não um axioma jurídico¹³². Desse modo, não reconhece uma rígida suprallegalidade constitucional.

Embora não estejamos aprofundando as teorias constitucionais germânicas neste trabalho, é necessário deixar um alerta ao leitor: a doutrina positivista de Paul Laband não deve ser confundida com outras experiências positivistas do direito. Tem suas características peculiares: neutralização dos debates políticos no âmbito jurídico, desenvolvimento de um sistema de conceitos baseados no Direito Positivo (e não sua mera literalidade), autonomia do método jurídico e exclusão das discussões extrajurídicas, aproximação das ciências naturais, a primazia do propósito estatal, dentre outros aspectos que influenciam seu contexto. Em conjunto com o também civilista Gerber (1823-1891), o positivismo jurídico formalista alemão encontrava terreno fértil para influenciar gerações de juristas e políticos¹³³.

Na fase final do Império alemão, Georg Jellinek (1851-1911) ministrou conferência sobre mutações constitucionais que, em pouco tempo, se tornaria uma das principais análises sobre a temática. Curiosamente, essa análise é apresentada pouco tempo antes da defesa de dissertação de seu filho, Walter Jellinek, com supervisão de Paul Laband¹³⁴¹³⁵. Assim, além de

¹³¹ LABAND, Paul. *Ibidem*, p. 32-38 (180-186).

¹³² Cf. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 109-110.

¹³³ KORIOH, Stefan. Introduction. Prologue: The shattering of methods in late Wilhelmine Germany. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Los Angeles: University of California Press, 2000, p. 42-44.

¹³⁴ Em 1908, Walter Jellinek apresentou a dissertação “*Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*” em Estrasburgo, com orientação de Paul Laband (1838-1918). Antes disso, entre 1905 e 1907, período em que seu pai ministrou conferência sobre mutações, Walter Jellinek dividia-se entre os estudos em Berlim, Heidelberg e Freiburg. Décadas depois, Walter Jellinek seria considerado um dos principais juristas da República de Weimar.

¹³⁵ Para um exame biográfico de Walter Jellinek, com menção ao trabalho desenvolvido com Paul Laband, cf. SCHULTE, Martin. Walter Jellinek (1885-1955). In: HÄBERLE, Peter; KILLIAN, Michael; WOLFF, Heinrich Amadeus. *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts: Deutschland - Österreich - Schweiz*. Berlim: De Gruyter, 2014, p. 299-311.

serem contemporâneos e possuírem interesses comuns, alguns dados sugerem ter existido uma possível relação amistosa entre os dois professores de direito alemão.

Georg Jellinek, um austríaco que se tornou professor de direito público em Heidelberg em 1890, é bastante influenciado pelo método do positivismo labandiano para suas investigações jurídicas. No entanto, sempre enfatizava a importância da sociologia para estudo do “lado real” (*faktisch*) do Estado¹³⁶.

Além da clara afinidade com o positivismo jurídico de Laband, Stefan Koriath enfatiza que Georg Jellinek foi também influenciado por discussões de Max Weber (contemporâneo de Jellinek em Heidelberg e com quem mantinha correspondências). Ambos partem de uma perspectiva dual que, na Teoria do Estado de Jellinek, ganha a expressão “teoria dos dois lados do Estado” (*Zwei-Seiten Lehre*). Em outras palavras, a Teoria do Estado se dividiu em uma teoria social e uma teoria jurídica, cuja diferenciação é realizada segundo os critérios epistêmicos do observador. Stefan Koriath aponta, no entanto, que Jellinek jamais conseguiu explicar as influências e relações entre os dois lados (há apenas uma justaposição aleatória ou uma dependência mútua?)¹³⁷.

É considerado o primeiro a tentar elaborar um conceito teórico das mutações constitucionais ao defini-las como a modificação da Constituição que, sem modificar formalmente seu texto, é produzida por fatos sociais que não precisam ser acompanhados por uma *intenção* ou *consciência* da mutação. Percebeu, então, a necessidade de distinguir as mudanças formais (reforma constitucional, *Verfassungsänderung*) das mudanças informais (mutação, *Verfassungswandlung*). As primeiras poderiam ser controladas juridicamente, mas não as mudanças informais¹³⁸.

Segundo Paulo Bonavides, a defesa de Georg Jellinek da caracterização das reformas constitucionais a partir de um ato intencional de vontade para a modificação dos textos oficiais era a mais clara expressão de um positivismo jurídico formalista que “sufocava ou reprimia o sentido criador e modificador contido no chamado ‘espírito da constituição’”. Com essa atitude, Jellinek estaria apenas realçando o aspecto estático e rígido das reformas. Na sequência, Bonavides alerta para o fato de que “o divórcio entre a norma e o fato”, quando a

¹³⁶ CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*. Durham and London: Duke University Press, 1997, p. 34-35.

¹³⁷ KORIOATH, Stefan. Introduction. Prologue: The shattering of methods in late Wilhelmine Germany. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Los Angeles: University of California Press, 2000, p. 45.

realidade não é captada pelas regras do direito positivo formal, gera mudanças constitucionais que não podem ser explicadas ou julgadas pelo positivismo a partir da mesma lógica das alterações formais dos textos. Do mesmo modo, Paul Laband estaria sendo indiferente ao conteúdo do direito, pois também estava preocupado com uma lógica técnica-formal¹³⁹.

De fato, notamos que os esforços de Jellinek não desenvolveram nenhum mecanismo normativo para limitar e solucionar os descompassos entre a realidade social e o texto constitucional. Mas acreditamos que o objetivo da obra de 1906 foi desenvolver uma observação panorâmica e geral sobre as diferentes situações possíveis de transformações não intencionais da constituição. Em outras palavras, Jellinek lançou luz ao problema da *necessidade política* de transformação da ordem jurídica, uma vez que as “reais forças políticas” nem sempre atuam em conformidade com as “formas jurídicas”. Esse problema específico se desenvolveu como pauta de diferentes pesquisas e teorias¹⁴⁰. Em Georg Jellinek, a separação metodológica entre o “ser” e o “dever ser” do Estado apresenta uma zona limítrofe entre a realidade social política e o direito público¹⁴¹.

A preocupação de Bonavides tem relação com o fortalecimento de correntes formalistas na literatura germânica do início do século XX. Nas palavras do suíço Walther Burckhardt¹⁴², não poderiam ser confundidas as funções de criação e aplicação do direito, pois se encontram em “antagonismo conceitual absoluto”. Mas esse aparente fortalecimento de correntes formalistas do direito também proporcionaria o florescimento de argumentos para teorias antiformalistas do direito nas décadas seguintes.

Tudo isso está relacionado ao seguinte argumento de Michael Stolleis¹⁴³: antes da Primeira Guerra Mundial, a grande maioria dos juristas enaltecia o direito vigente da ordem constitucional imperial, apesar dos constantes “deslocamentos de peso” por meio das “mutações constitucionais tácitas”. Era preciso afirmar que o “princípio monárquico” continuava sendo observado pelo sistema jurídico.

¹³⁸ JELLINEK, Georg. *Constitutional Amendment and Constitutional Transformation* (1906). In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Los Angeles: University of California Press, 2000, p. 54-57.

¹³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 173.

¹⁴⁰ Stefan Koriouth também verifica essa situação, mas chega ao resultado oposto: Jellinek falhou e foi impotente. Cf. KORIOOTH, Stefan. Introduction. Prologue: The shattering of methods in late Wilhelmine Germany. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Los Angeles: University of California Press, 2000, p.46.

¹⁴¹ STOLLEIS, Michael. *O direito público na Alemanha: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI*. Trad. Gercélia B. de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 97.

¹⁴² BURCKHARDT, Walter. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 2. ed. Zurique, 1944.

Embora esse método de investigação jurídica tenha influenciado a cultura alemã por décadas, a fase tardia do Império e o período da I Guerra Mundial trouxeram novos fatores que desafiaram a argumentação jurídica. Assim, as disputas metodológicas do século XX também produziram efeitos nos debates sobre as constituições jurídicas.

3.2 A “CRISE DO DIREITO PÚBLICO” E O SURGIMENTO DE NOVAS PERSPECTIVAS PARA A TEORIA CONSTITUCIONAL: A BUSCA POR UM NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL E AS INCERTEZAS METODOLÓGICAS SOBRE A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Após a derrota na Primeira Guerra Mundial, a Alemanha havia passado por transformações profundas. Com o advento da República Federal, em meio a dificuldades financeiras e muitas instabilidades políticas¹⁴⁴, é natural que os juristas passassem a se questionar sobre conceitos e métodos fundamentais. A aparente estabilidade jurídica presente no auge do Império Alemão havia desaparecido e novas indagações teóricas haviam surgido para o constitucionalismo alemão, especialmente aquelas ligadas à soberania popular, à teoria dos direitos fundamentais sociais e aos novos modelos parlamentaristas democráticos.

A primeira geração de juristas alemães de direito público, nascida antes da Constituição Imperial, cresceu em um momento de instabilidades políticas e intensos conflitos geopolíticos como a Guerra Franco-prussiana. Quando o imperador Wilhelm I e Otto von Bismarck lideraram o processo de unificação alemã, professores como Otto von Gierke, Paul Laband e Georg Jellinek tinham um papel a desempenhar no processo de consolidação do direito alemão enquanto organismo único.

Por outro lado, os juristas nascidos durante o Império Alemão cresceram durante um período de aparente estabilidade constitucional. Assim, o novo cenário que surgia com o fim da Primeira Guerra apresentava novos desafios e novos propósitos. Logo, percebeu-se uma “crise do direito público” que já era incapaz de oferecer respostas satisfatórias aos problemas sociais e jurídicos que apareciam na República de Weimar¹⁴⁵.

¹⁴³ STOLLEIS, Michael. *O direito público na Alemanha: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI*. Trad. Gercélia B. de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 95-99.

¹⁴⁴ Dentre alguns exemplos, a hiperinflação entre 1922-1923 e a utilização frequente de poderes presidenciais emergenciais autorizados pelo art. 48 da Constituição pelo primeiro Presidente da República de Weimar, o social-democrata Friedrich Ebert.

¹⁴⁵ Sobre a crise alemã do direito público, Cf. SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*, p. 121-123; TRIEPEL, *Staatsrecht und Politik*; KOELLREUTTER, Otto. *Staatsrechtswissenschaft und Politik*, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 33, 1928, p. 1221-1226; HELLER, Herman. *Die Krise der Staatslehre*, 3-30; MAYER, Hans. *Die Krise der Deutschen Staatslehre*.

Ao perceber que as normas jurídicas e a teoria tradicional das fontes do direito não conseguiam controlar as transformações políticas do Estado constitucional¹⁴⁶, Georg Jellinek abriu caminho para as críticas antiformalistas. Esse é, por exemplo, um dos argumentos de Rudolf Smend: se essas forças são capazes de alterar as normas constitucionais, então também são forças criadoras do direito constitucional. Disso decorre a necessidade de repensar a natureza específica do Estado e da Constituição¹⁴⁷.

O formalismo jurídico proposto no método de Laband nunca foi unanimidade na Alemanha, embora tenha sido dominante no período imperial. Inspirados pelas teorias orgânicas do direito de Otto von Gierke e Hugo Preuss, novos teóricos do direito público como Rudolf Smend (1882-1975) e Erich Kaufmann (1880-1972) ganharam espaço com suas pesquisas que enalteciam o Estado como organismo vivo, cujas peculiaridades históricas e políticas eram relevantes para a compreensão do direito público¹⁴⁸. No caso de Smend, é curioso notar que, apesar de admirar a Constituição Imperial e participar de um partido antirrepublicano até 1930¹⁴⁹, se reconciliou com o novo sistema republicano nos anos 1920. Essa “oscilação” no âmbito político, de acordo com Hans Kelsen, também aparece em sua doutrina e em seus conceitos teóricos principais, o que é alvo de fortes críticas¹⁵⁰.

Na Alemanha do início do século XX, a busca por uma metódica jurídica (estudo das diferentes metodologias e concepções) ganhou proporções significativas. No direito constitucional, os juristas também estavam preocupados em compreender os acontecimentos constitucionais recentes da França, da Inglaterra e dos Estados Unidos. Como construir uma teoria jurídica democrática para o povo alemão diante das dificuldades econômicas e políticas (geradas por fatores internos ou por pressões estrangeiras)?

Conforme lembra Jo Eric Murkens, a República de Weimar viu uma forte preocupação em integrar o contexto da vida real nas teorias jurídicas. A falsa premissa dualística – na

¹⁴⁶ JELLINEK, Georg. *Constitutional Amendment and Constitutional Transformation* (1906). In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Los Angeles: University of California Press, 2000, p. 57.

¹⁴⁷ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 129-144.

¹⁴⁸ As dissertações de Rudolf Smend (1906) e de Erich Kaufmann (1908) versavam sobre análises do contexto histórico para a compreensão dogmática das leis ordinárias na Constituição Prussiana de 1850 (desafiando o método de Laband) e sobre os aspectos políticos, filosóficos e históricos do monarquismo constitucional.

¹⁴⁹ Entusiasta da constituição imperial de 1871, Rudolf Smend participou do Partido DNVP (German National People's Party) até 1930. Entre 1916 e 1918, realizou duras críticas ao Reichstag por entender que aquela formação parlamentar era apenas um aglomerado de grupos de interesse conflitantes e diferentes, incapaz de participar do processo de integração da sociedade alemã. Cf. CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*. Durham and London: Duke University Press, 1997, p. 123.

expressão de Hans Brunkhorst – que marcou a teoria jurídica alemã em outros tempos deu lugar a novas reflexões. Pelos menos quatro abordagens teóricas muito diferentes: a teoria pura do direito (Hans Kelsen), o decisionismo (Carl Schmitt), a teoria do Estado como integração (Rudolf Smend) e, em menor extensão, a teoria sociocultural de Hermann Heller¹⁵¹.

Hans Kelsen ofereceu um caminho diferente para a análise do problema das modificações às margens dos processos formais de reforma. Na verdade, as mutações aparecem como um fenômeno que não é específico das normas constitucionais, mas algo que ocorre em todos os setores do direito. Ao discutir sobre a relação entre Norma Fundamental (*Basic Norm*) e Constituição, o austríaco apresenta o “Princípio da Efetividade ou Eficácia” (*Principle of Effectiveness*) para enfatizar a necessidade de uma prática social efetiva em conformidade com a ordem jurídica. Assim, as normas jurídicas perdem sua validade quando anuladas de forma constitucional *ou* quando permanentemente deixam de ser eficazes¹⁵².

Na formulação kelseniana do Princípio da Efetividade, a eficácia da ordem jurídica total é condição lógica para a validade de uma norma jurídica (mas não seu fundamento de validade). Então, surge o problema de saber se a perda permanente de eficácia das normas constitucionais também pode acarretar a destituição de sua validade jurídica.

Na obra “*General Theory of Law and State*”, Kelsen explica que as constituições escritas podem ser “rígidas” apenas em relação às alterações formais, mas que nem sempre são capazes de impedir juridicamente modificações por meio dos costumes¹⁵³.

Não pretendemos aprofundar a análise sobre o pensamento kelseniano, mas registramos que o problema também era visualizado pelo “positivismo normativista” (normológico ou kelseniano), porém em outros termos e com outras concepções. De certo modo, Kelsen tentou oferecer alternativas para uma ciência jurídica com forte rigor analítico.

Na esteira da crítica ao positivismo formalista, Hermann Heller (1891-1933) pretendeu atacar a “teoria do direito sem o direito” da época. Sua obra parece situar-se dentre as tentativas de adaptação das teorias antiformalistas para as necessidades de uma Social

¹⁵⁰ Cf. KELSEN, Hans. *Der Staat als Integration*. Viena: Springer-Verlag, 1930.

¹⁵¹ MURKENS, Jo Eric Khushal. *From Empire to Union: conceptions of German Constitutional Law since 1871*. Parte I: Constitutional Law as discipline. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 9-65.

¹⁵² KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Trad. Anders Wedeborg. 3. ed. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1949, p. 118-119.

¹⁵³ KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 259-260.

Democracia na Alemanha do século XX¹⁵⁴. Sua curta vida provavelmente impediu a conclusão de uma análise mais profunda e detalhada para a Teoria do Estado.

A preocupação de Heller com o estudo da realidade política permite conceber uma teoria do Estado que seja também uma “teoria da política total” (*Theorie der gesamten Politik*) que, mais do que um mero inventário descritivo das instituições políticas, seja capaz de analisar os fundamentos materiais da política e suas condições e legitimações. Ao considerar o direito como manifestação de uma realidade social, não há espaço para um “dever ser puro” (*reine Sollen*). E, embora os processos políticos não estejam livres de normas, é preciso perceber que as normas somente se tornam efetivas mediante a vontade humana concreta: a convivência humana é de alguma forma ordenada, mas a ordem é fenômeno social. Longe de confundir os conceitos entre Direito e Estado, Heller propõe a Teoria do Estado enquanto “ciência cultural” (*Kulturwissenschaft*) e destaca a função social do Estado (necessária para a compreensão da ordem normativa) em razão da “unidade de decisão e ação” (*organisiert Entscheidungs- und Wirkungseinheit*)¹⁵⁵.

Na obra inacabada de Herman Heller, não encontramos uma reflexão específica e aprofundada sobre as mutações constitucionais. Entretanto, é possível enxergar seu entendimento a partir de sua consideração dinâmica da constituição que se renova constantemente¹⁵⁶.

Segundo Konrad Hesse¹⁵⁷, o pensamento de Heller pode ser considerado como a “terceira posição representativa do tratamento da mutação constitucional” depois das teorias formalistas de Laband/Jellinek e os esforços de Smend/Hsü Dau-Lin: partindo de um caráter peculiar da constituição, os princípios jurídicos pressupõem a “penetração diária da realidade social positivamente valorada na normatividade estatal”. Toda a constituição estatal é “forma impressa vivente e em evolução”, contribuindo para harmonia entre estabilidade e capacidade de adaptação da normatividade em face da normalidade. Portanto, constituição juridicamente normatizada é composta não apenas pelas normas emanadas do Estado, mas também necessita de elementos constitucionais não normatizados para a sua vigência. Nesse sentido, há uma “relação de mútua complementação” entre normatividade jurídica e extrajurídica.

¹⁵⁴ Com publicação original em 1934, cf. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo G. Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

¹⁵⁵ Para uma análise mais detalhada, Cf. BADURA, Peter. *Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre*. Erlangen: Palm & Enke, 1959, p. 190-199.

¹⁵⁶ HELLER, Hermann. *Ibidem*, p. 296.

¹⁵⁷ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Capítulo final: Limites da mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 162-164.

Sobre a questão dos limites da mutação constitucional, Hesse acredita que a teoria de Heller oferece uma resposta genérica a partir da “tensão entre ser e dever ser” que nunca poderia ser entendida de modo unilateral (nem pelo lado normativo nem pela realidade social). Logo, havendo coordenação entre normatividade e normalidade social, uma não poderá ignorar ou eliminar a outra. Para Hesse, isso significaria que Heller apresenta um “limite genérico e difícil de precisar-se”: a normatividade constitucional. Ademais, não ficou suficientemente apresentada a questão de como funciona essa relação coordenativa¹⁵⁸.

Em 1951, Friedrich von der Heydte publica interessante artigo sobre as mutações constitucionais “silenciosas” (*stille Verfassungswandel*). Esclarece algumas diferenças entre reforma constitucional, mutação constitucional e violação das constituições (*Verfassungsbruch*). A principal distinção entre mutações e violações reside na consciência de ilicitude presente na alteração de sentido das normas constitucionais. Ao observar a história constitucional da República de Weimar, aponta que a formulação imprecisa ou elástica dos textos constitucionais favoreceu o desenvolvimento das mutações. Enfatiza que, muitas vezes, as mutações constitucionais iniciam pela mudança de uma norma específica. Expressam-se por meio de interpretações constitucionais que inicialmente verificam a ocorrência de mudanças silenciosas, mas também podem ocorrer de outras formas e a ciência jurídica precisa estar atenta para que os fundamentos constitucionais não sejam violados¹⁵⁹.

Friedrich Giese (1882-1958), por sua vez, dedicou um espaço para o tema das reformas e mutações constitucionais em uma de suas últimas obras publicadas em 1956. Apesar de possuir mais de 50 anos de análises sobre o direito constitucional alemão¹⁶⁰, o autor positivista apresenta uma visão bastante simples sobre o tema sem maiores aprofundamentos: o desenvolvimento da Constituição Alemã foi modificado não apenas por emendas ao texto constitucional, mas também por outros meios na época do Império. Também a Constituição de Weimar teria passado por uma ampla transformação de seus princípios em seu desenvolvimento posterior (especialmente nas questões do federalismo, dos poderes dos órgãos estatais e a dificuldade de efetivar a soberania popular por meio da fragmentação

¹⁵⁸ HESSE, Konrad. *Ibidem*, p. 162-164.

¹⁵⁹ No original: “Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit dieser Sinnänderung schlosse den Verfassungswandel aus und an seine Stelle den Verfassungsbruch“. HEYDTE, Friedrich August Freiherr von der. Stiller verfassungswandel und verfassungsinterpretation. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 39, n. 4, 1951, p. 466-476.

¹⁶⁰ Acerca de seus trabalhos iniciais, cf. HEYMANN, Ernst. D. Friedrich Giese, Professor der Rechtswissenschaft an der Universität Frankfurt, Preußische Rechtsgeschichte. Übersicht über die Rechtsentwicklung der Preußischen Monarchie und ihrer Landesteile. Berlin und Leipzig 1920. *Zeitschrift Der*

política multipartidária)¹⁶¹. Apesar da publicação em 1956, Giese não parece oferecer nenhuma reflexão sobre a possibilidade de mutações na Lei Fundamental de 1949 (GG).

Giese, assim como Friedrich von der Heydte, aponta que o desenvolvimento dado ao art. 48 da Constituição de Weimar permitiu o “estado de emergência” com a suspensão de direitos e o surgimento de uma nova liderança estatal autoritária. Nas suas próprias palavras, “o texto da Constituição permaneceu inalterado, mas foi preenchido com um novo espírito e adquiriu um conteúdo diferente”¹⁶². Consideramos relevante esse trecho na medida em que, talvez, a interpretação nazista da Constituição de Weimar seria um dos casos mais emblemáticos da mutação constitucional no período da Segunda Guerra Mundial.

Não está claro o tratamento da temática das mutações constitucionais no período nazista. Segundo Reinhard Mehring¹⁶³, as teorias do Estado e teorias do direito entraram em declínio frente à nova ordem política. Essa época é marcada por textos que examinam as transformações do direito administrativo e as novas tarefas do Estado em completo alinhamento com a vontade do *Führer*¹⁶⁴. Embora não existisse unanimidade entre os juristas nas universidades alemãs do período nazista, o fato é que existiram teóricos e argumentações com a pretensão de justificar a atuação estatal e ocupar os cargos acadêmicos de prestígio. Chegou-se até mesmo a formulação de uma concepção de constituição em um sentido nacional-popular (*national-völkisch*) que colocava o indivíduo a serviço da comunidade nacional¹⁶⁵. No entanto, em virtude da aparente inexistência de referências sobre mutação constitucional, não aprofundaremos essas teorias neste trabalho.

Outro jurista alemão que analisou o tema das mutações constitucionais no século XX foi Karl Loewenstein (1891-1973). Em sua *Teoria da Constituição* publicada no final dos anos 1950, o autor desenvolve um capítulo específico para tratar da constituição enquanto instrumento de controle do poder político. Após analisar questões gerais sobre o sentido da

Savigny-Stiftung Für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung, v. 41, n. 1. doi:10.7767/zrgga.1920.41.1.483, p. 483-486, 1920. Também cf. Prefácio de Friedrich Giese em seu *Staatsrecht* (1956).

¹⁶¹ GIESE, Friedrich. *Staatsrecht: Grundlagen; Deutsche Verfassungen; Ausländische Verfassungssysteme*. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden, 1956, p. 63-64.

¹⁶² Tradução livre do trecho: “Der Text der Verfassung blieb ungeändert, aber er erfüllte sich mit neuem Geist und bekam dadurch einen anderen Inhalt”. Cf. GIESE, Friedrich, *Ibidem*, p. 64.

¹⁶³ MEHRING, Reinhard. Introduction. Epilogue: the decline of theory. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Los Angeles: University of California Press, 2000, p. 313-320.

¹⁶⁴ Cf. FORSTHOFF, Ernst. *Die Verwaltung als Leistungsträger*. Stuttgart: Kohlhammer, 1938; FORSTHOFF, Ernst. Das neue Gesicht der Verwaltung und Verwaltungsrechtswissenschaft, *Deutsches Recht*, n. 5, p. 331-333, 1935. Com outras formulações, cf. MAUNZ, Theodor. *Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts*. Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934.

¹⁶⁵ Cf. HUBER, Ernst Rudolf. *Verfassung*. Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt, 1938; _____. *Vom Sinn der Verfassung*. Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt, 1935.

constituição e a evolução histórica do constitucionalismo, Loewenstein apresenta um estudo sobre poder constituinte, mutações constitucionais e reforma constitucional. Ao final do capítulo, estabelece algumas diretrizes sobre o “sentimento constitucional”, a classificação das constituições (bastante citada no Brasil¹⁶⁶), a “perversão da constituição por meio da autocracia moderna” e a desvalorização da constituição escrita nas democracias (que pode ocorrer pela sua quebra consciente no momento de aplicação constitucional ou em razão da “erosão da consciência constitucional”).

A concepção de Loewenstein sobre as constituições será fundamental para compreender a ideia de “vazios constitucionais” que são frequentes em muitas autocracias. Assim, é possibilitada a argumentação de que o regime nazista deliberadamente prescindiu de uma constituição escrita ao estabelecer o decreto do estado de necessidade do Reich (28 de fevereiro de 1933) que suspendeu liberdades cívicas fundamentais por tempo indeterminado e a Lei de Autorização (*Ermächtigungsgesetz*) em 24 de março do mesmo ano. Em essência, a Constituição de Weimar “deixou de existir essencialmente”. Também no caso brasileiro, segundo Loewenstein, a Constituição de 1937 nasceu morta quando imediatamente derogada por uma cláusula de suspensão e pela proclamação de um estado de sítio¹⁶⁷.

A preocupação com a *essência* da Constituição (enquanto limitação do poder político e garantia de liberdades) é fundamental para o tema das “perversões constitucionais” que não se confundem com as mutações. O ponto de partida é bem claro: “a existência atual de uma constituição escrita não implica, em absoluto, *ipso facto* uma garantia de distribuição e, portanto, limitação do poder”. Na verdade, muitas vezes, constituições escritas são utilizadas *conscientemente* para “camuflar regimes autoritários e totalitários” e não para atingir o *telos* constitucional que deve ser a institucionalização da distribuição do exercício de poder político. É justamente essa argumentação sobre as perversões constitucionais que servirá como fundamento para a propositura de uma classificação ontológica das constituições (que podem ter caráter normativo, nominal ou semântico): o objetivo é compreender as constituições escritas na sua realidade sociopolítica, sem olhar apenas para os textos.

Ao tratar da diferença entre “constituição normativa” e “constituição nominal”, Loewenstein enfatiza que “as constituições não mudam apenas por meio de emendas

¹⁶⁶ A classificação ontológica das constituições proposta por Loewenstein pode ser encontrada em diferentes publicações brasileiras: de manuais básicos às monografias mais sofisticadas. Para uma leitura brasileira do tema, cf. NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018, p. 87-97.

¹⁶⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona, Caracas e México: Editorial Ariel, 1979, p. 207.

constitucionais formais” porque, talvez até em maior grau, a constituição está submetida à “metamorfose imperceptível que sofre toda norma estabelecida por efeito do ambiente político e dos costumes”. É que o fato de existir uma prática constitucional diferente do texto constitucional não pode ser confundido com a falta de adaptação da dinâmica do processo político às normas constitucionais válidas (característica das constituições nominais)¹⁶⁸.

Sobre as mutações constitucionais, Loewenstein assinalou que são acomodações do direito constitucional à realidade constitucional por meio de transformações na configuração real do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que ocorra qualquer alteração no texto constitucional. Por teoria, elas “ocorrem em todos os Estados dotados de uma constituição escrita e são muito mais frequentes que as reformas constitucionais formais”, a ponto de anular proposições jurídicas expressas com base em usos e condutas reais dos órgãos estatais. Dentre os exemplos, casos já discutidos: a instituição informal do veto político pelo Presidente da República nos Estados Unidos, o desuso do direito de dissolução parlamentar pelo Presidente da República na III República Francesa, as modificações na concepção do art. 48 da Constituição de Weimar que se tornou a base da “ditadura constitucional” e as alterações nos costumes constitucionais na Inglaterra¹⁶⁹.

Essa preocupação empírica com a realidade sociopolítica que adapta o direito constitucional é crucial para entender as transformações constitucionais. Partindo dessa premissa, Loewenstein alerta para uma crise das constituições escritas diante da sua perda de prestígio e significativa desvalorização funcional. Em suas palavras, “seu brilho tem empaldecido visivelmente”. Isso porque mesmo nas democracias com constituições normativas já não existe mais a observância estrita das normas constitucionais pelos detentores do poder (pelo menos não como antes)¹⁷⁰.

Além das falhas conscientes de aplicação pelos detentores do poder (como o desinteresse político para regulamentar as normas da Constituição alemã de 1949), Loewenstein demonstra preocupação com a “alarmante indiferença da massa dos destinatários do poder frente à constituição”. Diante da erosão da consciência constitucional, poucos realmente estão interessados em compreender e aplicar a constituição. Assim, o conhecimento da constituição está reservado apenas para uma minoria de juristas profissionais e burocratas; mas, para “o homem da rua”, a constituição vale muito pouco. Nesse contexto, “a triste

¹⁶⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Ibidem*, p. 218.

¹⁶⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Ibidem*, p. 164-170.

¹⁷⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Ibidem*, p. 222-223.

verdade é que a constituição se distanciou emocional e intelectualmente dos destinatários do poder”. Evidentemente, há diferentes graus de apego e indiferença em cada sociedade, porém é necessário repensar caminhos para a revitalização da consciência constitucional, ainda que o próprio Loewenstein tenha admitido não conseguir visualizar soluções¹⁷¹.

Por fim, cabe apontar que, no cenário de crise do direito e de múltiplas perspectivas, a doutrina de Rudolf Smend conseguiu relevante visibilidade ao longo do século XX e influenciou gerações de constitucionalistas dentro e fora da Alemanha. Especialmente nos primeiros anos após o regime nazista por vários fatores: Carl Schmitt passou a ser ignorado, Hermann Heller faleceu e Hans Kelsen não retornou à Alemanha¹⁷². Embora a carreira acadêmica de Smend tenha sido afetada com a ascensão do nazismo (obrigado a abandonar sua cátedra em Berlim e realocado em Göttingen), diversos constitucionalistas alemães e estrangeiros tiveram contato com seu pensamento por meio de seminários, eventos acadêmicos e diversas publicações. Nas palavras de Peter Häberle¹⁷³, Rudolf Smend foi canonizado não apenas pelo Tribunal Constitucional Federal, mas também pela comunidade jurídica dos representantes do Direito Público.

Durante a República de Weimar, Rudolf Smend (1882-1975) desenvolveu análises maduras de direito constitucional que culminaram na célebre obra *Verfassung and Verfassungsrecht* em 1928, onde apresenta o Estado como processo constante de integração e reintegração dos cidadãos na comunidade. Esse novo olhar para o direito constitucional também irá repercutir na análise das mutações constitucionais sob um viés não formalista.

A teoria da integração de Smend influenciaria, em diferentes graus, diversos juristas na Alemanha e em outros continentes. No Brasil, segundo Gilberto Bercovici, a teoria da integração influenciaria o pensamento e o estilo de escrita de Pontes de Miranda¹⁷⁴. A teoria, no entanto, sempre foi alvo de críticas, inclusive por um suposto caráter antidemocrático¹⁷⁵.

Forte crítico da doutrina de Smend, Hans Kelsen dedicou uma obra inteira para apontar os graves equívocos do rival. Para Kelsen, a teoria da integração tenta justificar a realidade natural do Estado, mas ignora a relação estabelecida pela ordem normativa (“... *natürliche oder ‘tatsächliche’ Realität des Staates zu begründen*”). Nos conceitos

¹⁷¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Ibidem*, p. 226-231.

¹⁷² MURKENS, Jo Eric Khushal. *From Empire to Union: conceptions of German Constitutional Law since 1871*. Parte I: Constitutional Law as discipline. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 55-63.

¹⁷³ HÄBERLE, Peter. *Textos clássicos na vida das constituições*. Trad. Peter Naumann. Saraiva, 2016, p. 81.

¹⁷⁴ Cf. BERCOVICI, Gilberto. O Estado Integral e a simetriação das classes sociais em Pontes de Miranda: o debate dos anos 1930. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 06, n. 11, 2015, p. 272-293.

desenvolvidos pelos trabalhos de Smend, segundo Kelsen, há pleonasmos, trivialidades e conceitos oscilantes que não o permitem alcançar seu objetivo. Argumenta que a ênfase em palavras como “integração”, “síntese” e “união” pretende simplesmente tornar nítido o caráter não estático do Estado com uma nova terminologia (desnecessária): é apenas um processo dinâmico que se atualiza e se conecta com os diferentes segmentos da sociedade¹⁷⁶.

Apesar das críticas, a chamada “Escola de Smend” ganhou importância crucial após o final da II Guerra Mundial por diversos motivos. Em face da importância teórica desses autores para o tema da mutação constitucional, passamos a estudá-los com maior profundidade.

3.3 A “ESCOLA DE RUDOLF SMEND” E SEU FORTALECIMENTO NA REPÚBLICA DE WEIMAR E NO PERÍODO PÓS-NAZISTA: AS CONTRIBUIÇÕES DE HSÜ DAU-LIN E KONRAD HESSE SOBRE AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Para compreender o desenvolvimento germânico da teoria da mutação constitucional, é preciso aprofundar os esforços de Rudolf Smend e de sua “escola”. Além de Smend, alguns de seus alunos tornaram-se muito citados fora da Alemanha (como Konrad Hesse, Horst Ehmke e Peter Häberle). Para os fins desta tese, enfatizaremos a análise dos trabalhos de Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse, ex-alunos de Smend que escreveram sobre mutações constitucionais e que foram traduzidos para línguas latinas no final do século passado.

Sob a supervisão de Rudolf Smend, Hsü Dau-Lin obteve o grau de doutor em direito em 1931 com seu trabalho “*Die Verfassungswandlung*”, que aprofunda o tema das mutações constitucionais a partir de uma nova perspectiva. No ano seguinte, seu trabalho seria publicado como livro em Berlim e o jurista retornaria para a China como assistente de Chiang Kai-shek. Dau-Lin havia nascido no ano da conferência de Georg Jellinek sobre mutações (1906), na cidade de Tóquio durante os anos de serviço oficial de seu pai, um importante general do Império Chinês¹⁷⁷. Após receber uma educação privilegiada, buscou conhecimentos administrativos e jurídicos na Europa, algo que quase foi interrompido quando seu pai, General Shu-tseng, faleceu em 1925.

A contribuição do jurista chinês, com aproximadamente 25 anos de idade, é considerado um estudo consolidador da matéria, sendo citado por todos os juristas brasileiros

¹⁷⁵ OUYEN, Robert van. *Integration: die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik*. Wiesbaden: Springer VS, 2014.

¹⁷⁶ KELSEN, Hans. *Der Staat als Integration*. Viena: Springer-Verlag, 1930, p. 45-48.

que se debruçaram sobre a matéria posteriormente. Dau-Lin havia estudado nas universidades de Heidelberg, Frankfurt e Berlim, trabalhando diretamente com Rudolf Smend entre 1929 e 1931. No entanto, após sua defesa sobre as mutações, retornou para a China, onde assumiu cargos políticos e acadêmicos. Sem retomar os novos debates sobre a mutação constitucional, destacou-se como professor em universidades de Xangai, Taiwan e também na América¹⁷⁸.

Além da influência de Rudolf Smend, Hsü Dau-Lin sustentou uma argumentação não formalista do direito constitucional baseada em seu ponto de partida filosófico confucionista¹⁷⁹: não é o direito (a lei) que governa a humanidade, mas sim homens governantes. Com clara desconfiança do positivismo jurídico, o jurista asiático apresenta um esforço de delimitação ao tema da mutação. Em suas palavras¹⁸⁰, “desgraciadamente, no es posible basarse en una clasificación ya existente, porque cada autor construye su esquema según su propia formación conceptual y sus propios presupuestos”.

Hsü Dau-Lin descarta a tentativa de alguns juristas como Julius Hatschek (1915) de tentar encontrar indícios do problema da mutação constitucional na obra de Aristóteles quando o filósofo grego trata da existência de mudanças da constituição a partir de pequenas transições. Ora, a verdade é que Aristóteles trata a constituição principalmente como forma de estado. Para Hsü Dau-Lin, o problema das mutações constitucionais se refere aos preceitos jurídicos das constituições escritas.

Diante das classificações vigentes da mutação constitucional, Hsü Dau-Lin questiona a qualidade do argumento de Walther Hildesheimer (1918), no sentido de que a mutação constitucional poderia ocorrer de dois modos: pelo direito consuetudinário e pela interpretação. O argumento seria baseado na doutrina do jurista James Bryce que descreveu três modos de aperfeiçoamento do direito constitucional norte-americano: *amendment*, *usage*, *interpretation*. Ao excluir as emendas, restariam dois modos informais de mudança constitucional. Mas Hsü Dau-Lin estava insatisfeito com esse tipo de classificação.

¹⁷⁷ Notas biográficas. Cf. WALRAVENS, Hartmut. Hsü Dau-Lin (1906-1973) im Briefwechsel mit Hellmut Wilhelm. NOAG 177-178, 2005, p. 151-174.

¹⁷⁸ Xangai (Universidade Tungchi 1947-1949), Taiwan (Universidade Nacional 1954-1958 e Universidade Tunghai 1958-1962) e nos Estados Unidos (Universidade de Washington, Columbia University e Michigan State University entre 1966 e 1970).

¹⁷⁹ Para obra sobre formalismo e não formalismo do direito, de autoria do próprio Dau-Lin: HSÜ DAU-LIN. Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 61 (N.F. 22), n. 1, p. 27-53, 1932.

¹⁸⁰ Hsü Dau-Lin, *Mutación de la constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública: Oñati, 1998, p. 31-32.

Considerando que as mutações ocorrem apenas em Constituições formais rígidas¹⁸¹, a mutação pode ser vista como uma contraposição entre as normas jurídicas escritas e a situação constitucional real. É, assim, uma relação desconforme entre normas e realidade. Nesse sentido, o jurista asiático apresenta quatro tipos de mutações constitucionais:

1. Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución¹⁸²;
2. Mutación de la Constitución mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos estatuidos constitucionalmente¹⁸³;
3. Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución¹⁸⁴;
4. Mutación de la Constitución mediante su interpretación¹⁸⁵.

Por se tratar de uma relação de congruência ou incongruência entre norma e realidade, Dau-Lin enfatiza que a problemática atinge as discussões sobre *validade do direito constitucional*. Quando existe congruência, a realidade social segue a norma, garantindo a

¹⁸¹ Hsü Dau-Lin desenvolve esse argumento baseado em S. Spier (1911) para considerar que países sem Constituições escritas são caracterizados por terem como “Constituição” sua vida estatal real. Logo, esse conceito de mutação constitucional não seria aplicado. Também os países que possuem Constituições formais flexíveis não teriam esse problema porque o “impulso da realidade estatal viva” se manifesta por meio das legislações. Cf. Hsü Dau-Lin, *Ibidem*, p. 30.

¹⁸² Exemplos dados por Hsü Dau-Lin: Competências do Chanceler do Império no Bundesrat (exemplo tratado por Laband); a substituição do Chanceler Imperial; a existência de mandatários suplentes no Bundesrat com importantes direitos e obrigações. Nada disso era uma contradição explícita ao texto constitucional, embora este tivesse previsões diferentes.

¹⁸³ Essa categoria foi chamada de “mutação por desuso” por Jellinek. No entanto, Dau-Lin aponta que isso seria incorreto. Não é o desuso que modifica o direito constitucional, mas sim a impossibilidade de cumprir o comando normativo! O desuso seria uma de suas causas. Para exemplificar, é apresentado o caso do direito de dissolução do Parlamento pelo Presidente da França. Embora com previsão na Constituição de 1875, somente foi utilizado pelo Presidente Marechal Mac-Mahon em 1877 e, após a repercussão política do episódio que levou à renúncia do Marechal, nenhum outro presidente ousou aplicar o dispositivo. O dispositivo normativo caiu em desuso, nunca mais foi utilizado e “já não existe na realidade”. Também na França, é discutida se a não reeleição presidencial seria um caso de mutação porque apenas Jules Grévy conseguiu o feito em 1885 e, até o encerramento da obra de Dau-Lin, nenhum outro presidente tentou a reeleição prevista na Constituição em razão de fatores políticos. Mas o autor não chega a uma conclusão definitiva. Acrescentamos, no entanto, que os franceses reelegeram o Presidente Albert Lebrun em 1939 (ainda sob a vigência do texto constitucional de 1875).

¹⁸⁴ Dentre os vários exemplos de leis, regras estatais e práticas que não seriam compatíveis com o texto constitucional, Dau-Lin fornece o exemplo da lei alemã que proibiu a liberdade de reunião nos edifícios públicos do Reichstag e dos Landstage. Também o caso da lei sobre o Tribunal Supremo (1921) que exige a aprovação do Reichstag para o indulto presidencial quando o indivíduo foi condenado por este Tribunal - enquanto o texto constitucional diz que é uma decisão apenas do Presidente. Também é mencionado o exemplo de Jellinek sobre o funcionamento permanente do Bundesrat, que deveria ser, pelo texto constitucional, apenas um órgão eventual quando convocado.

¹⁸⁵ Segundo Dau-Lin, quando os preceitos constitucionais são interpretados segundo considerações e necessidades que mudam com o tempo ou quando não se adota mais o sentido originário do constituinte, há mutação constitucional. São exemplos: a interpretação restritiva do princípio da igualdade perante a lei na Constituição da Prússia de 1848 que era delimitada para as questões públicas e era considerada compatível com a lei que proibia o casamento entre nobres e camponeses. Na Constituição austríaca de 1867, apenas decretos poderiam ser objeto de controle de validade pelos tribunais; não as leis. Mas, por meio da interpretação, entendeu-se que “decreto” era apenas o decreto não imperial; decretos imperiais deveriam ser protegidos tal como as leis.

validade normal do direito constitucional; e a norma jurídica segue a realidade social, por meio da reforma da Constituição.

O problema da mutação surge, portanto, quando há incongruência. Nesse cenário, podemos ter: a) uma “realidade sem norma”: mediante práticas que não violam formalmente a Constituição; b) uma “norma sem realidade”: quando há a impossibilidade fática de exercer direitos estatuídos pelas normas; c) norma e realidade existem, mas se relacionam incorretamente: quando a realidade contradiz a norma (prática inconstitucional) e quando a realidade tergiversa a norma para promover uma reinterpretação¹⁸⁶.

No entanto, é fundamental aprofundar mais os esforços teóricos de Dau-Lin para evitar leituras apressadas e injustas – como é o caso da crítica contra sua tipologia com base em citações indiretas (*apud*) presentes em tese de doutorado no Brasil¹⁸⁷.

Após realizar uma ampla discussão sobre cada categoria de mutação constitucional, o autor chinês desenvolve um amplo estudo em busca dos fundamentos teóricos: i) insuficiência e inadequação das teorias tradicionais das lacunas jurídicas para a compreensão da mutação; ii) a produção de mutações constitucionais por meio de proposições jurídicas que se tornaram obsoletas e perderam sua “validade social”; iii) a experiência alemã das “reformas materiais” da Constituição; iv) a produção de mutações na experiência norte-americana da interpretação constitucional pela *Supreme Court*; v) insuficiência da doutrina do direito consuetudinário para explicar o problema das mutações constitucionais; vi) insuficiência da doutrina de Julius Hatschek sobre “regras convencionais” para resolver o problema teórico; vii) a deficiência dogmática das teorias positivistas que apresentam as mutações como simples infrações da Constituição e viii) a compreensão das mutações a partir da análise da “essência” da Constituição e de suas transformações a partir da teoria de Smend.

Hsü Dau-Lin propõe muito mais do que uma “sistematização das mutações constitucionais”. Além de analisar uma série de casos específicos na história constitucional europeia e norte-americana, o jurista chinês tenta estabelecer diálogo com diferentes teorias do direito e da constituição. Dentre os destinatários de suas fortes críticas, estão os já citados

¹⁸⁶ Hsü Dau-Lin apresenta uma sistematização dessas situações em formato de quadro didático. Cf. Hsü Dau-Lin. *Ibidem*, p. 31.

¹⁸⁷ A partir de um artigo escrito por Santiago Sánchez González e de uma citação feita por Adriano Pedra, Igor Ajouz conclui que o catálogo classificatório quadripartite das mutações “ainda padece de defeitos que o tornam insatisfatório ou, quando menos, incompleto”. Os argumentos são simples: não há um critério forte de classificação (quanto à origem ou ao resultado da mutação), não considera a possibilidade de interpenetração entre os tipos e “não escrutina o valor jurídico tampouco a legitimidade de cada espécime mutacional”. Cf. AJOUZ, Igor. *Constitucionalismo democrático e hermenêutica constitucional: parâmetros para a sedimentação das mutações constitucionais*. UVA: tese de doutorado em direito, 2018, p. 94-95.

Paul Laband e Georg Jellinek, mas também Maurice Hauriou, Hans Kelsen, Julius Hatschek, Walther Hildesheimer, Ferdinand Lassalle, Max von Seydel, dentre muitos outros.

Em seu conceito de validade, o jurista afirma que há um sentido técnico-jurídico e outro sentido filosófico-jurídico. No primeiro, se discute questões sobre positividade, produção e publicação válida de normas para obrigar alguém; mas o segundo sentido discute o cumprimento e a aplicação do direito (eficácia na vida social). Após levantar a questão de saber se “o direito apenas formalmente válido é *direito real*”, Dau-Lin parte para uma crítica contra o “método normológico” de Kelsen e afirma que a ciência do direito é uma “ciência do direito vivo” e “ciência da realidade jurídica”. Não poderia, portanto, ser uma doutrina da ideia jurídica abstrata ou uma “teoria pura do conhecimento do direito”¹⁸⁸.

A arguição do jurista chinês é baseada em uma distinção aparentemente simples: a questão da formação do direito não pode ser confundida com a verificação da existência ou não existência da proposição jurídica real. São, portanto, dois elementos distintos: a “autoridade” (garantia externa de sua imposição) e “racionalidade da proposição jurídica” (fundamentação frente à sociedade). Considerando que a ausência de existência *formal* não significa negar uma proposição jurídica existente (caso do costume e direito consuetudinário), então a “existência formal” não poderia ser suficiente para fundamentar a “existência *real* de uma proposição jurídica *real*”. Portanto, na discussão de Jellinek sobre a derogabilidade da Constituição pelo direito consuetudinário, o positivismo jurídico extremo teria desenvolvido apenas uma tese insustentável ao desconsiderar o desenvolvimento real do direito¹⁸⁹.

A prática de mutações não ocorre em todos os países da mesma forma. Segundo Hsü Dau-Lin, as mutações constitucionais se desenvolveram principalmente por meio da interpretação judicial nos Estados Unidos, mas a Alemanha desenvolveu uma prática única que não é conhecida na América, na França ou na Suíça: a “reforma material da Constituição”.

Demonstrando familiaridade com o tema do controle de constitucionalidade norte-americano, Hsü Dau-Lin traça um breve histórico do controle judicial (*judicial review upon the constitutionality of the law*) desde a rejeição do Plano Randolph de 1787 que sugeria a criação de uma função revisora das leis pelos juízes (*revisionary power*) no processo de elaboração da constituição americana. Ou seja, como bem destaca o autor, os constituintes

¹⁸⁸ Para fundamentar sua tese, o autor cita as obras de Filosofia do Direito de M. B. Mayer (1926) e Rudolf Stammler (1928). Cf. Hsü Dau-Lin. *Mutación de la constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública: Oñati, 1998, p. 68-70.

¹⁸⁹ Hsü Dau-Lin. *Ibidem*, p. 70-71.

americanos conscientemente não desejaram uma competência de controle judicial para tornar inoperantes as leis aprovadas pelo Congresso. Apesar disso, Dau-Lin explica que o *Chief Justice* John Marshall pode ser considerado o “segundo criador da Constituição” na medida em que conseguiu consolidar o controle de constitucionalidade a partir do julgamento *Marbury vs. Madison* (1803) até 1835 (ano de sua morte)¹⁹⁰.

Na verdade, o julgamento americano de 1803 não é apenas emblemático, mas também problemático¹⁹¹. Tratava-se de um caso em que não havia um confronto real entre lei e Constituição, mas houve a declaração de inconstitucionalidade para não chocar a opinião pública que era amplamente favorável ao controle judicial de constitucionalidade das leis. Apesar do amplo desenvolvimento criativo da interpretação constitucional com o juiz Marshall, houve certo recuo dessa doutrina criativa entre a posse do *Chief Justice* Roger Taney (1836) e a Guerra de Secessão. Enquanto os federalistas apoiavam uma interpretação mais restrita da Constituição (“*narrow interpretation*”/ “*interpretation in the strict sense of the term*”), os unionistas defendiam uma aplicação mais dinâmica das normas constitucionais para resolver questões não totalmente contempladas pelos autores da Constituição (“*loose construction*”). Esta última posição sairia vitoriosa após a Guerra Civil¹⁹².

Importante notar que a interpretação constitucional norte-americana mostra-se desde sempre sensível aos elementos políticos. A doutrina da “*loose construction*” sustentava-se, em conjunto com a teoria dos poderes implícitos (*implied powers*), com base no postulado político de centralização e soberania do Governo Nacional. Não apenas a *Supreme Court* foi fortalecida com o direito de controle judicial, mas também houve reforço nas limitações constitucionais dos Estados e amplo fortalecimento das competências do Congresso Nacional. Por isso acentua-se uma importância crucial da interpretação jurídica para a realidade política norte-americana, mantendo uma “relação direta e viva” entre a Constituição de 1787 e a “natureza viva do Estado” americano¹⁹³.

Após demonstrar surpresa com a ausência de debates teóricos sobre a licitude/validade das interpretações jurídicas evolutivas que adaptam as normas da Constituição americana, Hsü Dau-Lin enfatiza que não devemos generalizar o fenômeno americano e seus debates sobre a “verdadeira constituição”, “constituição viva” ou seu significado atual. Em suas

¹⁹⁰ Hsü Dau-Lin. *Ibidem*, p. 90-95.

¹⁹¹ Para uma visão ampla e crítica do caso, cf. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 32-45.

¹⁹² Hsü Dau-Lin. *Mutación de la constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública: Oñati, 1998, p. 94-97.

palavras, a mutação pela via interpretativa é um fenômeno raro fora dos Estados Unidos. Porém, está claro que essa possibilidade de mutação existe. Assim, a “interpretação transformadora da Constituição” produz mutações e se deve à instância habilitada para isso, sua “posição na vida estatal”, sua função social e sua doutrina desenvolvida paulatinamente¹⁹⁴.

Mais problemático é o tema da “reforma material” alemã, cuja compreensão nos parece essencial. Não eram apenas questões teóricas preliminares como a questão de saber se a reforma da constituição (*Verfassungsänderung*) é necessariamente idêntica à alteração no texto (*Textänderung*). Na verdade, a tradição jurídica alemã pré-1914 vivenciou uma prática de reforma do conteúdo da Constituição por meio de “leis especiais” (aprovadas com quórum especial que não alteravam o texto da Constituição). Segundo Hsü Dau-Lin, a prática era vista como “normal” em razão da necessidade política (Escola de Laband) ou pelo menos “tolerada” pela doutrina em geral, mas foi objeto de muitas críticas após a I Guerra Mundial por juristas como Hugo Preuss¹⁹⁵, Bilfinger e Heinrich Triepel (este em sua fase posterior)¹⁹⁶.

Em 1924, o Regramento Conjunto dos Ministérios de 1º de maio estabeleceu a exigência de publicação expressa sobre as alterações materiais da Constituição pela lei. Na verdade, a prática já era realizada, porém sem a obrigatoriedade de publicação expressa. A partir disso, juristas como Max Jeselsohn (1871-1937) e Ernst Jacobi (1867-1946) categorizaram três tipos de reforma material da Constituição alemã: a) reformas expressas ou explícitas (lei especial que modifica conteúdo constitucional), b) reformas silenciosas ou não expressas (prática possível antes de 1924), c) reformas eventuais ou inconscientes (leis aprovadas com quórum especial, mas que a incompatibilidade com a Constituição somente foi percebida depois da aprovação: caso da Lei de Salários de 1927)¹⁹⁷.

O tema da licitude de tais reformas materiais foi objeto de muitas controvérsias na doutrina alemã – especialmente no caso das reformas eventuais ou inconscientes¹⁹⁸. Ademais, outro problema prático surgiria no debate sobre o modo de revogação da lei especial que

¹⁹³ Hsü Dau-Lin. *Ibidem*, p. 95-99.

¹⁹⁴ Hsü Dau-Lin. *Ibidem*, p. 101-102.

¹⁹⁵ Cf. PREUSS, Hugo. *Um die Reichsverfassung von Weimar*, 1924.

¹⁹⁶ Hsü Dau-Lin. *Mutación de la constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública: Oñati, 1998, p. 79-85.

¹⁹⁷ Hsü Dau-Lin. *Ibidem*, p. 79-85.

¹⁹⁸ Apesar da “tolerância” doutrinária com as reformas materiais, Hsü Dau-Lin pontua que a maioria da doutrina entendeu que seria inválida a reforma eventual ou inconsciente porque necessária a vontade expressa (posição de Max Jeselsohn, Ernst Jacobi, Breitholdt, Karl Loewenstein e Richard Thoma). No entanto, autores como Walter Jellinek e Triepel já defenderam a licitude de algumas reformas eventuais no caso concreto.

alterou norma constitucional: deve ser uma lei com quórum especial (posição de Fritz Stier-Somlo e Robert Piloty) ou basta que seja lei (posição de Jacobi e Jeselson)?

Por fim, o jurista asiático também enfrentou diferentes teorias do direito consuetudinário e suas explicações para o fenômeno da mutação. Sua abordagem é bastante singular na medida em que o autor se empenha em analisar as fortes críticas contra a “Escola Histórica” e o desenvolvimento das teorias positivistas (teoria da autorização dos costumes), teorias que sustentavam a “força normativa dos fatos” (como Jellinek) e o reconhecimento limitado da “força derogatória dos costumes” (como Gerber e Stier-Somlo), dentre várias outras perspectivas. E arremata: “cada teoria do direito consuetudinário é o resultado de uma teoria jurídica geral”. Em seguida, apresenta uma série de críticas que demonstram a insustentabilidade da teoria de Georg Jellinek, cuja solução “facilmente manipulável” era apenas uma “fórmula imaginativa e cômoda” para tornar alguns fatos como jurídicos.

Muitas práticas alemãs apontadas geralmente como “costumes”, em verdade, somente se justificavam por uma necessidade política de adaptação pontual e não por um “exercício permanente de costume”. A obsolescência de regras constitucionais na França, as experiências de reforma material na Alemanha e a prática interpretativa americana estavam todas baseadas em circunstâncias sociopolíticas de cada país¹⁹⁹. O fundamento das mutações constitucionais não estava na teoria das fontes jurídicas ou do direito consuetudinário – muito menos na distinção britânica entre direito consuetudinário e regras convencionais.

A busca pela explicação teórica das mutações na experiência britânica seria algo inadequado, segundo o jurista asiático. São sistemas profundamente diferentes, especialmente em razão da “forma geral de pensar”. Além do contexto cultural, também o processo de formação e desenvolvimento do direito, as concepções sobre direito e a “estrutura geral da vida política estatal” não podem ser confundidas. Após apresentar um breve estudo sobre as características do direito inglês (como a função dos tribunais no desenvolvimento de princípios a partir das leis e o “princípio da soberania parlamentar”), é realizada a distinção entre *law* (normas que podem ser aplicadas como fundamento válido pelos tribunais ingleses) e *conventions* (práticas e entendimentos dinâmicos sobre o funcionamento dos órgãos que não é aplicado pelos tribunais). Seriam, portanto, regras “morais” modificadoras do direito público que ainda estão em processo de transformação em norma jurídica²⁰⁰.

¹⁹⁹ Hsü Dau-Lin. *Mutación de la constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública: Oñati, 1998, p. 120; 162-163.

²⁰⁰ Hsü Dau-Lin. *Ibidem*, p. 127-136.

Segundo Gerhard Leibholz (1901-1982), foi justamente a alta elasticidade das regras convencionais inglesas que impediu a desintegração do Império britânico diante das mudanças informais que se fizeram necessárias. Assim, a diferença britânica é basicamente uma diferença sobre aplicação jurídica e concepção de norma jurídica. Segundo Dau-Lin, essa doutrina influenciará o reconhecimento dos *usages* nos Estados Unidos (onde a palavra *convention* já estava sendo utilizada para as assembleias constituintes): práticas que surgem em torno da Constituição e afetam-na profundamente.

A partir da doutrina de Smend, o jurista apresenta a constituição como “regulação jurídica da totalidade da vida estatal” que indica como a vida jurídica e social de cada Estado deve realizar-se e desenvolver-se. Nesse sentido, as constituições escritas *precisam* de “formulações pouco claras, ambíguas, de interpretação elástica” porque são incapazes de planejar completamente todas as situações jurídicas em sua dinâmica²⁰¹.

Além da necessidade política de elasticidade das proposições constitucionais e do conceito de Estado como processo integrativo dinâmico, o jurista asiático formula o terceiro elemento: a limitação da dinâmica constitucional pela própria constituição. Ou seja, a garantia da Constituição não se dá por algo externo, mas realiza-se “segundo sua própria legalidade axiológica” porque o objetivo das constituições é a conservação e a integridade de seu âmbito operativo. Consequentemente, a autoconservação constitucional do Estado é “imprescindível como princípio regulador”. Portanto, podemos visualizar o que Hsü Dau-Lin chama de “tripla posição especial da constituição” (*Ergebnis der dreifachen Sonderstellung der Verfassung*): a) insuficiência das proposições constitucionais diante da necessidade vital estatal e da elasticidade de sua regulação; b) autofinalidade do Estado em sua qualidade de objeto de regulação jurídica mediante sua própria constituição; c) limitação da constituição a respeito de sua eficácia sobre as forças e garantias que lhe são imanentes²⁰².

Em suas conclusões, considerando a impossibilidade de um conceito estático e fixo do Estado, a mutação constitucional encontra seu fundamento empírico na natureza especial do Estado como “realidade vital”. As constituições são feitas para serem adaptadas! Caso não seja possível ou desejável a reforma formal do texto constitucional, a vida estatal se encarregará de adaptar a constituição de algum modo. Então, os artigos constitucionais servem apenas para indicar, sugerir e estimular a vida estatal em conformidade com o “sentido da constituição”. Evidentemente, essa demarcação coordenada de todas as forças

²⁰¹ Hsü Dau-Lin. *Ibidem*, p. 157-158.

²⁰² Hsü Dau-Lin. *Ibidem*, p. 155-161.

vitais políticas não é fruto de um cálculo matemático e não pode ser efetuado de forma fixa, exata e completa pelas regras escritas no texto constitucional. Isso porque o papel da constituição é exatamente desenhar certas diretrizes e sua adaptação é necessária diante das tarefas vitais do Estado. Não podemos enxergar a constituição como regulação rígida e heterônoma que pretende ser válida a todo custo. É preferível a adesão ao “sentido da constituição” do que o mero “seguimento fiel de seus parágrafos” com seu consequente “déficit de vida constitucional”, conforme lições de Smend²⁰³.

Nessa linha, não seria correto afirmar que o direito é insuficiente frente à realidade. Trata-se simplesmente do desenvolvimento da dinâmica constitucional. Em razão da singularidade axiológica das constituições, o processo de transformação é um processo jurídico e não apenas fático. Não basta a necessidade política em si, mas também um reconhecimento das forças vitais do Estado. Ademais, inexistiria órgão capaz de vigiar e conter a atividade estatal em conformidade com sua constituição porque as mutações não podem ser impedidas, eliminadas ou corrigidas. Seria impossível a fiscalização adequada dos órgãos estatais. Seguindo as lições de Erich Kaufmann, a garantia das constituições não se encontra em uma ordem superior, mas seu fundamento radica principalmente na confiança²⁰⁴.

Por fim, Hsü Dau-Lin registra que há dois sentidos para constituição e para mutação constitucional. A primeira pode ser entendida enquanto conjunto de normas jurídicas positivas especiais ou como modo de existência do Estado. No caso das mutações constitucionais, sua dupla natureza conceitual (*Doppelnatur*) é visualizada do seguinte modo²⁰⁵:

a) Mutações constitucionais em sentido formal: incongruência entre texto constitucional e direito constitucional efetivamente válido (situação constitucional real). Foi esse o sentido visualizado na literatura pré-1914. Não há necessariamente um abandono do sentido da constituição. As instituições reguladas são ampliadas ou complementadas de forma contrária ao texto constitucional, mas em conformidade com o sentido atribuído.

b) Mutações constitucionais em sentido material: transformação do sistema ou de seu significado por meio do desenvolvimento de relações jurídicas contrapostas ao sistema pela vida estatal. Também os fundamentos básicos da constituição podem mudar e não apenas suas proposições escritas (doutrina presente nas obras de Hans Helfritz e Friedrich Giese). A incongruência é entre “realidade da vida estatal” e “intenção valorativa da constituição”

²⁰³ Hsü Dau-Lin. *Ibidem*, p. 161-165.

²⁰⁴ Hsü Dau-Lin. *Ibidem*, p. 165-168; 176.

²⁰⁵ Hsü Dau-Lin. *Ibidem*, p. 169-176.

(escrita ou não). Porém, o fato de não corresponder às intenções originais da constituição não significa falha no funcionamento das normas constitucionais. Exemplos: a prática interpretativa norte-americana; a ressignificação da confiança parlamentar como elemento necessário para o Governo no art. 54 da Constituição de Weimar; e o novo sentido aplicado para a separação entre Estado e Igreja do art. 137 da Constituição de Weimar.

Embora os dois conceitos não precisem coincidir sempre (porque são fenômenos distintos), há muitos casos em que ocorrem mutações nos dois sentidos. É o caso do desuso do art. 5º da Lei Constitucional da França de 1875 (os franceses desejavam uma Presidência forte capaz de dissolver o Parlamento quando necessário, mas o cargo se desenvolveu com importância muito diminuta e mais contida).

Por fim, diante da impossibilidade de atuação do sistema constitucional para “desaconselhar” as mutações constitucionais, o jurista pontua a revolução política como “caso limite” ou fronteira da mutação. Se não podem ser impedidas, são “as constelações da política prática e da vida real do Estado” e seguem seu próprio caminho²⁰⁶.

Na opinião de Manuel García-Pelayo²⁰⁷, as primeiras compreensões sobre a mutação constitucional no Direito Público alemão (de Laband até Dau-Lin) apresentam uma ideia demasiadamente ampla de mutação: fatores diversos que levam a uma relação de desconformidade entre os textos constitucionais e a realidade constitucional. No entanto, com todo respeito ao jurista espanhol, não é adequado tentar encaixar tantos pensamentos diferentes apenas em uma ideia vaga ou ampla de incongruência entre prática efetiva e textos constitucionais. Não podemos simplificar e uniformizar pensamentos tão diferentes.

Segundo pesquisa de Antônio Carlos de Pádua, com o fortalecimento do controle de constitucionalidade após a queda do nazismo na Alemanha, o tema da mutação constitucional ganhou novos contornos: não era mais tratado como a supremacia de uma realidade diante das proposições constitucionais, mas sim como uma questão hermenêutica relacionada com a pretensão normativa de realização da constituição (“força normativa”)²⁰⁸.

Outro ex-aluno de Smend, o jurista alemão Konrad Hesse (1919-2005), defendeu um conceito mais restrito de mutação constitucional²⁰⁹: transformação da interpretação das

²⁰⁶ Hsü Dau-Lin. *Ibidem*, p. 176-180.

²⁰⁷ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984, p. 137.

²⁰⁸ PÁDUA, Antonio Carlos de Siqueira de Maia e. *A mutação constitucional e a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade: análise de um fragmento da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal*. 2006. Dissertação (Mestrado em direito) - Universidade de Brasília, 2006, p. 50-57.

²⁰⁹ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Capítulo final: Limites da mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25-29; 81 e ss.

normas constitucionais, sem alteração dos textos. A “mudança”, portanto, ocorre no interior da norma constitucional, transformando seu conteúdo.

Konrad Hesse não é popular no Brasil apenas “por acaso”. No semestre de verão de 1956, ele iniciou seus famosos seminários (*Seminar-Hesse*) em Freiburg. Nas palavras de Peter Häberle, os eventos eram inimitáveis, marcados pelo pluralismo e rigor científico na coordenação - e só encontravam alguma comparação com os seminários de Smend em Göttingen. Nos anos seguintes, com a criação dos seminários de Horst Ehmke nos anos 1960, a agora chamada “Escola de Freiburg” se tornava cada vez mais popular e promissora²¹⁰. Além disso, a presença significativa de pesquisadores portugueses, espanhóis, japoneses e coreanos foi essencial para a internacionalização do seminário²¹¹.

Após tornar-se juiz constitucional em 1975, Konrad Hesse ganhou mais projeção internacional e viu alguns de seus principais livros serem traduzidos para o japonês, russo, coreano e espanhol nos anos 1980 - e posteriormente aparecem as versões portuguesas de seus principais trabalhos nos anos 1990 e 2000.

Embora a doutrina alemã reconhecesse a possibilidade de mutação constitucional na vigência da Lei Fundamental de 1949, Konrad Hesse demonstra-se insatisfeito pela pouca importância dada ao tema em sua época. Em sua opinião, a doutrina não explica o fenômeno de forma satisfatória e, no máximo, recorre à apresentação de premissas vagas sobre “dinâmica interna”, “historicidade” e vontade constitucional estável cambiante²¹². Sob a égide do novo modelo de reforma constitucional e controle de constitucionalidade a partir de 1949, a mutação constitucional também foi reduzida por parte da doutrina ao problema alteração interpretativa do significado de certos preceitos presentes na constituição escrita²¹³.

A questão das alterações fáticas é enfatizada por Konrad Hesse como um problema prático na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão²¹⁴.

Em outro trabalho, Hesse lembra uma investigação de Peter Lerche sobre as “mutações constitucionais silenciosas enquanto problema político” (1971)²¹⁵ e registra: além

²¹⁰ A expressão “Escola de Freiburg” costuma ser usada para o desenvolvimento da ciência política entre 1954 e 1970. No entanto, optamos por manter a expressão porque ela foi usada por Häberle e por outros juristas.

²¹¹ HÄBERLE, Peter. Konrad Hesse (1919-2005). In: HÄBERLE, Peter; KILLIAN, Michael; WOLFF, Heinrich Amadeus. *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts: Deutschland - Österreich - Schweiz*. Berlim: De Gruyter, 2014, p. 1048-1049.

²¹² HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Capítulo final: Limites da mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147-148.

²¹³ Konrad Hesse menciona essa posição a partir da obra de Maunz (*Deutsches Staatsrecht*, 19. ed., 1973).

²¹⁴ O autor cita exemplos de julgamentos: BVerfGE 2, 380 (401); 3, 407 (422); 7, 342 (351).

²¹⁵ Cf. LERCHE, Peter. *Verfassungswandel als aktuelles Politikum*. In: *Festgabe für Theodor Maunz*. 1971.

de natural, a mudança é uma necessidade para que a constituição não se torne obsoleta. A constituição deve permanecer sendo capaz de cumprir sua tarefa enquanto fundamento da ordem jurídica e garantia da liberdade e dignidade humana, mas o mundo muda rápido. A Constituição alemã em 1994 já não é a mesma de 1949 e tende a ser diferente no futuro²¹⁶. Tal como Peter Lerche, embora tal mudança tácita ou silenciosa (*stille*) seja possível, o autor conclui que é preciso atentar para os perigos e buscar fixar limites.

Segundo Hesse²¹⁷, a evolução constitucional da República alemã sob a égide da Lei Fundamental de Bohn (1949) não é comparável com os “profundos processos de mudança que Laband e G. Jellinek qualificaram”. Argumenta ainda que, na nova fase do constitucionalismo alemão, a prática de reformas formais do texto constitucional tornou-se mais frequente e foi decisiva para a não admissão necessária de mutações constitucionais (ainda que essa prática possa repercutir no prestígio e na força normativa da constituição). Porém, e quanto ao futuro? Inexistindo maioria qualificada para reformas constitucionais futuras e polêmicas, “o recurso à afirmação de uma mutação constitucional não ficará distante”.

O problema torna-se mais acentuado quando inexistem parâmetros para estabelecer contornos das mudanças constitucionais. Como consequência, nem sempre distinguiremos atos constitucionais e inconstitucionais e já não será possível provar ou refutar a existência de mutação constitucional perante o tribunal constitucional. Esse é o cenário teórico encontrado por Konrad Hesse que o leva a tentar traçar limites do fenômeno interpretativo²¹⁸.

Dentre os “elementos definitórios” da mutação constitucional, Hesse descarta a necessidade de lapso temporal extenso. As mudanças, na verdade, podem produzir-se ao longo de muitos anos, “mas também ao cabo de pouco tempo”. Também não necessariamente as mudanças ocorrem de forma silenciosa ou “implícita”, elas são perceptíveis em algum momento. Segundo Hesse, um intérprete atento perceberá conscientemente a modificação criada pela interpretação. Então, também o elemento anímico parece não ser essencial. O fato de estar presente em muitas mutações não significa que seja um elemento necessário para sua definição. Com isso, afasta-se o elemento da durabilidade e o caráter inconsciente²¹⁹. Por fim, a busca por uma concepção satisfatória das mutações impõe um conceito restrito para as mudanças do conteúdo da norma constitucional quando o texto não é modificado.

²¹⁶ HESSE, Konrad. Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel. *JuristenZeitung*, v. 50, n. 6, 17 mar. 1995, p. 265.

²¹⁷ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Cap. 3: Limites da mutação constitucional. Trad. Inocêncio Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 149-150.

²¹⁸ HESSE, Konrad. *Ibidem*, p. 150-151.

Ao observar a antiga teoria das mutações (muito mais ampla), Hesse reconhece que não existem limites para a mutação, pois o critério é a imposição de fatos “difícilmente explicáveis” que não podem ser condicionados pelo direito. Muitos exemplos trazidos por Laband não eram modificações interpretativas do conteúdo dos artigos da Constituição de 1871, mas sim uma profunda reforma constitucional realizada de fato às margens dos processos jurídicos previstos. A partir de Georg Jellinek, os casos são categorizados (não apenas com base na prática alemã) e a “necessidade política desempenha um papel relevante como motor das mutações constitucionais”: o decisivo é o fato consumado. Assim, a “mutação constitucional” era tratada muito mais como mudanças profundas da situação constitucional do que simples alterações interpretativas sobre o conteúdo da norma jurídica²²⁰.

Em análise sobre os trabalhos de Smend e Hsü Dau-Lin, o problema das mutações é visto como inerente à natureza específica do Estado. Hesse argumenta que o princípio regulador do processo evolutivo do Direito Constitucional seria “a realização do sentido da constituição como sistema de integração”. Com isso, Hesse reconhece na argumentação do jurista asiático seus pontos de partida: o caráter inacabado e elástico das normas constitucionais frente às necessidades vitais do Estado, o caráter de fim em si mesmo do Estado (*Selbstzweckhaftigkeit*), dentre outros. Nesse sentido, mutação não é quebra da constituição, mas algo admitido (e exigido) pelo Direito Constitucional. No entanto, Hsü Dau-Lin não coloca a questão de saber se as necessidades vitais do Estado e o sentido da constituição não suporiam um limite à mutação.

Apesar dos méritos da “única monografia ampla sobre o tema” em sua época, Hesse acusa o trabalho de Hsü Dau-Lin de chegar à conclusão semelhante dos positivistas: não há limites fixos dentro do sistema constitucional para as mudanças informais. Mas tal conclusão é insatisfatória frente aos elementos teóricos do “Estado constitucional” com força normativa e máxima efetividade das normas constitucionais. Então, para que a constituição não seja um mero “instrumento de dominação”, é preciso não sacrificar a “função racionalizadora, estabilizadora e limitadora” do poder que a constituição assume²²¹.

Na argumentação desenvolvida por Hesse, a mutação precisa ser pensada como fenômeno intranormativo (“no interior da norma”) e não como consequência dos desenvolvimentos produzidos “fora da normatividade da constituição”. Embora reconheça

²¹⁹ HESSE, Konrad. *Ibidem*, p. 151-154.

²²⁰ HESSE, Konrad. *Ibidem*, p. 154-156.

²²¹ HESSE, Konrad. *Ibidem*, p. 158-161.

proximidade com os pontos de partida de Smend e Hsü Dau-Lin, acredita que é preciso ter maior clareza e diferenciação sobre norma e realidade. Para isso, Hesse alega a importância dos trabalhos de Friedrich Müller sobre a estrutura da norma. Considerando que as normas não são mandatos abstratos (*Sollensätze*) e que a realidade integra e constitui a norma jurídica, é preciso saber identificar se um “fato novo” repercute no âmbito normativo (setor de realidade regulado pela norma) de acordo com o programa normativo. Assim, embora ainda seja possível a invocação de mutações constitucionais com diferenças de apreciação, essa dogmática jurídico-constitucional pode permitir um ponto de partida (e não uma teoria completa) em torno dos limites da mutação constitucional²²².

Apesar de todo esse esforço, Hesse conclui com a afirmação de que uma teoria da mutação constitucional possui a “função de desenvolver critérios aplicáveis à situação normal”. Ainda que o texto seja uma garantia-limite para as mutações, não é uma garantia absoluta. E aquilo que transborda os limites da mutação constitucional já é outra coisa: quebra ou anulação da constituição. Mas não podemos, a priori, renunciar à elaboração de limites que sejam praticáveis em defesa da constituição; ou apenas legitimaremos fatos consumados²²³.

Outro discípulo de Smend que merece destaque é Peter Häberle, especialmente por sua ampla difusão doutrinária no Brasil. Peter Häberle²²⁴ aponta diversas concepções da constituição em diferentes autores: “restrição e racionalização do poder político” (Horst Ehmke²²⁵), “ordem jurídica fundamental do Estado” (Werner Kagi²²⁶), “sugestão e limite” [Anregung un Sschränke] (Rudolf Smend²²⁷), “norma e encargo” (Ulrich Scheuner²²⁸) e Lei Fundamental a ser realizada (Adolf Arndt²²⁹). Mas afirma que a constituição é também um processo público cultural²³⁰: “como organização do estado global de um povo, orientado

²²² HESSE, Konrad. *Ibidem*, p. 166-170.

²²³ HESSE, Konrad. *Ibidem*, p. 169-171

²²⁴ A palestra proferida em 1980 encontra-se publicada em língua portuguesa. Cf. HÄBERLE, Peter. *Textos clássicos na vida das constituições*. Trad. Peter Naumann. Saraiva/IDP, 2016, p. 55-56. No mesmo livro, Paulo Bonavides elogia a “originalidade democrática e humanizadora de sua abertura hermenêutica” e acrescenta: “Não padece dúvida de que o conceito de Constituição aberta de Häberle é daquelas ferramentas úteis e prestativas que agora servem para demolir parte do edifício da Velha Hermenêutica, ao por abaixo a exclusividade judicial dos intérpretes da Constituição. Em outras palavras, ao derrogar o “*numerus clausus*” dos hermeneutas da Lei Maior.” Cf. BONAVIDES, Paulo. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter, *Ibidem*, p. 9-12.

²²⁵ Cf. EHMKE, Horst. *Grenzen der Verfassungsänderung*. 1953.

²²⁶ Nesse sentido, ver KÄGI, WERNER. *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945.

²²⁷ SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), p. 119. Mesma concepção é acolhida por Hsü Dau-Lin, conforme argumentamos no tópico anterior.

²²⁸ Cf. SCHEUNER, Ulrich. *Verfassung*, in: SCHEUNER, Ulrich. *Staatstheorie und Staatsrecht*. 1978, p. 171.

²²⁹ Cf. ARNDT, Adolf. *Das nicht erfüllte Grundgesetz* (1960), in: ARNDT, Adolf. *Gesammelte juristische Schriften*, 1976, p. 141.

²³⁰ Também nesse sentido, HÄBERLE, Peter. *Öffentlichkeit und Verfassung*, 1969.

segundo a liberdade”; então a “constituição do pluralismo” seria mais do que mero “conjunto de regras jurídicas e dogmáticas imprescindíveis”.

A constituição, para Häberle, é também “um quadro geral da identidade cultural de um povo, da sua herança cultural e das duas esperanças culturais”. Nessa visão, também ganham força jurídica os preâmbulos, os objetivos educacionais, os valores nacionais e a cultura político-constitucional. No entanto, ainda haveria muito a fazer para que os juristas aprendam a “ver a constituição com os olhos do cidadão”. É preciso questionar-se sobre o modo de vigência das diferentes interpretações no processo público cultural da constituição²³¹.

Sobre as mutações constitucionais, Häberle descarta a necessidade de uma categoria teórico-jurídica autônoma para as mutações. Porque o processo interpretativo cultural é dinâmico e situado historicamente em um contexto específico. Então, a norma constitucional existe em um contexto específico de aplicação em uma situação histórica²³². No lugar das mutações constitucionais, seria melhor falar em “desenvolvimento constitucional” (*Verfassungsentwicklung*) que também abarca “procedimentos informais com círculos de participação que muitas vezes são plurais, os quais caracterizam o caráter público do processo constitucional”. Häberle inclui não apenas os fatos descritos por Georg Jellinek, mas também o “direito criativo do juiz no âmbito constitucional”, a força normativa da *práxis* estatal, dentre outros elementos²³³.

A força da teoria constitucional da Escola de Smend é fator essencial para compreender as influências alemãs na teoria constitucional brasileira.

Entretanto, antes da análise sobre a recepção brasileira do tema, é importante notar que a teoria constitucional alemã ganhou novos contornos a partir dos anos 1970 - especialmente pelo resgate do pensamento de Carl Schmitt e das teorias positivistas. No caso de Schmitt, há um detalhe importante: a adaptação liberal realizada por Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930-2019) que foi juiz constitucional e enfrentou o tema das mutações constitucionais em seus escritos. Compreender os argumentos de Böckenförde e de seus alunos pode contribuir para lançar luzes sobre os pontos cegos do estudo das mutações constitucionais.

²³¹ HABERLE, Peter. *Textos clássicos na vida das constituições*. Trad. Peter Naumann. Saraiva, 2016, p. 56.

²³² HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung: Prolegomena zu einem “zeit-gerechten” Verfassungsverständnis. *Zeitschrift für Politik, Nomos*, v. 21, n. 2, p. 111-137, jun. 1974.

²³³ HABERLE, Peter. Desarrollo constitucional y reforma constitucional em Alemania. *Revista Pensamiento Constitucional*, Lima/Peru, n. 7, p.16-17, 2000.

3.4 O RESGATE ADAPTADO DA OBRA DE CARL SCHMITT NO FINAL DO SÉCULO XX E AS NOVAS DISCUSSÕES SOBRE A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Segundo Peter Häberle, juristas como Konrad Hesse nunca entenderam a “atual restauração gloriosa” de autores como Carl Schmitt no final do século XX e início do século XXI. A disputa entre os “seguidores” de Smend e Schmitt parece ser algo ainda atual, embora com diversas modificações²³⁴. Não é uma disputa meramente metodológica, mas um confronto entre duas distintas formas de observar o Direito, o Estado e a Constituição.

Enquanto diversos juristas foram prejudicados em suas carreiras acadêmicas pela ascensão nazista, outros ganharam espaço e preencheram postos importantes nas universidades. Juristas como Hans Kelsen foram forçados a buscar exílio enquanto outros foram removidos de suas universidades (como Rudolf Smend), aposentados (como Gerhard Anschütz) ou demitidos e retirados para exílio interno (como Gustav Radbruch). Porém, durante o período nazista, Carl Schmitt e vários de seus alunos foram agraciados com maior visibilidade acadêmica: Schmitt promovido para Berlim (1933) e outros se tornaram professores como Ernst Forsthoff (Frankfurt, 1933), Ernst Rudolf Huber (Kiel, 1933), Ulrich Scheuner (Jena, 1933), Reinhard Höhn (Berlim, 1935) e Theodor Maunz (Freiburg, 1935).

É compreensível que muitos juristas alemães, em um contexto de “desnazificação” pós-1945, tenham procurado se afastar de teorias e teóricos entusiastas da ideologia ou que apenas conviveram harmonicamente com o regime totalitário. Com o fim da II Guerra Mundial e a queda do regime nazista, a Alemanha já não era a mesma. Era preciso reconstruir e revitalizar concepções de um direito democrático e justo. Reconstruir não significa simplesmente restaurar. Era preciso repensar o futuro sem esquecer as tragédias do passado.

Segundo Bernhard Schlink²³⁵, os acadêmicos e os profissionais jurídicos acreditaram no “mito” de que as teses do positivismo jurídico e do decisionismo de Schmitt cooperaram para o estabelecimento de um sistema autoritário, sem conteúdo ético. Como consequência, os alemães promoveram um “ressurgimento do direito natural” nos anos 1950 e de teorias não positivistas do direito. Esse impacto não foi apenas nas universidades, mas principalmente nas decisões judiciais (ainda que sua fundamentação no Direito Natural estivesse implícita). Tornou-se popular a prática de condenar o positivismo jurídico kelseniano e o decisionismo

²³⁴ HÄBERLE, Peter. Konrad Hesse (1919-2005). In: HÄBERLE, Peter; KILLIAN, Michael; WOLFF, Heinrich Amadeus. *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts: Deutschland - Österreich - Schweiz*. Berlim: De Gruyter, 2014, p. 1040.

²³⁵ SCHLINK, Bernhard. Why Carl Schmitt? In: *Constellations*, Oxford (UK), Blackwell Publishers, v. 2, n. 3, 1996, p. 434-435.

de Schmitt. Estas teorias são muito diferentes, mas foram aproximadas e caracterizadas pelos alemães como instrumentalizáveis e destituídas de conteúdo. Segundo Schlink, por vários motivos que não serão aqui desenvolvidos, a crítica contra o positivismo careceria de fundamentação, pois jamais teria sido responsável pelo “direito nazista”.

Ainda segundo Bernhard Schlink²³⁶, entre o fim do regime nazista e a década de 1970 (quando novos professores começaram a surgir e outros foram aposentados), a teoria constitucional preponderante era de Rudolf Smend e seus alunos. Amplamente presente na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o direito alemão desenvolvia as ideias de um sistema nacional de valores e bens comuns da comunidade, além de optar pelo desenvolvimento de teorias conciliatórias que enalteciam o pluralismo, a coordenação e integração das diferentes forças sociais na Alemanha.

A teoria constitucional proposta por Konrad Hesse nunca foi unânime, inclusive na discussão sobre as mutações constitucionais. Nesse sentido, também é válido lembrar a posição de Klaus Stern (1932-), juiz constitucional estadual e Professor na Universidade de Colônia (*Universität zu Köln*). Klaus Stern também enfatiza o problema da mutação constitucional como um problema de interpretação, porém como tensão entre direito constitucional e realidade constitucional histórica. Diferentemente de Hesse, o autor destaca que a mutação não pode ser vista como um processo natural e normal da atualização no “interior da norma”. Destaca que é preciso investigar as circunstâncias do caso concreto para avaliar a admissibilidade das mutações constitucionais, não sendo possível estabelecer uma teoria geral apriorística²³⁷.

Também o desenvolvimento teórico fornecido por Peter Häberle é alvo de muitas críticas e divergências, principalmente pela amplitude da “abertura interpretativa” e suas concepções culturalistas²³⁸. Assim, com a retomada (adaptada) do pensamento de Carl Schmitt – que não se confunde com a defesa de sua biografia²³⁹ – foi possível uma reestruturação de outros caminhos e novas perspectivas para a dogmática jurídica no direito constitucional.

²³⁶ SCHLINK, Bernhard. *Ibidem*, p. 434.

²³⁷ Cf. STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 333-339; KNOERR, Cibele Fernandes Dias. *Decisões intermediárias da Justiça Constitucional como mutação da Constituição*. Tese de doutorado em direito (PUC-SP), 2011, p. 96-97.

²³⁸ Uma versão mais moderada sobre interpretação aberta, segundo Böckenförde, pode ser encontrada em HÖFLING, Wolfram. *Offene Grundrechtsinterpretation*, 1987, p. 187.

²³⁹ Ernst Wolfgang Böckenförde deixa isso muito claro na primeira frase de sua conferência em 1986: o foco não é a pessoa de Carl Schmitt, mas seus trabalhos, em especial o sentido de sua concepção do político para sua teoria jurídica e sua teoria da constituição. Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. The Concept of the Political: A Key to Understanding Carl Schmitt’s Constitutional Theory. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang.

Bastante influenciado por Carl Schmitt, com quem manteve diálogo pessoal direto, Ernst-Wolfgang Böckenförde apresenta diversos alertas que são muito relevantes ao estudo das mutações constitucionais. O ex-juiz constitucional é também um social democrata católico bastante que pretende uma teoria dogmática do direito em consonância com os pressupostos políticos e liberais do constitucionalismo. Ao mesmo tempo em que possui uma visão prática sobre soluções concretas para problemas determinados, também formula a necessidade de maior cuidado com o tratamento histórico dos conceitos.

O resgate da teoria de Schmitt não é uma restauração total. As fortes críticas contra o Parlamento e à democracia representativa não foram recepcionadas por Böckenförde, por exemplo. Por outro lado, diversas categorias e conceitos influenciaram e foram expressamente acolhidos pelos novos constitucionalistas alemães, especialmente na versão liberal e própria do referido juiz constitucional²⁴⁰.

Em primeiro lugar, Böckenförde aponta que as abordagens clássicas de Paul Laband, Georg Jellinek e Hsü Dau-Lin estão influenciadas por um contexto histórico e cultural determinado, no qual o sistema de controle e defesa da constitucionalidade ainda não existia ou não havia se consolidado²⁴¹. Naquele momento, as análises seriam muito mais descritivas dos diversos fatores que levam a algum tipo de transformação da prática constitucional em contraste com os textos positivados. Mas, no atual cenário, tal postura apenas atrapalharia a discussão dogmática sobre os limites permitidos constitucionalmente.

Como já salientamos em outro trabalho²⁴², essa crítica oferecida por Böckenförde, e direcionada especialmente às análises de Dau-Lin e Smend, reforça o risco de que a análise atemporal das “mutações”, quando desconsidera os novos elementos da tradição jurídico-constitucional, poderia transformar o direito constitucional em um processo meramente político que caminha por si só²⁴³. Por consequência, a força normativa da constituição seria corroída pelas agitações e desejos políticos.

Em seus escritos, Böckenförde apresenta uma pluralidade de diferentes conceitos sobre mutação constitucional na doutrina alemã. Em seguida, na tentativa de aprimorar sua

Constitutional and Political Theory: selected writings. Edited by Mirjam Künkler and Tine Stein. v. 1. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 69.

²⁴⁰ Cf. MEHRING, Reinhard. Zu den neu gesammelten Schriften und Studien Ernst-Wolfgang Böckenfördes. *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 117, p. 449-473, 1992.

²⁴¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 183.

²⁴² ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 120-122.

análise dogmática, oferece um conceito mais estrito das mutações constitucionais “para que seja possível operar dogmaticamente”:

[...] el cambio constitucional se refiere a la modificación del contenido de normas constitucionales sin que se produzca una reforma del texto constitucional (en el procedimiento prescrito para ello). Los otros significados vinculados al término de “cambio constitucional” no quedan por ello privados de sentido; pero persiguen otros intereses de conocimiento, y deberían por lo tanto expresarse mediante fórmulas diferentes²⁴⁴.

Muitos fenômenos chamados “mutações” na doutrina não seriam mutação das normas constitucionais, segundo Böckenförde. Frequentemente, o que ocorre é uma mudança do âmbito de proteção e ressignificação de um conceito: a realidade social muda, mas o comando normativo permanece o mesmo. Também as práticas decorrentes do “desenvolvimento constitucional”, completando e aperfeiçoando o sentido das normas constitucionais, não podem ser entendidas como mudanças. No processo decisório, quando existem diferentes possibilidades e existe uma margem para a decisão, também não ocorre mutação da norma constitucional se uma das possibilidades é escolhida. Afinal, a interpretação já era possível a partir da norma constitucional vigente (que já era existente), cujo conteúdo normativo permanece vinculando os poderes estatais. O problema das mutações é muito específico: altera-se o comando normativo estabelecido originariamente pela constituição estatal.

Em tom de crítica aos que advogam por uma desdiferenciação entre interpretação constitucional e mutação constitucional (caso de Peter Häberle), Böckenförde sustenta a necessidade da mutação constitucional enquanto conceito jurídico-dogmático autônomo: o Tribunal Constitucional é o intérprete último e autêntico e sua competência não pode ser confundida com um processo contínuo de modificação da constituição. Estaríamos diluindo a diferença entre interpretação e reforma constitucional. Sem apresentar respostas mais detalhadas sobre os limites da mutação, Böckenförde indaga: sendo a mutação realizada pela via interpretativa quando a reforma se opõe à “integração”, não estaria havendo uma transformação do direito constitucional em um processo político juridicamente ilimitado que fica à disposição do intérprete? E arremata com uma última questão: seria correto?²⁴⁵

²⁴³ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 196.

²⁴⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Ibidem*, p. 185.

²⁴⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Ibidem*, p. 193-196.

Como também observado por Castro Padilla²⁴⁶, a teoria das mutações constitucionais possui origem relacionada com o incômodo dos juristas diante das incongruências e distanciamentos entre a prática política constitucional e o teor textual das constituições. Assim, fatores muito distintos foram agrupados como “mutação constitucional” em razão da constatação de desarmonias entre as disposições normativas e as práticas efetivamente realizadas. Com o passar do tempo, os novos teóricos constitucionais passaram a rechaçar aquele conceito amplo diante do desenvolvimento do princípio da supremacia constitucional e do controle de constitucionalidade no século XX.

Na virada do milênio, ainda enxergamos uma vasta multiplicidade sobre o tema das modificações constitucionais que se realizam por meios não previstos pelo procedimento formal dos textos constitucionais. Debate esse que não se confunde com o tema de pesquisa das “constituições informais”, regras constitucionais informais (*informalen Verfassungsregeln*). Peter Badura²⁴⁷ (1992), Böckenförde (1999), Christian Walter²⁴⁸ (2000), Andreas Voßkuhle²⁴⁹ (2004), Rainer Wahl²⁵⁰ (2008), Thomas Würtenberger²⁵¹ (2012), Lothar Michael²⁵² (2014) são alguns dos juristas que tentaram debater a relevância atual do tema. Mais recentemente, Julia Schulze também apresentou o tema em sua tese sobre práticas estatais e sua importância no direito constitucional²⁵³, porém sem aprofundamentos originais. Permanece a relevância do tema sobre o real manuseio da constituição pelos órgãos estatais (*Die tatsächliche Handhabung der Verfassung durch die Verfassungsorgane*).

Uwe Volkmann reforça a necessidade de abertura e capacidade de adaptação da constituição, sendo esta o resultado de uma prática social e das comunicações em torno dela. Além de “pressuposta”, a constituição é também “proposta” diante de uma realidade social

²⁴⁶ CASTRO PADILLA, Fernando. *El derecho internacional de los derechos humanos como factor condicionante de la reforma e de la mutación constitucional*. Universidad de Castilla – La Mancha: tese de doutorado em direito constitucional, p. 320.

²⁴⁷ BADURA, Peter. Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. v. 7. Heidelberg, 1992.

²⁴⁸ WALTER, Christian. Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozess des Verfassungswandels. *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 125, p. 517-550, 2000.

²⁴⁹ VOSSKUHLE, Andreas. Gibt es eine Lehre vom Verfassungswandel? *Der Staat*, v. 42, 2004.

²⁵⁰ WAHL, Reiner (org.). *Verfassungsgebung – Verfassungsänderung – Verfassungswandel I*. Vorträge bei deutsch-japanischen Symposien in Tokyo 2004 und Freiburg 2005. Berlin, 2008.

²⁵¹ WÜRTEMBERGER, Thomas. Verfassungsänderungen und Verfassungswandel des Grundgesetzes. In: NEUHAUS, Helmut (org.). *Verfassungsänderungen*. Der Staat, v. 20. Duncker & Humboldt: 2012.

²⁵² MICHAEL, Lothar. Die verfassungswandelnde Gewalt. *RW Rechtswissenschaft*, a. 5, 2014, caderno 4, p. 426-480.

²⁵³ SCHULZE, Julia. *Die Verfassungsrechtliche bedeutung von Staatspraxis: und ihre Berücksichtigung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg: tese de doutorado em direito, 2019, p. 80; 108-110; 150-154; 167.

que está em mudança. Na aplicação do direito, o processo interpretativo precisa fazer referência às condições externas de sua eficácia, inclusive por meio de “figuras argumentativas flexíveis com grande potencial de desenvolvimento”. Na prática jurisdicional alemã, é isso que fundamenta a apresentação de opiniões dissidentes em votos particulares nos processos constitucionais para que fiquem disponíveis no futuro para novas considerações e eventuais reorientações. Nesse sentido, a dificuldade dos juristas é encontrar o ponto de equilíbrio: o problema principal de uma constituição aberta resulta da incerta delimitação diante da pretensão constitucional de ordenar relações com caráter vinculante e estável. Como conciliar estabilidade e abertura ao futuro cambiante? Segundo Volkmann, não é possível determinar com exatidão²⁵⁴. Daí a necessidade de incorporar o elemento contingente.

Em novembro de 2018, o então Presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão, Andreas Voßkuhle, ministrou conferência sobre as mudanças do Estado constitucional após 70 anos da Lei Fundamental. Reconheceu a ambivalência e controvérsia sobre o termo na doutrina alemã, acrescentando que muitos a entendem como inadmissível ou “dúbia” por uma tendência de repulsa e irritação que é influenciada pela preocupação dos juristas com uma adaptação decisionista da constituição ao espírito do tempo (*Zeitgeist*). Naturalmente, diante dos debates sobre legitimidade e competência jurisdicional, há certo medo de um “rei juiz”, um “Estado jurisdicional constitucional” (“*Verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat*”). Mas a mutação constitucional é também manutenção e cuidado da constituição porque esta apenas sobrevive quando adequada à realidade. Ademais, o ex-Presidente do Tribunal também enfatiza a mutação constitucional enquanto ponto de partida para abordagens, análises e reflexões sobre os riscos e limites da aplicação constitucional jurisdicional (e não como um conceito técnico rígido para uma racionalização dogmática).²⁵⁵

Além de professor constitucionalista, Voßkuhle fala como presidente do Tribunal Constitucional. Nesse sentido, sua abordagem destaca uma responsabilidade e sensibilidade do referido órgão constitucional no desempenho de suas funções. Fortemente preocupado com as mudanças de contexto social e jurídico, alega que o Tribunal atendeu às adaptações no âmbito do direito de família e sexualidade, evitando interpretações puramente históricas e

²⁵⁴ VOLKMANN, Uwe. *Elementos de uma teoria de la constitución alemana*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 91-96.

²⁵⁵ VOßKUHLE, Andreas. *Verfassungsinterpretation und Verfassungswandel: Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts*. Rechtspolitischer Kongress “Verfassungsstaat im Wandel. Die Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes nach 70 Jahren”. Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlim, 29 nov 2018. Disponível em: <<https://www.kas.de/documents/252038/3346186/Verfassungsinterpretation+und+Verfassungswandel->

rígidas que poderiam impedir as mudanças sociais. Também em várias outras áreas, o Tribunal teria intencionalmente articulado uma abertura à realidade social. Porém, com limites (*Grenzen*). Dentre os exemplos fornecidos sobre limites, destacamos a expressa menção do texto constitucional alemão [Art. 33 (5) GG] sobre o dever de observar princípios tradicionalmente estabelecidos sobre funcionalismo público (*hergebrachten Grundsätze*)²⁵⁶.

A teoria constitucional germânica é certamente muito mais ampla e rica do que demonstramos até agora. No entanto, para os fins desta tese, acreditamos que é suficiente para perceber as principais linhas argumentativas desenvolvidas em torno do tema. Para aplicar o Racionalismo Crítico à argumentação jurídica, é necessário buscar os problemas reais a partir de um exame crítico da tradição jurídica. Nesse caso, a compreensão dos discursos alemães e brasileiros sobre mutação constitucional contribuirá de forma significativa para a análise desenvolvida nesta tese.

Compreendidos os termos em que as teorias da mutação constitucional foram discutidas, resta saber como essa argumentação foi recebida na cultura jurídica brasileira. Houve uma recepção específica de uma teoria da mutação? Ou, no Brasil, o termo carrega outros significados? Quais as peculiaridades brasileiras em torno da discussão? É o que passamos a verificar antes de partir para uma crítica das teorias mutacionistas em si (e não apenas uma crítica dos problemas de sua recepção).

Festvortrag+KAS+Berlin.pdf/2779c5a1-f31e-2d45-e900-0ce4db789456?version=1.0&t=1543847127152>.

Acesso em 28 de julho de 2020.

²⁵⁶ VOßKUHL, Andreas. *Ibidem*.

4 RECEPÇÃO TEÓRICA DA “MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL” NA LITERATURA JURÍDICA BRASILEIRA

4.1 ANÁLISE DA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA SOBRE O TEMA DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

4.1.1 Considerações preliminares sobre recepção jurídica e sua demarcação histórica

Ao longo da história humana, pelas mais diversas razões, as regras jurídicas de determinadas sociedades e seus discursos metodológicos influenciaram outros povos. Também no caso do direito constitucional²⁵⁷, é possível visualizar diversas possibilidades de interferência e influência entre culturas jurídicas distintas. No entanto, a forma e o grau de influência variam muito. Por isso, sempre relevante considerar fatores diversos como o contexto histórico, o grau de abertura da sociedade, as relações internacionais concretas e os fatores políticos ou pessoais que contribuíram para a fabricação do direito nacional. Neste trabalho, não examinaremos os fatores que promovem maior contato entre as culturas jurídicas ou possíveis critérios normativos sobre legitimidade das boas ou más influências entre ordenamentos jurídicos distintos²⁵⁸.

A “transferibilidade” (*Übertragbarkeit*) do direito alemão é um tópico essencial para compreender alguns dos debates jurídicos atuais. Diversos podem ser os procedimentos formais (como a revisão total ou parcial dos textos jurídicos) ou informais (como as práticas sociais e administrativas) para a “recepção jurídica” de institutos legais, metodologias teóricas ou ferramentas de dogmática jurídica. A questão, porém, é a seguinte: como a “exportação” do direito alemão, especialmente de seus argumentos e ferramentas dogmáticas, pode ser avaliada qualitativamente?

No tópico 1.1 desta tese, refletimos brevemente sobre alguns argumentos de Yuanshi Bu em torno da “exportabilidade” da dogmática jurídica alemã. De fato, há um sentido muito específico para a dogmática alemã que atua como importante elo entre prática decisória, respeito à autoridade legislativa e sistematização científica. É resultado de um cenário de muitas disputas metodológicas e peculiaridades históricas. Inexiste, porém, uma receita pronta e universal para as tarefas dogmáticas no conhecimento jurídico. Como admite Yuanshi Bu, o

²⁵⁷ Para uma análise mais ampla sobre o tema, inclusive sobre o significado da recepção, seus limites e formas possíveis, cf. FEDTKE, Jörg. *Die Rezeption von Verfassungsrecht: Südafrika 1993-1996*. Baden: Nomos, 2000.

²⁵⁸ Em defesa da identidade cultural de cada sociedade, é bastante frequente o argumento de “colonização” do sistema jurídico por países que precisam afirmar-se internacionalmente. Sobre essa perspectiva, cf. JUNG,

debate sobre recepção da dogmática jurídica não precisa ser uma análise realizada apenas pelos “países receptores”, mas também abre uma perspectiva de reflexão para a ciência jurídica alemã sobre os limites e desafios de sua dogmática em face da realidade²⁵⁹.

No Brasil, a principal repercussão literária desse debate gira em torno da dogmática alemã dos direitos fundamentais, proporcionalidade e ponderação. Em artigo recente, Ralf Poscher aponta que aplicar a teoria dos princípios (desenvolvida por Robert Alexy) no Brasil pode ser bastante perigoso: manipulam princípios constitucionais para decidir com base em “seus próprios caprichos pessoais”²⁶⁰. Para chegar a essa conclusão, Poscher cita a investigação de Fausto Moraes²⁶¹. Embora a formulação original da teoria não pretenda colaborar com decisionismos, Poscher argumenta que a teoria dos princípios favorece a arbitrariedade dos julgadores, porém sem explorar os fatores concretos envolvidos na recepção brasileira do tema.

Dieter Grimm, em outro tipo de análise, nota que a metodologia alemã encontra aproximações internacionais com a prática jurisdicional canadense no que diz respeito aos critérios da proporcionalidade. No Canadá, as nomenclaturas são outras (*rational connection* e *minimal impairment*, por exemplo²⁶²), mas teriam considerável grau de semelhança com os critérios desenvolvidos pelos alemães. Nas jurisdições alemã e canadense, o ponto de partida é a análise dos propósitos e a comparação entre meios e fins. Apesar dos aspectos comuns, são criadas distinções (nem sempre sutis) por meio da argumentação sobre os critérios e sua aplicação ao caso concreto²⁶³.

À luz do Racionalismo Crítico, não há nenhum problema em utilizarmos teorias e argumentos produzidos em outras culturas. O contexto social não é determinante para o

Heike. Recht und kulturelle Identität – Anmerkungen zur Rezeption, Transplantation und Diffusion von Recht. *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 121, n. 2, p. 53-86, 2009.

²⁵⁹ YUANSI BU. Rechtsdogmatik: vom Transfer des deutschen Rechts zum Transfer des deutschen Konzepts der Rechtswissenschaft. *JuristenZeitung*, v. 71, n. 8, p. 383-390, 2016.

²⁶⁰ POSCHER, Ralf. Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy’s Latest Attempt to Save His Concept of Principle. *Ratio Juris*, v. 33, n. 2, p. 137-138, 2020.

²⁶¹ Cf. MORAIS, Fausto Santos de. Ponderação e arbitrariedade A inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodium, 2018.

²⁶² A respeito das divergências de nomenclaturas e sobre os critérios que devem ser adotados segundo a doutrina, cf. CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *O princípio da proibição do excesso: em especial na conformação e no controlo de atos legislativos*. Lisboa: tese de doutorado em direito, Universidade de Lisboa, 2016, p. 45-48.

²⁶³ GRIMM, Dieter. Proporcionalidade na jurisprudência constitucional canadense e germânica. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 10, n. 34, 74-77, 2016.

bloqueio *a priori* do debate crítico sobre as vantagens ou desvantagens de um método²⁶⁴. Ter origem europeia, africana ou latino-americana não é, por si, uma vantagem ou desvantagem para a teoria²⁶⁵. Mais importante é verificar as seguintes questões: a) a qualidade dos argumentos postos; b) as vantagens de sua aplicabilidade frente às teorias alternativas; c) a mediação crítica dos argumentos a partir dos dados concretos de realidade social local²⁶⁶.

Nesse sentido, uma crítica sobre a recepção de uma técnica argumentativa alemã na experiência brasileira vai além da mera avaliação de correspondência da prática com os enunciados da teoria alemã. É preciso também verificar os desafios suscitados no exame dos casos brasileiros, de modo que seja possível refletir sobre a qualidade da teoria para os problemas brasileiros. Caso contrário, devemos partir para olhares teóricos alternativos.

No capítulo anterior, foi possível a discussão em torno de algumas correntes teóricas e de alguns fatores históricos da tradição alemã, com ênfase no problema das mutações constitucionais. Percebemos, inclusive, que muitas são as possibilidades de definição de um conceito que permanece sem conceituação precisa. Isso porque a atividade dogmática dos juristas é dinâmica e está em constante processo de construção e destruição. Tão antigo quanto o argumento da mutação constitucional, o princípio da proporcionalidade somente ganhou seus contornos atuais a partir de amplos debates acadêmicos e jurisprudenciais²⁶⁷. Suscitado por tribunais administrativos desde o século XIX, a proporcionalidade apenas foi afirmada como aplicável diante de toda e qualquer violação de direitos fundamentais em 1963²⁶⁸. Porém, questões fundamentais ainda não são unânimes entre os alemães²⁶⁹.

No caso específico da mutação constitucional, o problema ganha contornos especiais em razão da pouca sistematização na prática decisória do Tribunal Constitucional Federal alemão. Isso porque a discussão encontra-se na arena de disputas entre diferentes escolas

²⁶⁴ Popper reconhece que contextos ideológicos e culturais podem servir como “barreiras” e “prisões”, mas não seria algo insuperável. É algo difícil, mas possível e recompensador. Cf. POPPER, Karl. *O mito do contexto*: em defesa da ciência e da racionalidade. Trad. Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 86-87.

²⁶⁵ Movimentos ideológicos que buscam ampliar a representatividade de segmentos sociais defendem a adoção de referenciais teóricos que atendam a requisitos geográficos, étnicos, raciais e até de gênero. Esse é um debate político: política científica, representatividade na academia. Não queremos, com isso, argumentar que tais pesquisas não sejam legítimas. A questão levantada é outra.

²⁶⁶ Uma das abordagens que enfatizam a necessidade de considerar os elementos sociopolíticos brasileiros é oferecida na crítica sobre a dogmática dos direitos fundamentais sociais. Sobre essas questões, cf. KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado” Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

²⁶⁷ No Tribunal Constitucional Federal alemão, a aplicabilidade geral do princípio a todos os casos de restrição de direitos e seu estatuto constitucional somente ocorreu nos anos 1963/1965. E a ideia de vinculação de todas as autoridades ao princípio da proporcionalidade ganhou força na jurisprudência do Tribunal em 1969.

²⁶⁸ Cf. BVerfGE 16, 194 at 201 (1963)

²⁶⁹ Um exemplo é a divergência a respeito da proporcionalidade em sentido estrito.

metodológicas. Com a devida compreensão dos principais argumentos alemães, resta saber como a mutação constitucional foi “recebida” no Brasil. Nesse aspecto, vale ressaltar que “recepção” doutrinária é uma nova formulação teórica que foi influenciada por argumentos desenvolvidos em outra cultura. Inexiste um “transplante automático” sem mediação²⁷⁰.

A análise de formulações teóricas brasileiras exige profunda investigação sobre seu contexto histórico e funcional, incluindo o imaginário jurídico brasileiro e os elementos culturais em torno das ideias constitucionais e da vivência prática das instituições. Tentaremos, ao máximo, articular os elementos não escritos nos textos oficiais.

Nelson Saldanha costumava lembrar uma questão preliminar para análise histórica das ideias nacionais: “como dividir a História, demarcar etapas, balizar as ‘épocas’ da evolução das nossas ideias políticas”. E, apesar de adotar um modelo cronológico, este poderia ser “emborcado e traído” em alguns momentos²⁷¹. Serve, no entanto, como organização dos esquemas para uma análise preliminar.

Nesse sentido, para efeitos didáticos, desenvolvemos uma análise periodizada da literatura jurídica nacional sobre o tema. Não se trata de estabelecer datas rígidas ou estereótipos de uma determinada época. A função de um marco temporal é servir como elemento para uma melhor compreensão do tema. Assim, a literatura jurídica brasileira sobre as mutações constitucionais pode ser discutida em dois momentos: a) período anterior às decisões do STF; b) período de consolidação e crítica das decisões. Isso porque, após tornar-se frequente nas decisões do STF, as investigações teóricas sobre a mutação constitucional ganharam outras características para além de um estudo conceitual das mutações.

4.1.2 Período vanguardista das mutações brasileiras: dos primeiros esforços doutrinários às primeiras decisões do STF

A mutação constitucional, enquanto objeto de debates desde o século XIX, não ficou restrita ao espaço germânico. Em outros países europeus com constituições escritas, juristas também mencionaram essa construção teórica: Georges Burdeau²⁷² e Georges Vedel (França),

²⁷⁰ Essa mediação no processo de recepção não é necessariamente crítica, embora devamos fomentar a autenticidade dos juízos por meio da crítica científica.

²⁷¹ SALDANHA, Nelson Nogueira. *História das ideias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 33-34.

²⁷² BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1969, v. 4.

Manuel García-Pelayo²⁷³ e Pedro de Vega²⁷⁴ (Espanha), Paolo Biscaretti Di Ruffia²⁷⁵ (Itália), Jorge Miranda²⁷⁶ e José Gomes Canotilho²⁷⁷ (Portugal).

Em razão da ampla menção em diferentes países latinos, é difícil determinar quais autores foram responsáveis pela divulgação da teoria no Brasil de forma direta ou indireta. Há quem sugira a possível influência de Georges Vedel, orientador do jurista brasileiro Manoel Gonçalves Ferreira Filho na França. Este último orientou o primeiro trabalho científico sobre a matéria no Brasil que temos notícia²⁷⁸. No entanto, é preciso considerar que o assunto já reverberava em diferentes doutrinas latinas na época. De toda forma, não buscamos uma causalidade histórica para encontrar os “responsáveis” por sua disseminação.

Nesta pesquisa, não examinaremos as diversas nuances da formação constitucional brasileira. Por essa razão, focaremos nas discussões brasileiras sobre as adaptações judiciais do direito constitucional que surgiram durante a história republicana pós-segunda guerra.

Órfãos da figura do Imperador, a crítica às instabilidades dos primeiros anos da República Velha era comum na vida política brasileira. Nesse contexto, Nelson Saldanha²⁷⁹ relembra alguns folhetos e manuscritos de direito constitucional que apontavam para a necessidade de governos sólidos que evitassem aquilo que o constitucionalista Alfredo Varela chamava de “irremediável anarquia, precursora fatal da dissolução e da morte” (1902).

Um dos exemplos didáticos para uma breve compreensão do autoritarismo político brasileiro pode ser encontrado no histórico HC 300, julgado em 1892 pelo STF. Na época, Marechal Deodoro da Fonseca, o primeiro Presidente da República, havia sido eleito de forma indireta em conjunto com o vice de outra chapa, Floriano Peixoto. Sem conseguir governar e decretando Estado de Sítio, as pressões políticas levaram o Presidente a renunciar seu cargo no primeiro ano do mandato eletivo. Porém, o art. 42 da Constituição de 1891 exigia nova eleição diante da vacância da Presidência da República nos primeiros dois anos do mandato. Ocorre que Floriano Peixoto assumiu o cargo e permaneceu até o final do mandato em 1894

²⁷³ GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 2. ed. Madrid Editorial Revista de Occidente, 1951, p. p. 126.

²⁷⁴ DE VEGA, Pedro. *La reforma y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985.

²⁷⁵ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introduzione al diritto costituzionale comparato*. Milano: Giuffrè..

²⁷⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1991, t. 2, p. 133.

²⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1228-1230.

²⁷⁸ A hipótese é endossada por Carlos Santos. Cf. SANTOS, Carlos Vitor Nascimento dos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 7, n. 1, 2015, p. 86. Para os fins desta tese, contudo, não consideramos relevante a origem do argumento. Mais significativo é o modo como ele foi desenvolvido na doutrina brasileira.

²⁷⁹ SALDANHA, Nelson Nogueira. *História das ideias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 274-275.

porque a primeira eleição presidencial de 1891 estaria regulada nas disposições transitórias, não se aplicando a regra do art. 42.

Essa disputa de legitimidade presidencial foi reforçada pelo “Manifesto dos Treze Generais” de 31 de março de 1892. Nesse episódio, mais uma vez na história brasileira, militares de alta patente e agora senadores e deputados exigiram a queda do governo. Não reconheciam a legitimidade do governo de Floriano Peixoto e criticavam sua atuação política. Nos termos do art. 19 da Constituição de 1891, os deputados e senadores seriam invioláveis por suas opiniões. No entanto, a crise constitucional levou o Presidente Floriano Peixoto a também decretar Estado de Sítio e ordenar prisões e restrições de direitos em abril de 1892. Naquela época, Rui Barbosa atuou como advogado dos revoltosos e exigia do STF uma atuação compatível com suas funções. Porém, ao julgar o HC 300, o STF definiu que não era de sua competência “envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo”.

Nos bastidores da República Velha, a frequência de decretos de Estado de sítio e das intervenções federais nos Estados foram dois dos elementos principais que posicionaram o Judiciário brasileiro em uma configuração política com constantes ameaças. Para além da sempre divulgada influência norte-americana, Christian Lynch aponta diversos elementos que relacionam a primeira experiência republicana brasileira com o modelo republicano argentino. No Brasil, foram mais de dez Estados de Sítio entre 1891 e 1930²⁸⁰.

Por isso, marcante é o processo eleitoral de 1910, na primeira principal divergência entre os partidos políticos de São Paulo e Minas Gerais. A união dos mineiros e gaúchos lançou o nome do Marechal Hermes da Fonseca, candidatura apoiada pelo Governo Nilo Peçanha. Na oposição, a “campanha civilista”, apoiada por paulistas e baianos, lançou o senador Rui Barbosa como candidato. O curioso é que, na “primeira campanha presidencial moderna” do Brasil, Rui Barbosa apresentava plataformas de reforma para o Judiciário, incluindo o STF²⁸¹. Em discurso de 1914, relembra que as tradições brasileiras foram baseadas no “dogma da supremacia parlamentar” e que as práticas do Poder Executivo e do Legislativo, muitas vezes, negam abertamente obediência às decisões do STF²⁸².

²⁸⁰ LYNCH, Christian Edward Cyril. O caminho para Washington passa por Buenos Aires: a recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898). *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 27, n. 78, p. 149-169, 2012.

²⁸¹ MOTTA FILHO, Cândido. Rui Barbosa e o Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 62, n. 1, 185-206, 1966, p. 193-194.

²⁸² BARBOSA, Rui. *O Supremo Tribunal Federal na Constituição brasileira*. Discurso proferido pelo Conselheiro Rui Barbosa no Instituto dos Advogados, ao tomar posse do cargo de Presidente, em 19 de novembro de 1914, p. 161-164. Acesso em 12 fev. 2021. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/p_a3.pdf>.

Embora não tenha utilizado a teoria da mutação constitucional, Rui Barbosa expõe que apenas formalmente o STF foi colocado pela constituição brasileira como “derradeiro árbitro da constitucionalidade dos atos do Congresso”. Mas, na prática constitucional brasileira, tenta-se reduzir o STF a “uma colônia do Senado”, um verdadeiro “projeto de castração do Supremo Tribunal Federal”. Quando observa a prática norte-americana, aponta que os tribunais conseguem harmonizar sua jurisprudência com a evolução trazida pelos “sentimentos contemporâneos da nação, com a consciência atual do país”, sem esquecer da Constituição²⁸³. Perceptível, portanto, algum fragmento de teoria da jurisdição constitucional e de seu papel na atualização do direito de acordo com as transformações sociais.

Debate maior continuaria a partir da ruptura constitucional de 1930. Após longo período de contestação social e de movimentos tenentistas, políticos e militares derrubaram governos locais e também o governo federal. Com o auxílio de uma junta militar provisória, Getúlio Vargas assumiu a direção política do país e decretou o “Governo Provisório”, que dissolveu todos os parlamentos do país e impediu a apreciação judicial dos “atos políticos” do Poder Executivo.

Segundo Francisco Campos, principal jurista do Estado Novo, “a Revolução de 30 só se operou, efetivamente, em 10 de novembro de 1937²⁸⁴”. Considerado o principal jurista do Estado Novo, apresentou a seguinte argumentação em 1937:

Os inevitáveis processos de mudança e transformação, que conferem à nossa civilização um caráter puramente dinâmico, eram frequentemente obstados por uma interpretação orientada por critérios puramente formais, ou inspirados na evocação de um mundo que já morrera. [...] o que existia era uma doutrina, um dogma, ou um ponto de vista preconcebido, ou uma atitude filosófica em relação à vida econômica, política ou social. Acontecia, assim, que, na frase de Oliver Holmes, os tribunais transformavam a Constituição na Estatística Social de Spencer, lendo-a e interpretando-a através dos seus preconceitos filosóficos. Ora, a interpretação não dispõe de processos objetivos e infalíveis. [...] Não há, portanto, nenhuma razão para aceitar como decisiva ou definitiva, no plano em que se acham em jogo os maiores interesses da nação, uma interpretação que não dá nenhuma garantia objetiva do seu acerto²⁸⁵.

²⁸³ BARBOSA, Rui. *O Supremo Tribunal Federal na Constituição brasileira*. Discurso proferido pelo Conselheiro Rui Barbosa no Instituto dos Advogados, ao tomar posse do cargo de Presidente, em 19 de novembro de 1914, p. 166; 182-183. Acesso em 12 fev. 2021. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/p_a3.pdf>

²⁸⁴ CAMPOS, Francisco. *Diretrizes do Estado Nacional* (1937). In: CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 41.

²⁸⁵ CAMPOS, Francisco. *Diretrizes do Estado Nacional* (1937). In: CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 59.

De fato, antecipando às viradas linguísticas, Francisco Campos expõe o problema das pré-compreensões dos juízes e sua falibilidade. Curiosamente, o Min. Celso de Mello utilizou, em diferentes momentos, a doutrina de Francisco Campos dos anos 1950 para sustentar a “prerrogativa judicial” de reformular interpretações em um dado momento histórico diante das novas e cambiantes realidades. Porém, Campos apoiava essa adaptação judicial desde que em conformidade com as decisões do Chefe do Governo brasileiro; pois o Judiciário deveria ser figura de apoio à Administração²⁸⁶. Neste caso, pertinente lembrar as influências do pensamento de Carl Schmitt na doutrina jurídica da época, especialmente em sua crítica à democracia liberal também compartilhada por Francisco Campos²⁸⁷.

Ao longo dos anos 1950 e 1960, as primeiras citações ou possíveis sugestões indiretas do tema podem ser encontradas em escritos de Luiz Pinto Ferreira²⁸⁸, José Horácio Meirelles Teixeira²⁸⁹, Nelson de Sousa Sampaio e Milton Campos²⁹⁰. A menção em livros de direito constitucional teria aumentado nas décadas seguintes, com outros autores.

No entanto, a primeira publicação com pretensões mais robustas somente ocorreu em 1986, quando Anna Candida Cunha Ferraz resolveu publicar suas pesquisas de doutorado (1978-1982) sob a orientação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁹¹.

Em alguns momentos de seu estudo, Anna Candida Ferraz cita lições de Pinto Ferreira, especialmente a partir das obras “Da Constituição” (segunda edição em 1956) e “Princípios gerais do direito constitucional moderno” (quinta edição em 1971). Em conjunto com citações de Meirelles Teixeira, Milton Campos e Paulo Bonavides, a autora justifica a presença da teoria da mutação na doutrina brasileira na segunda metade do século XX²⁹².

²⁸⁶ Cf. CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. v 2, 403, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 403. Para uma das fundamentações do Min. Celso de Mello, cf. ADI 5.526 (julgado em 2018).

²⁸⁷ SANTOS, Rogerio Dutra dos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. *Dados*, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.

²⁸⁸ O tema da mudança constitucional por fatores sociais e culturais aparece em diferentes obras do autor pernambucano. Cf. PINTO FERREIRA, Luiz. *Da Constituição*. 2. ed. 1956; PINTO FERREIRA, Luiz. *Direito constitucional moderno*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962, t. 1, p. 108.

²⁸⁹ MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito constitucional*. Atual. E org. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991. Especialmente no caso dos autores paulistas do século XX, são citadas suas “Apostilas de direito constitucional” (1961, sem publicação editorial).

²⁹⁰ Trata-se de um artigo de oito parágrafos publicados. Cf. CAMPOS, Milton. *Constituição e realidade*. *Revista Forense*, v. 187, 1960.

²⁹¹ Dados biográficos coletados nos Currículos Lattes dos autores. Sobre a obra específica, cf. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

²⁹² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2. ed. Osasco: Unifio, 2015, p. 6-13.

A obra de Anna Candida Ferraz, quase um século após a publicação de Paul Laband, inicia uma nova fase de pesquisas e debates sobre a mutação constitucional no Brasil²⁹³. Embora a autora reconheça a multiplicidade de enfoques e concepções sobre o tema, é apresentada uma delimitação da expressão mutação constitucional: “importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional” e “não ofende a letra nem o espírito da Constituição”. Assim, o conceito é apresentado desde o início para contrapor-se com as “mutações inconstitucionais” que ofendem as normas constitucionais. Essa forte limitação das mutações é baseada no exercício de uma “função constituinte implícita”. Trata-se, para a autora brasileira, do “poder constituinte difuso” (expressão de Georges Burdeau) que, na condição de poder não expressamente autorizado, seria capaz de modificar o sentido das normas constitucionais sem vulnerar seus textos²⁹⁴.

Em face da possível dificuldade de acesso aos textos alemães nos anos 1980, é perceptível a ausência de referências sobre os desenvolvimentos doutrinários da mutação constitucional na Alemanha (sendo citado apenas Loewenstein). Neste período brasileiro, são predominantes as obras francesas, italianas e ibéricas. Além de citar os autores brasileiros dos anos 1960/1970 e alguns autores europeus, é enfatizado o interesse dos juristas da América Latina sobre o tema das mudanças constitucionais nos anos 1970²⁹⁵.

Na primeira parte de sua monografia, Anna Cândida Ferraz desenvolve suas considerações introdutórias sobre as concepções e características da mutação constitucional com base nos autores brasileiros (Milton Campos, Meirelles Teixeira e Pinto Ferreira) e basicamente Georges Burdeau e Biscaretti di Ruffia. Porém, não fica clara sua referência para fundamentar a distinção entre mutações constitucionais e inconstitucionais (como se o adjetivo significasse tão somente a conformidade com o texto constitucional).

Em seguida, a autora aprofunda os tipos da mutação constitucional (leia-se: da mutação compatível com os textos constitucionais): interpretação constitucional (que não é exclusivamente judicial) e os costumes constitucionais. No primeiro caso, há a atribuição de um novo conteúdo e novo significado ao texto constitucional para alargar o sentido do texto,

²⁹³ Exemplo é o caso do Relatório apresentado na Reclamação 4.225/Acre com citação expressa da obra de 1986, porém não acolhida pela maioria dos votos dos ministros do STF. O caso é citado pela autora em prefácio da reedição da obra (2015).

²⁹⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2. ed. Osasco: Unifio, 2015, p. 6-11.

²⁹⁵ O *Instituto de Investigaciones Jurídicas* lançou uma coletânea em 1977 sobre os “câmbios constitucionales”. Desta obra coletiva, são citados os artigos de José Guillermo Andueza Acuña (Venezuela) e Humberto Quiroga Lavié (Argentina), além de palestra de Hector Fix-Zamudio. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/847-los-cambios-constitucionales>.

determinar seu conteúdo no caso concreto, modificar antiga interpretação diante da evolução constitucional e até para adaptar o texto às situações não previstas pelo constituinte. Também cita a exigência de adaptação dos textos para atender exigências da aplicação constitucional e o preenchimento de lacunas. Porém, essa enumeração *não* é exaustiva²⁹⁶.

Apesar de compreender a necessidade da interpretação constitucional para a atualização das normas, a autora registra sua preocupação com os “perigos”, especialmente quando o processo interpretativo torna-se demasiadamente elástico – conforme doutrina de Paulo Bonavides. De todo modo, esses perigos não devem impedir as mutações constitucionais pela via interpretativa²⁹⁷.

No caso da interpretação constitucional, é apresentado maior detalhamento sobre a interpretação legislativa, judicial e administrativa. No primeiro caso, é o próprio Poder Legislativo que elabora leis para ampliar, restringir ou dar novo sentido para as normas constitucionais, adaptando seus comandos normativos à realidade de cada ordenamento. Para Anna Cândida Ferraz, tais interpretações legislativas não podem alterar a letra ou o espírito da constituição. Como exemplo, a autora cita as doutrinas de Biscaretti di Ruffia, Maurice Duverger e Karl Wheare sobre a legislação eleitoral e partidária que densifica o sentido dos princípios gerais estabelecidos no texto constitucional²⁹⁸. No caso da interpretação judicial, será possível falar em “interpretação evolutiva ou adaptadora” quando se pretende “adaptar ou adequar o conteúdo, alcance ou significado da disposição constitucional” pela vida judicial em razão da mudança de sentido da linguagem, do surgimento de novas situações, da evolução dos valores constitucionais e da “mudança da intenção dos intérpretes” (dentro dos limites impostos aos poderes constituídos). E, seguindo a doutrina de Afonso Arinos, registra que é possível a “construção jurisprudencial” diante de situações não previstas no texto²⁹⁹.

O tema da “construção constitucional” é desenvolvido com destaque por ser provavelmente a forma mais significativa de mutação constitucional pela via interpretativa. Apesar da ausência de previsão expressa na constituição, a *Supreme Court* americana desenvolveu o *judicial review* (1803), a teoria dos poderes implícitos e a doutrina de proteção de direitos individuais – em especial em matéria de garantias processuais com base na cláusula do *due process of law* (devido processo legal) em conjunto com a 14ª Emenda (1868).

²⁹⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2. ed. Osasco: Unifio, 2015, p. 55-60.

²⁹⁷ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Ibidem*, p. 62-63.

²⁹⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Ibidem*, p. 91-95.

²⁹⁹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Ibidem*, p. 125-130

No caso brasileiro, o maior destaque é da “doutrina brasileira do *habeas corpus*” para promover uma interpretação ampla do dispositivo constitucional da Constituição de 1891 com o objetivo de estender o remédio constitucional para a proteção de quaisquer lesões de direitos pessoais praticados por autoridade pública³⁰⁰.

Quanto aos costumes constitucionais, a autora desenvolve fundamentação baseada no exercício do “poder constituinte difuso, manifestação do poder constituinte latente atuado pelos poderes constituídos competentes enquanto preenchem lacunas na obra constitucional originária ou interpretam-lhe disposições obscuras”. Tais “costumes” devem ceder diante da norma constitucional escrita, mas podem invalidar uma lei ordinária em alguns casos³⁰¹. Na doutrina de Burdeau, a “ideia de direito” representada na constituição servirá de limite para as reformas formais ou para a validade dos costumes constitucionais.

Na última parte de sua monografia, a autora brasileira desenvolve o tema das mutações manifestadamente inconstitucionais e os “processos anômalos” que podem eventualmente ser inconstitucionais (e não necessariamente são mudanças constitucionais)³⁰². Tais processos anômalos podem ser exemplificados em três modalidades: inércia constitucional, desuso e mudanças tácitas da constituição. Porém, não aprofundaremos o exame de tais “processos anômalos” por uma razão simples: pensamos esses elementos como potenciais fatores ou condições políticas de um futuro processo de mutação e não espécies reais ou modalidades próprias de mutação. Afinal, os processos anômalos são também resultados de interpretação constitucional ou prática reiterada.

Vários fatores são apresentados para as mudanças inconstitucionais: ausência ou ineficácia de controle para determinadas matérias, predomínio de “forças extraconstitucionais” ou pela forma como elas ocorrem. Consequentemente, a “mudança inconstitucional se impõe e gera efeitos na vida constitucional do Estado”, mas a inconstitucionalidade não necessariamente resulta em alteração permanente do texto escrito. Nesta categoria, são reunidos diversos atos: interpretações, costumes, práticas administrativas, golpes de Estado, dentre outros. Na história, são muitos os exemplos de práticas estatais em contraposição com os textos (como a posse de Floriano Peixoto no Brasil e a criação das

³⁰⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Ibidem*, p. 134-138.

³⁰¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Ibidem*, p. 185-189.

³⁰² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Ibidem*, p. 217-242.

Forças de Defesa Nacional no Japão em descompasso com sua Constituição de 1946³⁰³). Nesse contexto, a conclusão da autora é que não devemos negar a existência de tais fenômenos inconstitucionais, mas combatê-los – especialmente com o fortalecimento do controle jurisdicional, parlamentar e popular³⁰⁴.

Raul Machado Horta publicou artigo em 1992 sobre os diferentes meios de mudança constitucional (formais e informais), sustentando-se, no tocante às mutações constitucionais, na doutrina espanhola de García-Pelayo e Pablo Lucas Verdú, nos trabalhos dos alemães Loewenstein e Carl Schmitt, além de citar a doutrina do português Jorge Miranda. No entanto, o artigo não aprofundou o debate, ainda que tenha sua importância na divulgação da matéria³⁰⁵. Não encontramos menção a trabalhos brasileiros sobre o tema específico das mudanças informais neste trabalho.

No ano seguinte, Carmem Lúcia (hoje ministra do STF) publicou seu artigo, no qual escreve: “hoje, não é o direito posto o que se quer; antes, quer-se o direito que se põe a cada dia a partir de um sistema concebido na certeza de sua contemporaneidade”. Aponta que “não se deseja a constituição como túmulo de normas, ou que seja a mortalha de uma ideia de justiça”, mas alerta para os riscos de atropelamento da constituição por desejos momentâneos ou conveniência de alguns grupos em detrimento do povo. Em seguida, cita a doutrina de Loewenstein e Anna Cândida Ferraz para apontar as mudanças informais e permanentes³⁰⁶.

Em 1997, outra professora mineira enfrenta o tema: Iris Eliete Neves Tavares. A autora sustentou a necessidade de uma nova trilha para o Direito Constitucional diante do desafio de estudar critérios racionais para o processo de “inter-relação sociedade/Estado” diante da mutação político-social que pode gerar mudanças constitucionais no direito positivo (estudo bastante influenciado por Georg Jellinek e Carl Schmitt). O único brasileiro citado neste trabalho, além da própria autora, é Raul Machado Horta³⁰⁷.

³⁰³ Cf. Reinhard Neumann. *Verfassungswandel in Japan-dargestellt am Kriegsverzichtsartikel der Verfassung von 1946. Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, Vol. 15, No. 1 (1982), pp. 5-24.

³⁰⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2. ed. Osasco: Unifio, 2015, p. 244-251.

³⁰⁵ HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 115, p. 5-25, jul./set. 1992 | *Revista brasileira de estudos políticos*, n. 74/75, p. 233-263, jan./jul. 1992 | *Revista de direito administrativo*, n. 188, p. 14-35, abr./jun. 1992.

³⁰⁶ ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 120, 1993, p. 159-186.

³⁰⁷ TAVARES, Iris Eliete Neves Pinho. Teoria da constituição: elementos político-jurídicos, mudança constitucional, constitucionalismo e desenvolvimento jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 135, p. 91-98, jul./set. 1997.

No mesmo ano, Paulo José Leite Farias, mestrando sob a orientação de Gilmar Mendes na UnB, publicou artigo intitulado “mutação constitucional judicial como mecanismo de adequação da constituição à realidade econômica”. O estudo baseia-se, dentre outros, nas obras de Anna Cândida Ferraz, Canotilho, Loewenstein e Konrad Hesse. Interessante notar que o autor aprofunda o exame da Ordem Econômica na Constituição de 1988 a ponto de enxergar um modelo normativo com caráter esquemático e amplo que favorece a ocorrência de mutações constitucionais em sentido estrito para a devida adequação do texto à dinâmica da realidade socioeconômica brasileira³⁰⁸.

De algum modo, esses artigos espelham também um imaginário dos juristas brasileiros sobre o papel do Poder Judiciário no novo momento constitucional brasileiro.

Uadi Lammêgo Bulos, ainda doutorando pela PUC-SP, publicou artigo científico em 1996³⁰⁹. Antes, em 1995, atualizou a obra de Nelson de Sousa Sampaio sobre reforma constitucional e defendeu uma dissertação de mestrado sobre mutações constitucionais. Pouco tempo depois, em 1997, lançou seu estudo como livro próprio (“*Mutação constitucional*”), com a pretensão de aprofundar a temática ainda pouco explorada no Brasil.

Seguindo os passos de Anna Cândida Ferraz, Uadi Bulos apresenta as mutações constitucionais como uma “realidade inextirpável da vida constitucional dos Estados” em razão das alterações informais das normas constitucionais, que ele também chama de “mudanças difusas” ou “meios difusos³¹⁰ de modificação constitucional”. Para o autor, diante das exigências da “evolução social”, o sentido da Constituição deveria modificar-se e isso não poderia depender das reformas formais previstas no texto constitucional.

Influenciado pelas obras de Anna Cândida Ferraz e Konrad Hesse, Uadi Bulos sustentou que as mudanças de sentido não podem deturpar a “letra” da Constituição e que sua dinâmica era favorecida pela existência de pressão dos interesses organizados, pela pluralidade de vocábulos com significados variáveis e até mesmo pelo impacto de opiniões nos meios de comunicação, da opinião pública ou grupos de interesse³¹¹.

Partindo da concepção de constituições como “organismos vivos” que “interagem com o meio circundante”, a autor descreve a ocorrência de modificações dos preceitos

³⁰⁸ FARIAS, Paulo José Leite. Mutação constitucional judicial como mecanismo de adequação da constituição econômica à realidade econômica. *Revista de Informação Legislativa*, n. 133, 1997, p. 213-231.

³⁰⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Revista de informação legislativa, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996.

³¹⁰ Uadi Bulos esclarece que a opção pelo adjetivo “difuso” é inspirada na terminologia do poder constituinte difuso de Georges Burdeau por não ser registrado por mecanismos constitucionais formais. Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. XVII-XVIII da Introdução e 58.

constitucionais também de modo informal “a fim de aderirem às exigências sociais, políticas, econômicas, jurídicas do Estado e da comunidade”³¹². Nesta época, o autor aponta que os limites da mutação encontram-se no texto constitucional³¹³.

Após mais de duas décadas, em seu *curso de direito constitucional*³¹⁴, quase toda sua teoria está mantida, defendendo – agora com mais ênfase – que as mutações constitucionais são exercício do “poder constituinte difuso” latente, invisível, permanente, informal, contínuo, espontâneo e de natureza fática. É necessário lapso temporal, mas este não pode ser determinado e as categorias tipológicas da mutação aparecem apenas de forma exemplificativa. Desta vez, porém, acentua que a “única limitação” possível seria de natureza subjetiva e psicológica: a “consciência do intérprete em não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, mediante interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o documento maior”.

Seguindo Loewenstein, o autor sustenta que as mudanças ocorreriam de forma tão lenta que apenas seriam perceptíveis em momentos afastados no tempo. São, portanto, mudanças suaves na forma de compreender determinados elementos³¹⁵.

Ao tentar aprofundar-se em três modalidades de mutação constitucional (pela interpretação constitucional, pela concretização e pelas práticas constitucionais), o autor destaca que a obra do legislador constituinte originário é continuada (sem rupturas) pelos poderes constituídos para a determinação do sentido de disposições vagas, ambíguas ou obscuras. Resignifica-se o teor material da constituição para conferir-lhe mais efetividade³¹⁶.

Para trabalhar com exemplos, o autor recorre ao significado do signo “casa”, expresso no art. 5º, XI, da Constituição brasileira. Tal conceito foi ampliado para incluir quadras esportivas, adegas, escritórios de advogados e vários outros lugares que mereceriam proteção inviolável. Assim, teria havido uma mudança informal sem violar a letra do texto. Na mesma esteira, o mandado de segurança coletivo também recebeu interpretação extensiva para ampliar o conceito de “interesse” e garantir a defesa de direitos difusos (art. 5º, LXX, CF/88). Outro exemplo é o caso da interpretação administrativa como no caso do Presidente da França quando interpretou o art. 16 da Constituição francesa de 1958 de forma diferente³¹⁷.

³¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. XIX-XX.

³¹² BULOS, Uadi Lammêgo. *Ibidem*, p. 3 e 53.

³¹³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Ibidem*, p. 171.

³¹⁴ BULOS, Uadi. Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 434-444.

³¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 59.

³¹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Ibidem*, p. 171-172.

³¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Ibidem*, p. 119-134.

No caso do Supremo Tribunal Federal, a construção constitucional (*construction*) é entendida por Uadi Bulos como uma forma legítima de corrigir deficiências e imperfeições detectadas no texto constitucional. Assim, devem os juízes adaptar os textos à realidade, mas não apagar tais textos, atuando como um poder constituinte permanente – como também declarou o ex-ministro Edgard Costa³¹⁸.

As obras de Anna Cândida Ferraz e Uadi Bulos foram as únicas fontes bibliográficas brasileiras mais detalhadas sobre o tema durante algum tempo. Essa conclusão pode ser extraída em consulta às dissertações e teses mais antigas³¹⁹, além da consulta bibliográfica dos manuais e cursos de direito constitucional. Em 2020, realizamos uma pesquisa exploratória das bibliografias dos principais cursos de direito constitucional em busca das referências brasileiras sobre o tema da mutação constitucional: identificamos um amplo reconhecimento doutrinário sobre a existência das mutações, com pouquíssimas referências às monografias publicadas posteriormente – voltaremos a essa questão no próximo tópico.

José Afonso da Silva, em artigo publicado em 1999, defende uma noção estrita da mutação constitucional que não permita a aceitação de mudanças informais da constituição apenas por fatos da realidade. Sua posição é no sentido de inexistência de fundamento jurídico constitucional – aproximando-se também da concepção de Burdeau sobre poder constituinte difuso (que é limitado pela constituição). Em sede de conclusão, reforça a necessidade doutrinária de construção dogmática dos limites das mutações constitucionais para uma melhor defesa da força normativa das constituições³²⁰. Neste artigo, suas principais fontes bibliográficas são as obras de Pedro de Vega, Konrad Hesse e Anna Cândida Ferraz.

Ao longo dos anos, José Afonso da Silva permaneceu discutindo o tema. Mantendo suas posições originais, conceituou como processos informais de “acomodação das normas constitucionais à realidade social, não se incluindo aí as formas de rompimento ou de esvaziamento da constituição”. E, em seguida, acrescenta que deve ser encarado com muita reserva porque as mutações perdem sentido em ordenamentos com reformas contínuas como o que ocorre no Brasil³²¹.

Em 2001, Gustavo Just Costa e Silva publica artigo bastante pertinente sobre o tema das mutações constitucionais. Além dos alemães Friedrich Müller, Konrad Hesse, Peter

³¹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Ibidem*, p. 151-155.

³¹⁹ Cf. próximo tópico desta tese.

³²⁰ SILVA, José Afonso da. Mutaciones constitucionales. *Cuestiones constitucionales*, n. 1, 1999. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5561/7207>. Acesso em 15 de junho de 2020.

Häberle e Karl Loewenstein, o autor também utiliza a doutrina de Anna Cândida Ferraz, Pedro de Vega, Zagrebelski e Biscaretti di Ruffia sobre a mutação constitucional³²². No mesmo ano, Adriana Zandonade publicou artigo sobre o tema na ótica do “poder constituinte difuso”³²³, mas não conseguimos acesso a este último artigo.

A partir de 2005, novos livros dedicados ao tema da mutação constitucional surgiram. Alguns com maior difusão do que outros. Naquele ano, José Ribas Vieira e Fernanda Duarte lançaram “*Teoria da mudança constitucional*” (RJ: Renovar). Em seguida, Susana Sbroglia’galia publicou o livro *Mutações constitucionais e direitos fundamentais* (2007)³²⁴. No ano seguinte, esta autora também publicou artigo específico sobre a possibilidade de mutações a partir de atos administrativos³²⁵.

4.1.3 Período de consolidação e crítica corretiva: das primeiras decisões do STF ao estabelecimento de um amplo programa de pesquisa sobre as decisões judiciais

Com um número crescente de usos sobre mutação constitucional na prática jurídica, o tema tornou-se ainda mais presente nas publicações acadêmicas. Sem pretender um inventário completo de todas as publicações, podemos mencionar algumas publicações de destaque: Wellington Kubliskas³²⁶ (2009), Cibele Fernandes Dias³²⁷ (2012), Flávio Quinaud Pedron³²⁸ (2012), Adriano Sant’Ana Pedra³²⁹ (2013), Carlos Henrique Ramos³³⁰ (2013), Denise Soares Vargas³³¹ (2014), Carlos Vitor Nascimento dos Santos³³² (2015), Flávio Pansieri e Henrique Soares de Souza³³³ (2018) e Igor Ajouz³³⁴ (2019).

³²¹ SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: 2014, p. 293-294.

³²² COSTA E SILVA, Gustavo Just. Permanência e transformação no direito constitucional brasileiro: algumas bases do problema. *Revista de Informação Legislativa*, n. 150, 2001, p. 271-287.

³²³ Cf. ZANDONADE, Adriana. Mutações constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 35, 2001.

³²⁴ SBROGIO’GALIA, Susana. *Mutações constitucionais e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

³²⁵ SBROGIO’GALIA, Susana. Mutações constitucionais por ato administrativo e jurisdição constitucional. *Interesse Público*, n. 10, 2008.

³²⁶ “Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição”, fruto de sua pesquisa de mestrado com orientação do hoje ministro Alexandre de Moraes (USP).

³²⁷ Dias, Cibele Fernandes. *Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional*. BH: Arraes, 2012.

³²⁸ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. BH: Arraes, 2012.

³²⁹ PEDRA, Adriano Sant’ana. *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da constituição na democracia constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³³⁰ RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação constitucional: constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013.

³³¹ VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2014.

³³² SANTOS, Carlos Vitor Nascimento dos. *STF e mutação constitucional: a ampliação dos poderes da suprema corte por suas próprias decisões*. Curitiba: Juruá, 2015. Para leitura dos artigos e capítulos de livro, vale conferir SANTOS, Carlos Vitor Nascimento dos. *Mutação constitucional e realidade social brasileira: como aproximá-*

Embora tenham surgido novos livros específicos sobre o tema da mutação constitucional na última década, não identificamos a presença desta bibliografia em diversos cursos de direito constitucional. Essa aparente ausência de atualização doutrinária levantaria pelo menos duas hipóteses: i) a satisfação doutrinária com as monografias do século XX ou ii) o descuido doutrinário com o tema que é cada vez mais presente na prática jurisdicional.

Ademais, em 2016, Gilmar Mendes e Carlos Blanco de Moraes organizaram coletânea intitulada “Mutações constitucionais”, reunindo diversos capítulos como significativo auxílio para os novos pesquisadores sobre o tema no Brasil³³⁵.

Atualmente, Richard Pae Kim³³⁶ reforça o entendimento de que a análise da proporcionalidade da norma deve ser analisada constantemente: o processo legislativo também avalia critérios jurídicos e variáveis sociais da época no momento de elaboração da norma, mas “não há dúvida quanto à existência de uma mutação constitucional e mesmo das normas infraconstitucionais”. Ao aproximar mutação e o critério da proporcionalidade, Pae Kim aponta a necessidade de exame interpretativo permanente que poderá conduzir o intérprete para “conclusões absolutamente díspares em relação à aplicação originária”, o que não significa ultrapassar os limites da atividade judicante (“ativismo judicial³³⁷”). E, havendo dúvidas, deve-se recorrer ao “princípio do *in dubio pro legislatore*”.

É perceptível que o tema se tornou verdadeiro “programa de pesquisa” entre os juristas brasileiros. Nos últimos 15 anos, a quantidade de capítulos de livro e artigos também aumentou consideravelmente – e não poderemos mensurar essa realidade com exatidão diante da falta de um banco de dados unificado. Após uma breve discussão, passaremos a dialogar com esses doutrinadores diante de argumentos inovadores que possam repercutir nesta tese.

las? In: CIARLINI, Alvaro Luis. *Temas de jurisdição constitucional e cidadania: linguagem, racionalidade e legitimidade das decisões judiciais*, v. II. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014, p. 90-115; SANTOS, Carlos Vitor Nascimento dos. Reconstituindo o conceito de mutação constitucional. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 7, n. 1, 2015, p. 80-91.

³³³ PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares de. *Mutação constitucional: à luz da teoria constitucional contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

³³⁴ AJOUZ, Igor. *Mutação constitucional: parâmetros de diagnose*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

³³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de. *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016.

³³⁶ KIM, Richard Pae. A terceira margem da liberdade. In: TOFFOLI, José Antônio Dias (org.). *30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

³³⁷ Para Richard Pae Kim, “ativismo judicial” é o transbordamento dos limites da atividade judicante, não podendo ser confundido com o “papel legítimo do Poder Judiciário de interferir no sistema político para o fim de garantir direitos, ainda que se trate de direitos fundamentais”. Esta última é a atuação própria do Judiciário, com previsão constitucional, e não é necessário atribuir um novo nome para isso. Cf. KIM, Richard Pae, *Ibidem*.

O tema é bastante frequente nos principais cursos brasileiros de direito constitucional e controle de constitucionalidade. Vejamos, por fim, alguns argumentos registrados pelos autores – ainda que de forma breve.

Ana Paula de Barcellos registra a justificação da interpretação evolutiva e mutação constitucional “por conta das mudanças ocorridas ao longo do tempo nos fatos ou nas correções adotadas pela sociedade sobre a realidade ou em ambos”. Exemplifica seu argumento com a mudança no entendimento do STF sobre o mandado de injunção, recordando que bastaram as alterações da composição da Corte e o comportamento dos demais Poderes diante das omissões ao longo do tempo³³⁸.

Luís Roberto Barroso³³⁹, hoje ministro do STF, oferece um amplo estudo da matéria, sendo bastante citado por outros doutrinadores. Busca desenvolver o conceito, o fundamento, os limites, os “mecanismos de atuação” e o tema das mudanças na percepção do direito e na “realidade de fato”. Os estudos de Barroso estão em forte diálogo com a tradição jurisprudencial norte-americana, citando o rompimento jurisprudencial a partir do New Deal com os entendimentos constitucionais em vigor na “era Lochner” (que defendiam a inviolabilidade do direito fundamental do contrato) para aceitar a validade constitucional da legislação trabalhista e social com apoio de Roosevelt e do Parlamento. Também apresenta como mutação constitucional o famoso caso *Brown v. Board of Education* (1954, *Supreme Court*) que impôs a integração racial nas escolas públicas. Este julgamento rompeu com o entendimento firmado em *Plessy v. Ferguson* (1896) que “legitimou” a doutrina racial do “iguais, mas separados”. Segundo Barroso, o texto constitucional manteve-se o mesmo, mas “a constituição material mudou substancialmente”. Assim, as principais mudanças constitucionais não ocorreram por meio de emendas, mas pela conformação legislativa e por meio de decisões judiciais que permitiram o avanço de pautas progressistas.

Reafirmando a tese de Georges Burdeau sobre poder constituinte difuso, Barroso afirma que a titularidade remanesce no povo, porém os órgãos constituídos o exercem “em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais”. Nesse contexto, Barroso afirma que o elemento de legitimidade das mutações constitucionais é o necessário “lastro democrático”. Em outras palavras, “deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular”. Além do lastro democrático necessário, a

³³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 541.

mutação constitucional é limitada pelas “possibilidades semânticas do relato da norma” (os sentidos possíveis do texto) e pela “preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica constituição”. Caso desrespeitem esses critérios/limites, serão geradas mutações inconstitucionais – a serem rejeitadas pelos poderes constituídos e pela sociedade. E se não houver essa rejeição institucional e social? Teremos, então, uma “situação anômala” quando o fato prevalece diante do direito. Nesse caso, faltará normatividade da constituição ou estaremos diante de um quadro revolucionário: a inconstitucionalidade deve ser superada ou será convertida em novo direito vigente³⁴⁰.

Em seguida, Barroso alerta para uma diferenciação entre mutação, interpretação construtiva (situação que poderia ter sido prevista – lacuna inicial) e interpretação evolutiva (lacuna posterior – situação não prevista que merece igual tratamento). Para haver mutação constitucional por interpretação, é preciso romper com o entendimento anteriormente fixado seja em razão de nova percepção do direito ou pela mudança na realidade social. Para exemplificar, o doutrinador-juiz desenvolve análise sobre a mudança da interpretação sobre foro privilegiado (que subsistia após o agente público deixar o cargo, sendo consolidado na Súmula 394 do STF até seu cancelamento em 1999). Em 1999, o STF deu sentido diametralmente oposto ao texto constitucional e restringiu para a duração da função ou cargo. Em maio de 2018, o tribunal decidiu restringir ainda mais: agora o foro privilegiado é prerrogativa de função apenas para os crimes cometidos durante o exercício do cargo e apenas para atos relacionados às funções de seus ocupantes³⁴¹.

Apesar da ênfase na interpretação judicial, Barroso deixa claro que também as leis podem desfazer mutação praticada pelo STF. Ademais, outras formas de interpretação não judicial podem promover a mutação constitucional – como no caso de Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que tornou ilegítima a investidura de parentes de magistrados em cargos comissionados e funções gratificadas da estrutura do Poder Judiciário (Resolução n. 7, de 14 de novembro de 2005). Também o exame das alterações fáticas é essencial: por exemplo, no caso de ações afirmativas que podem ser justificadas constitucionalmente em um determinado contexto histórico e podem perder seu fundamento de validade no futuro³⁴².

³³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 138-141.

³⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 141-143.

³⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 143-147.

³⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 145-151.

Alexandre de Moraes³⁴³, também ministro do STF e autor de obra com mais de 30 edições, não desenvolve uma análise dogmática sobre o tema, mas pontua a mutação constitucional como evolução interpretativa que “não deve desconhecer a efetiva aplicação da norma e seus reflexos em relação aos princípios constitucionais estruturais”. No caso concreto, apresenta a mudança de entendimento sobre a possibilidade de estabelecimento de imunidade formal nas constituições estaduais para que os Governadores sejam processados e julgados por crimes comuns após autorização do órgão legislativo estadual ou distrital. Em análise do seu voto proferido na ADI 5540/MG e de outras decisões do STF sobre a questão, Moraes conclui que as antigas razões justificadoras da aplicação simétrica aos governadores da regra prevista ao Presidente da República “não mais estão presentes em face da degeneração do espírito dessas normas-obstáculos previstas nas constituições estaduais, corrompidas por sua utilização, desvirtuadas em sua personalidade” e em flagrante confronto com “diversos princípios da Constituição Federal”.

Uadi Bulos, já comentado anteriormente, é um dos críticos da aplicação da mutação constitucional pelo Poder Judiciário. Em sua opinião, o desejo consciente de membros do Poder Judiciário em “realizar” mutações constitucionais desconfigura o fenômeno em suas linhas capitais porque “qualquer mutação planejada, arquitetada, programada, não é mutação”. Considerando a mutação como fenômeno percebido de modo natural, espontâneo e lento, é preciso ter cuidado diante das “manipulações inconstitucionais”. Esse conceito de manipulação inconstitucional, a exemplo do que ocorreu na Reclamação 4335/Acre, é utilizado pelo autor no combate às interpretações inadequadas da constituição. O autor lembra ainda que nem todo desuso configura necessariamente mutação constitucional³⁴⁴.

Ingo Sarlet, por sua vez, apresenta as mutações como alterações na aplicação concreta do conteúdo constitucional a situações fáticas que se modificam no tempo, alterando o sentido da norma constitucional sem alteração do texto. Esclarece que a “informalidade” das mutações consiste na inalterabilidade do texto constitucional, mas não pode se confundir com um exercício informal dos poderes constituídos (afinal, os poderes constituídos possuem competência para interpretar e atualizar a norma). Embora não tenha pretensões de aprofundar o assunto no manual, registra que se trata de “processo mais ou menos longo, por exemplo,

³⁴³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 522.

³⁴⁴ BULOS, Uadi L. BULOS, Uadi. Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 230-234.

por força de uma prática interpretativa reiterada e sedimentada ao longo do tempo” em virtude de mudança da realidade fática³⁴⁵.

No mesmo livro, Luiz Guilherme Marinoni³⁴⁶ aponta a “mutação da realidade social” como um dos exemplos para a revogação de precedente da Corte Constitucional e explica que a “mutação da compreensão judicial da ordem jurídica” não pode ser obstaculizada pelas ideias de estabilidade e previsibilidade. Assim, os tribunais constitucionais não podem ficar presos a entendimentos passados – mas isso não significa que possa “abandonar suas posições diante de qualquer tese, nova doutrina ou interpretação discrepante”. O processualista esclarece que “mutação da compreensão geral acerca do direito” é resultado de nova concepção jurídica geral presente também no mundo acadêmico e nas universidades “que deve ser pacífica, clara, capaz de evidenciar que a manutenção do precedente configuraria a perpetuação de um equívoco”.

Esse trecho de Marinoni nos permite também indagar sobre uma possível exigência futura de consulta à comunidade jurídica, especialmente órgãos representativos e núcleos universitários, sobre a construção de um novo entendimento em um caso específico.

Paulo Gonet Branco expõe as mutações a partir da distinção entre texto e norma, concluindo que a nova interpretação deve “encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não se deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional”. Assim, com a “evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade”, a constituição muda sem que suas palavras tenham sido alteradas. A mudança interpretativa ocorre em todo o sistema jurídico e, quando ocorre no âmbito constitucional, é chamada de mutação constitucional³⁴⁷.

Na mesma obra, Gilmar Mendes aborda sobre a tarefa imposta ao Tribunal de ponderar as consequências e o devido ajuste do resultado em face de “substancial mudança de jurisprudência, decorrente de nova interpretação constitucional” por meio de técnica decisória que “possa melhor traduzir a mutação constitucional operada”. Acolhendo a argumentação de Peter Häberle, é apresentada a ideia de que “interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública”. Por consequência, toda norma possui

³⁴⁵ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 124-125; 167.

³⁴⁶ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ibidem*, p. 1086; 1211.

³⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.133.

duração temporal limitada e é transformada necessariamente em outra norma diante do surgimento de novas experiências. Para Häberle, uma compreensão da interpretação constitucional aberta não necessita do conceito de mutação constitucional enquanto categoria autônoma e o “Tribunal não poderá fingir que sempre pensara dessa forma”. No âmbito constitucional, mudanças de concepção jurídica “podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas”. Interessante notar que o constitucionalista brasileiro aponta uma dificuldade injustificada da doutrina tradicional em reconhecer a consolidação de processos de inconstitucionalização (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*) como se a ilegitimidade sempre tivesse existido e apenas não havia sido identificada³⁴⁸.

Forte crítico da prática do STF em torno das mutações constitucionais, Lenio Streck alerta para o uso de uma “jurisprudência corretiva” que, diante de um suposto hiato entre texto constitucional e realidade social, pretende rejuvenescer a norma ou retirar-lhe imperfeições. Assim, as “mutações constitucionais são reformas informais e mudanças constitucionais empreendidas por uma suposta interpretação evolutiva”. Ao enfatizar que o fenômeno destacado pela doutrina alemã não possui similaridade aparente no Brasil, destaca que o conceito de mutação constitucional é reflexo da incapacidade de uma antiga versão de positivismo jurídico. Para Streck, a tese da mutação “advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes”. Sua conclusão, especialmente levando em conta a Reclamação 4335/Acre, é que “parece óbvio” que conferir a mesma eficácia do controle concentrado para o controle difuso destruiria a diferença entre os dois tipos de controle de constitucionalidade e ignoraria o direito positivo³⁴⁹.

Interessante ressaltar que Streck afasta a teoria de Hsü Dau-Lin no contexto contemporâneo: “não leva em conta aquilo que é central para o pós-segunda guerra” e os fundamentos do Estado Democrático de Direito na atualidade: “o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade”. De fato, o jurista chinês não escreveu diante dos problemas brasileiros nem do mundo pós-segunda guerra, mas isso não necessariamente afasta a força de seus argumentos. Streck insiste que, em uma democracia, o poder jurisdicional não tem o papel de “inventar” o direito, mas não discute argumentos do autor³⁵⁰.

³⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibidem*, p. 891-892.

³⁴⁹ STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 181-183.

³⁵⁰ STRECK, Lenio. *Ibidem*, p. 181-183.

Retornaremos para o problema das leituras anacrônicas dos autores alemães no próximo tópico, especialmente sobre o risco de conclusões apressadas fora de contexto.

Outra abordagem brasileira pertinente é realizada por Guilherme Peña de Moraes. Em seu manual, destaca a alteração do contexto – e não do texto constitucional, porém com a comprovação de que a norma da constituição, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente “em razão da nova percepção de direito ou transformação da realidade de fato”. Mantém doutrina semelhante à argumentação de Barroso também quanto aos meios, aos limites da mutação constitucional e sobre a necessária ruptura com entendimento preexistente no caso da interpretação constitucional³⁵¹.

Em outro texto, Guilherme Peña de Moraes desenvolve uma análise empírica sobre as mutações constitucionais situando o primeiro caso em 2005. Seus dados sugerem que a jurisprudência do STF já possuía mais de 70 casos baseados na mutação constitucional até o a publicação do trabalho: “dois, em 2005; um, em 2006; um, em 2007; seis, em 2008; sete, em 2009; dois, em 2010, dois, em 2011; quatro, em 2013; três, em 2015, quatro, em 2016; dezenove, em 2017, e vinte e quatro, em 2018”. Em outras palavras, a maioria dos casos estaria justamente nos últimos dois anos, o que demonstra a importância de uma análise crítica sobre o tema. Segundo o mesmo estudo, 86,67% dos pronunciamentos dizem respeito à organização do Estado e dos Poderes da República e o restante versa sobre direitos fundamentais. Na opinião do autor, a jurisprudência do STF sobre as mutações constitucionais se caracteriza por um modelo argumentativo “mais ou menos” aleatório, consolidação do papel contramajoritário da Corte, uso intensificado da mutação constitucional como razão decisória, preocupação em garantir igualdade de reconhecimento às minorias e um esforço interpretativo em torno dos limites semânticos do texto constitucional³⁵².

Pedro Lenza³⁵³ destaca a mutação como transformação da interpretação de um texto constitucional, exteriorizando o caráter dinâmico e prospectivo das normas sem previsão formal estabelecida no texto. Também diferencia a mutação constitucional da mudança no substrato fático da norma, apresentando as duas como exceções para a possibilidade de inconstitucionalidade superveniente. Em seu texto, apresenta a mutação constitucional pela via legislativa por meio da reversão legislativa da jurisprudência do STF e também lembra o

³⁵¹ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 64.

³⁵² MORAES, Guilherme Peña de. Constitucionalismo brasileiro: passado, presente e futuro da Constituição cidadã. In: MORAES, Guilherme Peña de; et al. *30 anos da Constituição Federal e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1-22.

cancelamento da Súmula 394 como exemplo de mutação. Para não ser inconstitucional, a nova interpretação não poderia afrontar os princípios estruturantes da Constituição.

Pensamos que seja válido registrar o alerta de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento: levando em consideração o contexto brasileiro em que “as alterações formais não são tão difíceis”, não se deve levar ao extremo a possibilidade de mutação, concebendo-a como o resultado do exercício de poder constituinte difuso³⁵⁴.

Walber Agra³⁵⁵ pontua as mutações como modificações informais operadas “gradualmente no tempo” sem necessidade de atuação do Poder Reformador, porém “mediante procedimentos jurídicos”. Argumenta que sua ocorrência é difusa, sem existir órgão próprio com a função de criar as mutações; porém sua origem pode ser constatada “pela interpretação dos tribunais, dos usos e costumes, da construção judicial, da influência dos grupos de pressão, dentre outros fatores”. As mutações apenas são sentidas quando já estão com plena eficácia, mas “não acarretam rupturas ou tensões no ordenamento jurídico, contribuindo assim para sua maior eficácia”.

Em pertinente comentário sobre o fenômeno, Marcelo Casseb Continentino³⁵⁶ compreende a necessidade de melhor aprofundamento sobre a possibilidade das mutações constitucionais como uma terceira modalidade de poder constituinte, mas reconhece que essa argumentação colabora para uma jurisdição constitucional democrática a partir de um amplo processo de reflexão social. Em sua argumentação, a finalidade é compatibilizar a jurisdição constitucional com “a verdadeira função da constituição, que é ser um projeto aberto ao futuro que permite a cada nova geração, a partir de suas cláusulas mais essenciais, autodeterminarem-se política e juridicamente”. Essa leitura sobre as mutações, influenciada pela concepção de Barroso em torno do “lastro democrático”, busca uma reaproximação da teoria constitucional com a soberania popular.

Fazendo referência a diversos trabalhos recentes, Flávio Martins desenvolve três maneiras de ocorrência da mutação: mudanças interpretativas, praxe constitucional e construção constitucional. No entanto, chega a colocar a mutação como sinônimo de poder

³⁵³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 162-165; 261-263; 1497.

³⁵⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 342. No mesmo sentido, LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 223.

³⁵⁵ AGRA, Walber. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, capítulo II.

³⁵⁶ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Mutação constitucional. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (org.). *Comentários à constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. XLIII-LV.

constituente difuso e apresenta como corolário da possibilidade de interpretação por qualquer intérprete na sociedade aberta (citando expressamente Peter Häberle, porém sem considerar que este autor alemão se posicionou pela prescindibilidade do conceito de mutação)³⁵⁷.

Também aderindo à tese do poder constituinte difuso que se exterioriza por meio das mutações, Rodrigo Padilha³⁵⁸ alerta que “na verdade, aparentemente nada acontece, o que muda é a interpretação (significado) de determinado dispositivo”. Ao observar a prática brasileira, aponta que é “óbvio” que o Poder Judiciário é o principal órgão que pratica as mutações, especialmente o STF, a partir de novas circunstâncias fáticas, nova hermenêutica ou quando há mudança de composição do tribunal. Seguindo Walber Agra, o autor argumenta que os limites das mutações constitucionais estão na observância das cláusulas pétreas.

Mais recentemente, Virgílio Afonso da Silva apresenta uma crítica em relação ao frequente uso das mutações constitucionais na argumentação jurídica enquanto “conceito obscuro” e à ausência de contextualização de argumentos de autoridade (como a frequente menção das obras de Georg Jellinek). Adiciona que a questão central é a contraposição entre as alterações textuais e não textuais das Constituições. Não se trata apenas de mudanças jurisprudenciais³⁵⁹. Apesar da crítica, o manual também não se propõe a desenvolver critérios metodológicos sobre a matéria.

Notamos que a dogmática jurídica não conseguiu construir balizas específicas para o exame das decisões judiciais, ainda que seja muito frequente a discussão sobre a mutação constitucional como elemento decisório. Os argumentos sobre os limites da mutação são variados: princípios estruturantes, princípios fundamentais, cláusulas pétreas, texto normativo (a mutação deve ocorrer no “interior da norma”) e lastro democrático.

Na doutrina brasileira, muitos outros autores aderem à tese da mutação enquanto poder constituinte difuso, porém sem maiores debates e aprofundamentos³⁶⁰. Embora tenhamos o propósito de apresentar o “estado da arte” nesta pesquisa, reconhecemos que é impossível aprofundar o exame de modo absolutamente completo. Ainda assim, acreditamos que a visão panorâmica apresentada até aqui será importante para oferecer uma crítica adequada sobre o

³⁵⁷ MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 346-354.

³⁵⁸ PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 81-83.

³⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora da USP, 2021, p. 58-60.

³⁶⁰ PUCCINELI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 76; VASCONCELOS, Clever, *Curso de direito constitucional*. 6. ed., 2019, p. 98; MESSA, Ana Flávia. Poder constituinte e poder reformador. In: TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (org.). *Direito Constitucional*. SP: Atlas, 2015, p. 75-83.

tratamento da matéria. Antes, é necessário discutir a mutação constitucional enquanto tema de pesquisa nos Programas de Pós-graduação em Direito.

4.2 ANÁLISE DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA ACADEMIA BRASILEIRA

Em consulta ao Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES³⁶¹, foram identificadas 95 dissertações ou teses com o termo “mutação constitucional” e outras 25 pesquisas com a expressão “mutações constitucionais” entre 1995 e 2018. Após a exclusão das repetições entre as duas buscas, resultaram 103 pesquisas científicas distintas. Esse dado revela que o tema das mutações constitucionais é recorrente nas pesquisas brasileiras de Pós-graduação em Direito.

No conjunto de teses de doutorado, foram encontradas referências a 16 pesquisas defendidas e aprovadas. Dentre estas, seis teses desenvolvidas na região sudeste do Brasil (PUC-SP, UFMG, UVA-RJ e UGF-RJ) mencionam a mutação em seu título e pretendem sistematizar sua tipologia ou realizar uma crítica a partir de um determinado marco teórico.

As teses mais antigas que trataram diretamente da mutação constitucional são de Lucas Gonçalves da Silva³⁶² e Adriano Sant’Ana Pedra³⁶³, ambos com defesa em 2009 na PUC-SP, com objetivos semelhantes em torno dos tipos e limites das mutações constitucionais. É nítida a preocupação com a sistematização do tema, considerado pelos pesquisadores como questão pouco estudada no direito brasileiro.

Por outro lado, é relevante perceber a preocupação de Cibele Fernandes Dias Knoerr³⁶⁴ em face das “decisões intermédias” da jurisdição constitucional como mecanismo de mutação atual. Já Carlos Henrique Ramos³⁶⁵ desenvolve o tema no campo da ampliação dos poderes do STF e seu risco para a democracia.

A partir de uma crítica teórica, a tese de Flávio Barbosa Quinaud Pedron³⁶⁶ aborda a questão a partir do cenário de “crise do positivismo jurídico” para realizar uma crítica das mutações constitucionais com base em Ronald Dworkin (“o direito como integridade”). Igor

³⁶¹ Disponível em <<www.catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses>>. Acesso em 02 set. 2019.

³⁶² SILVA, Lucas Gonçalves da. *Mutação constitucional pela justiça constitucional: tipologia e limites*, PUC-SP: tese de doutorado em direito, São Paulo, 2009, 143f.

³⁶³ PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Teoria da mutação constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*. PUC-SP: tese de doutorado em direito, 2009, 331f.

³⁶⁴ KNOERR, Cibele Fernandes Dias. *Decisões intermediárias da Justiça Constitucional como mutação da Constituição*. PUC-SP: tese de doutorado em direito, São Paulo, 2011, 359f.

³⁶⁵ RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação constitucional, democracia e a ampliação dos poderes do Supremo Tribunal Federal*. UGF: tese de doutorado em direito, Rio de Janeiro, 2012, 355f.

³⁶⁶ PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do Direito como integridade*. UFMG: tese de doutorado em direito, Belo Horizonte, 2011, 229f.

Ajouz³⁶⁷, por sua vez, apresenta uma crítica à prática brasileira a partir de um “constitucionalismo democrático”, cuja delimitação nos parece ainda confusa³⁶⁸.

No outro conjunto, das teses que apenas tratam tangencialmente das mutações, encontramos dez trabalhos diversos que merecem registro: a) a evolução ou transformação do conceito constitucional de mercadoria (Simone Rodrigues Costa Barreto³⁶⁹); b) as transformações do direito constitucional financeiro (Francisco Secaf Alves Silveira³⁷⁰); c) a edição de medidas provisórias (Fabrício Bittencourt da Cruz³⁷¹); d) a judicialização das decisões do TCU (Remilson Soares Candeia³⁷²); e) a discussão crítica sobre as súmulas vinculantes (Ana Beatriz Ferreira Rebello³⁷³); f) a estabilidade constitucional (José Duarte Neto³⁷⁴); g) a discussão sobre a “abstrativização” do controle de constitucionalidade (suposta mutação do art. 52, X) (Eduardo de Oliveira Gouvea³⁷⁵); h) o desenvolvimento das audiências públicas (Marcos César Botelho³⁷⁶); i) a função social da cidade (João Jampaolo Júnior³⁷⁷) e j) as regras jurídicas dos servidores públicos civis (Pedro Henrique Poli de Figueiredo³⁷⁸).

Ao analisar as teses de doutorado sobre mutação constitucional, ainda que de forma sucinta, percebemos algumas tendências e preocupações compartilhadas pelos diferentes

³⁶⁷ AJOUZ, Igor. *Constitucionalismo democrático e hermenêutica constitucional: parâmetros para a sedimentação das mutações constitucionais*. UVA: tese de doutorado em direito, Rio de Janeiro, 2018, 333f.

³⁶⁸ O pesquisador reuniu argumentos diversos de Habermas, Dworkin, Rawls, Lenio Streck, Luís Roberto Barroso, Vanice Valle, Daniel Sarmento, Peter Häberle, dentre muitos outros, para defender um caráter aberto e socialmente permeável do direito a partir de uma razão pública dialógica e progressista. Aparentemente, seu ponto de partida é baseado nos textos de Robert Post, Reva Siegel e Lars Rudebeck. Cf. Introdução e Capítulo 1: “Constitucionalismo Democrático: delineamento teórico”.

³⁶⁹ BARRETO, Simone Rodrigues Costa. *Mutação do conceito constitucional de mercadoria*. PUC-SP: tese de doutorado em direito, São Paulo, 2014, 233f.

³⁷⁰ SILVEIRA, Francisco Secaf Alves. *O estado econômico de emergência e as transformações do direito financeiro brasileiro*. USP: tese de doutorado em direito, São Paulo, 2018, 295f.

³⁷¹ CRUZ, Fabrício Bittencourt da. *A efetividade da Constituição Federal de 1988 quanto à delimitação do poder de edição de medidas provisórias*. USP: tese de doutorado em direito, São Paulo, 2016, 197f.

³⁷² CANDEIA, Remilson Soares. *A Judicialização das Decisões Proferidas pelo Tribunal de Contas da União: Uma Visão Sistêmica*, UVA: tese de doutorado em direito, Rio de Janeiro, 2015, 199f.

³⁷³ REBELLO, Ana Beatriz Ferreira. *A vinculação nas decisões de controle de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes: uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal*. UFPE: tese de doutorado em direito, Recife, 2013.

³⁷⁴ DUARTE NETO, José. *Rigidez e estabilidade constitucional: estudo da organização constitucional brasileira*, USP: tese de doutorado em direito, São Paulo, 2009, 284f.

³⁷⁵ GOUVEA, Eduardo de Oliveira. *Jurisdição Constitucional Brasileira: autonomia, hibridação e abstrativização dos sistemas de controle de constitucionalidade*. UVA: tese de doutorado em direito, Rio de Janeiro, 319f.

³⁷⁶ BOTELHO, Marcos César. *Audiências públicas e a abertura democrática do Supremo Tribunal Federal: legitimidade discursiva e consequente concretização de direitos fundamentais*. Instituição Toledo de Ensino: tese de doutorado em direito, Bauru, 2011, 436f.

³⁷⁷ JAMPAULO JÚNIOR, João. *Qualidade de vida, direito fundamental uma questão urbana: a função social da cidade*. PUC-SP: tese de doutorado em direito, São Paulo, 2007, 194f.

³⁷⁸ FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *Eficácia das mutações constitucionais no tratamento dos servidores públicos civis: inexistência de norma única sobre a preponderância da Constituição Federal ou da Constituição estadual no sistema federativo brasileiro*. UFRGS: tese de doutorado em direito, Porto Alegre, 2006, 153f.

pesquisadores entre 2006 e 2018. Embora exista uma preocupação sobre a formação alemã da teoria da mutação constitucional e o estabelecimento de possíveis limites na prática brasileira, também é notável a existência de fortes divergências.

Para exemplificar, notamos que Igor Ajouz³⁷⁹ não admite a aproximação conceitual das mutações com o poder constituinte, sendo “insustentável a tipificação da mutação constitucional como uma manifestação do poder constituinte difuso”. No entanto, citando Barroso, Cibele Knoerr defende o oposto: as mutações se fundamentam no exercício do poder constituinte difuso (Burdeau) para completar e continuar a obra constitucional, inclusive por meio das decisões do Supremo Tribunal Federal. Tanto que as decisões intermédias da Jurisdição Constitucional seriam instrumento e produto de mutações constitucionais³⁸⁰. Por sua vez, Adriano Pedra menciona a defesa da tese do poder constituinte difuso nas obras de Anna Cândida Ferraz, mas ressalta que a tese não se aplica ao entendimento “atual” de que as mutações seriam alterações no interior da estrutura normativa. Adriano Pedra inspira-se nas lições concretistas de Konrad Hesse e Friedrich Müller³⁸¹.

Na tentativa por uma reformulação teórica do conceito, Igor Ajouz³⁸² defende que a “evolução” seja baseada em “novos consensos normativos” e não apenas em um novo posicionamento judicial ou qualquer imposição unilateral. Teria, portanto, uma formação multifatorial baseada nos processos deliberativos e racionais da sociedade. Quando não possível uma “consulta direta à interpretação popular”, devem ser adotados ritos e processos decisórios “permeáveis e dialógicos”. O pesquisador propõe ainda os seguintes limites: i) existência de “mobilizações argumentativas robustas” que não decorrem de um episódio efêmero nem de imposição unilateral; ii) o novo consenso normativo não poderia ser prejudicial à proteção dos direitos fundamentais (especialmente proteção de minorias divergentes); iii) deve ser uma mudança “politicamente aceitável enquanto opção hermenêutica fronteira à cultura constitucional desenvolvida pela sociedade”.

No fundo, a discussão das teses brasileiras enfatiza o problema da legitimidade das mutações constitucionais. Essa questão, no entanto, relaciona-se com uma concepção

³⁷⁹ AJOUZ, Igor. *Constitucionalismo democrático e hermenêutica constitucional: parâmetros para a sedimentação das mutações constitucionais*. UVA: tese de doutorado em direito, Rio de Janeiro, 2018, p. 253.

³⁸⁰ KNOERR, Cibele Fernandes Dias. *Decisões intermediárias da Justiça Constitucional como mutação da Constituição*. PUC-SP: tese de doutorado em direito, São Paulo, 2011, p. 110; 218; 332.

³⁸¹ PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Teoria da mutação constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*. PUC-SP: tese de doutorado em direito, 2009, p. 140.

³⁸² AJOUZ, Igor. *Constitucionalismo democrático e hermenêutica constitucional: parâmetros para a sedimentação das mutações constitucionais*. UVA: tese de doutorado em direito, Rio de Janeiro, 2018, p. 252-4.

implícita ou explícita sobre direito, constituição e sociedade democrática. Uma visão discursiva voltada às deliberações da esfera pública poderia explorar uma potencialidade; mas também carrega consigo limitações e problemas reais.

A tese dos consensos normativos “progressistas”, voltados à ampliação e ao fortalecimento de direitos fundamentais, não é exatamente algo novo. Uma década antes, Adriano Pedra³⁸³ sustentou a vedação de retrocesso para direitos e garantias fundamentais como limite normativo material das mutações constitucionais legítimas: “a mutação constitucional concernente a direitos e garantias fundamentais não admite retrocessos na interpretação evolutiva da Constituição”, com a função de preservar “avanços conquistados”. A tese é desdobramento da ideia de que as cláusulas pétreas serviriam como limites tanto das reformas constitucionais como também das “mudanças informais”. Ademais, muito discutível é a conclusão de que a proibição de mudanças “tendentes a abolir” algum direito fundamental abarcaria toda e qualquer limitação ao direito fundamental.

No caso das dissertações de mestrado (um conjunto formado por 87 trabalhos), há uma maior dificuldade para o exame individual de cada pesquisa. No entanto, algumas tendências podem ser identificadas: a) análise da Reclamação Constitucional 4.335-5/Acre, em especial da argumentação sobre a ocorrência de mutação do art. 52, X, da Constituição Federal; b) pesquisas que buscam compreender a origem e o significado da teoria da mutação constitucional, relacionando com a questão da ampliação de poderes do STF e c) análise das mutações constitucionais a partir de outros olhares teóricos, em uma tentativa de racionalizar limites às mutações ou apenas estabelecer diálogos entre teorias distintas.

Essa primeira tendência de pesquisa é identificada em, pelo menos, 21 dissertações, o que representa quase 25% do total. Alguns trabalhos deram maior ênfase ao problema da eficácia das decisões jurisdicionais, outros buscaram analisar a nova dinâmica do controle difuso de constitucionalidade e há também aqueles que se preocuparam em fornecer uma crítica com base em seu marco teórico específico³⁸⁴.

³⁸³ PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Teoria da mutação constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*. PUC-SP: tese de doutorado em direito, 2009, p. 222-251; 310.

³⁸⁴ Cf. Clara da Mota Santos (“Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua objetivação”, 2013, 166f., UnB); Sealtiel Duarte de Oliveira (“A objetivação do controle concreto de constitucionalidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal”, 2013, 165f., UFRN); Guilherme Moraes Cardoso (“Mutações Constitucionais: análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 4335-5/AC”, 2014, 151f., Fundação De Ensino Eurípides Soares Da Rocha); Anna Paula Masiero Rigo Nass (“A mutação constitucional proposta na Reclamação n. 4335/AC: a atribuição de efeito vinculante ao controle difuso de constitucionalidade na concretização dos direitos e garantias fundamentais”, 2014, 119f., FDV); Gregório Magno de Moura Siqueira

Embora o julgamento da Rcl 4.335-5/AC tenha sido concluído apenas em 2014, os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, em defesa da ocorrência de mutação constitucional, já haviam sido proferidos antes do pedido de vista de 2007, portanto os votos foram anteriores a todas as dissertações e teses que analisaram o argumento da específica mutação do art. 52, X, da Constituição Federal.

Nos anos 1990, segundo os registros do catálogo da CAPES, apenas a dissertação de Uadi Lamego Bulos trazia o termo mutação constitucional em seu título (PUC-SP, 1995), cujo conteúdo foi examinado nos tópicos anteriores desta tese. Porém, entre os anos 2000 e 2007 (ano em que houve pedido de vista na Reclamação Constitucional), aparecem 15 dissertações.

Dentre as discussões sobre mudança constitucional até 2007, aparecem temas específicos como sigilo bancário e a interpretação de cláusulas pétreas. Com maior esforço em discutir teoricamente o problema das mutações constitucionais ou sobre as transformações sociais e seus efeitos na jurisdição constitucional, vale mencionar as pesquisas de Marcelo Borges de Mattos Medina (UERJ, 2004), Renato Junqueira Pereira Viotti (PUC-MG, 2004), Adriano Sant’Ana Pedra (FDV, 2004), Cristiano Brandão Vecchi (PUC-RJ, 2005), Adalberto

(“Mutação do art. 52, inciso X, da Constituição da República e a Teoria Pragmática do Direito de Richard Posner”, 2014, 155f., IDP); Tacílio Alves da Silva (“Supremo Tribunal Federal cidadão: uma análise da distribuição de cidadania constitucional pelo Supremo Tribunal Federal à luz da Reclamação Constitucional 4.335”, 2015, 102f., FDSM - Faculdade de Direito do Sul de Minas - Pouso Alegre); Armênio Clóvis Jouvin Neto (“Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade uma análise quanto a sua (in)aplicabilidade”, 2018, 140f., PUC-SP); Gustavo Pompílio (“O efeito das decisões proferidas pelo Plenário do STF em controle difuso de constitucionalidade”, 2016, 106f., UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná - Jacarezinho); Amir Barroso Khodr (“O novo cenário do controle difuso de constitucionalidade das normas do direito brasileiro: prevalência dos precedentes, controle de sentenças e atos normativos e a obsolescência da atuação do Senado Federal”, 2017, 114f., IDP); Lálida de Figueiredo Monteiro (“A participação histórica do Senado Federal no controle concreto de constitucionalidade: o caso do Funrural e a tese da mutação constitucional do artigo 52, X, da CR/88”, 2018, 159f., IDP); Stéfano Cunha Araújo (“A tese de mutação constitucional da resolução suspensiva do senado federal e o processo de sufocamento do controle de constitucionalidade difuso no Brasil, após a emenda constitucional n. 45/2004”, 2011, 125 f., UnB); José Adrice Paz de Amorim Júnior (“A objetivação do controle de constitucionalidade difuso e a dinâmica constitucional: a permanência da atuação do senado federal com controle de constitucionalidade”, 2013, 146f., Unicap - Recife); Murilo Stratz (“A Reclamação Constitucional como garantia da autoridade das decisões proferidas pelo STF: análise da Reclamação nº 4335-5/Acre sob a perspectiva da segurança jurídica”, 2013, UFRJ); Emanuel de Melo Ferreira (“A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e os excessos do STF”, 2010, 227f., UFC); Ana Katarina Fonteles Soares (“Da conexão entre os limites às mutações constitucionais interpretativas e os limites à jurisdição constitucional, à luz da problemática advinda da Reclamação nº 4335/AC no Supremo Tribunal Federal”, 2011, 221f., Unifor); Antonio Cláudio Kozikoski Júnior (“O efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal: consequências jurídicas e sociais”, 2008, 182f., PUC-PR); Rafael Macedo Coelho Luz Rocha (“O modelo de Controle de Constitucionalidade no Brasil e a abstrativização dos efeitos das decisões tomadas em sede de controle difuso pelo STF”, 2015, 129f., UFBA); Fernanda Mendonça dos Santos Figueiredo (“O papel do Senado Federal no controle concreto-difuso de constitucionalidade”, 2009, 164f., IDP); Alcione Maria dos Santos Costa Gonçalves (“O controle difuso da constitucionalidade e a Justiça do Trabalho”, 2008, 124f., Centro Universitário Toledo - Araçatuba); Adriana Souto Borges (“Cortes Constitucionais e Democracia? A interpretação das regras de competência e a expansão do controle de constitucionalidade no Brasil”, 2016, 169f., UFMG) e Tainá Aguiar Junquilho (“A teoria dos

Robert Alves (PUC-SP, 2006), Antônio Carlos Torres de Siqueira de Maia e Pádua (UnB, 2006), Susana Sbroglio Galia (PUC-RS, 2006), Carlos Roberto Ibanez Castro (PUC-SP, 2007) e Carla Rodrigues Ferreira (FDV, 2007).

Assim, é perceptível que o tema da mutação constitucional vinha sendo objeto de análise de pesquisas acadêmicas no Brasil, mas ganhou maior atenção após a discussão trazida na Rcl 4.335-5/AC. Com o passar do tempo, outros temas foram sendo objeto da discussão como é o caso da pesquisa de Gustavo Silva Xavier (FDSM, 2018) que tentou realizar uma análise da execução antecipada da pena (que também tem sido alvo de argumentos mutacionistas) a partir da “Crítica Hermenêutica do Direito”.

Esses dados obtidos a partir do catálogo de teses e dissertações da CAPES favorecem a conclusão de que existe um profundo interesse acadêmico no Brasil pelo argumento da mutação constitucional. É comum haver um breve resgate histórico de teorias alemãs e uma preocupação prospectiva sobre como o argumento deveria ser utilizado para manter sua suposta legitimidade. Por meio da observação dos argumentos produzidos nos Programas de Pós-graduação em Direito, é nítida a existência de potenciais usos muito diferentes do argumento, o que revela a ausência de sistematização da tradição dogmática brasileira.

Neste momento, acreditamos que foi possível apresentar um breve panorama de como a mutação constitucional foi trabalhada pela ciência jurídica pátria. Considerando que foi possível esclarecer alguns aspectos da origem do argumento (nas teorias alemãs) e as adaptações praticadas no Brasil, podemos, enfim, passar para um breve exame crítico de algumas das deficiências e incapacidades das teorias a partir do Racionalismo Crítico.

4.3 CRÍTICA DAS CONSTRUÇÕES TEÓRICAS SOBRE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao final deste capítulo, fica nítida a existência de múltiplos olhares teóricos para a questão da mutação constitucional. Tal termo abriga um conjunto de situações distintas que, em comum, versam sobre alguma modificação do sentido das normas constitucionais.

Tanto na Alemanha quanto no Brasil, não existe unanimidade em relação a todos os elementos de uma “teoria” das mutações. É que cada argumentação observada está influenciada por alguma compreensão sobre o significado das normas jurídicas e sobre as

precedentes judiciais e a responsabilidade da Suprema Corte no controle de constitucionalidade difuso”, 2016, UFES).

funções constitucionais. No fundo, a escolha (nem sempre consciente ou explícita) do conceito de direito também influencia a ideia sobre os limites das mutações.

Não é nossa pretensão apresentar uma “história do conceito da mutação constitucional”, mas acreditamos que essa etapa da nossa pesquisa colabora para um olhar contextualizado e mais atento ao problema. Ao analisar as principais obras sobre o tema na tradição germânica e na literatura brasileira (doutrina especializada e pesquisas científicas), torna-se possível compreender os diferentes sentidos de transformação da norma constitucional que se abrigam no “coletivo singular” da mutação constitucional.

Na Alemanha, conseguimos discutir diferentes concepções³⁸⁵:

- a) O método positivista de Paul Laband, que separa rigidamente os fenômenos extrajurídicos produzidos pela necessidade política e justificados pelos princípios fundamentais da monarquia alemã;
- b) O método positivista formalista de Georg Jellinek que aplica a teoria dos dois lados (um jurídico e um sociológico) para enfrentar a zona fronteira entre direito e outras ciências, compreendendo as mutações como fenômeno não intencional que se torna normativo em razão da “força normativa dos fatos”;
- c) O desenvolvimento de uma teoria baseada na singularidade axiológica e natureza especial da constituição de Hsü Dau-Lin. A partir de Rudolf Smend, foi possível traçar as mutações constitucionais como fenômenos naturais da dinâmica da vida estatal. As mutações são permitidas e desejadas pela elasticidade das normas constitucionais que orientam o processo de integração das forças sociais.
- d) A compreensão da mutação constitucional como elemento de conexão harmônica, mútua e necessária entre normatividade e normalidade, inspirada na teoria de Hermann Heller;
- e) A concepção kelseniana do problema de efetividade do direito em geral, com repercussões para a mutação constitucional.
- f) O método da concretização das normas constitucionais que considera a mutação como atualização efetuada no interior da estrutura normativa. Especialmente influenciado por Friedrich Müller, Konrad Hesse apresenta novas variáveis para o estudo de uma concepção estrita de mutação constitucional.

³⁸⁵ Conferir a seção 3.1 desta nossa tese.

g) O estratégico descarte metodológico da mutação enquanto conceito autônomo necessário para a compreensão da dinâmica constitucional e da temporalidade das normas constitucionais, principalmente nas teorias de Peter Häberle e Klaus Stern.

h) O método dogmático de Böckenförde. Nesse caso, a conceituação dogmática da mutação constitucional deve ser realizada de modo a preservar a autoridade legislativa, respeitando a separação de poderes. Cabe à dogmática jurídica sistematizar as hipóteses de mutação constitucional para orientar a prática decisória dos tribunais.

Apesar de todo esse esforço em catalogar correntes distintas, a verdade é que, dependendo da formulação das teorias do direito e da constituição, outras formas de enxergar o problema podem surgir. Afinal, a mudança da constituição em sentido material pode ser visualizada de formas muito distintas.

A princípio, não seria impossível mesclar elementos de teorias diferentes, mas isso requer cautela e transparência. Antes, seria necessário avaliar a funcionalidade prática e o embasamento teórico frente às demais teorias para buscar uma teoria mais apropriada para os problemas jurídicos no contexto brasileiro.

No Brasil, porém, as tendências teóricas se misturam de modo aleatório com outras visões jurídicas e entre si. Em alguns casos, pode ser difícil identificar a postura metodológica adotada por alguns doutrinadores. Essa crítica é relativamente comum em relação a juízes e órgãos colegiados como os tribunais superiores, mas o problema é maior. Isso não ocorre apenas no tema das mutações constitucionais, tendo tal “sincretismo metodológico” sido objeto de instigante crítica formulada por Virgílio Afonso da Silva no tocante aos princípios e métodos da interpretação constitucional brasileira³⁸⁶.

Por outro lado, não podemos cair na ideia de que esses problemas metodológicos são típicos do Brasil. Mesmo na Alemanha, as tendências (expressas ou implícitas) de arbitrariedade decisória e sincretismos metodológicos também estão presentes na literatura³⁸⁷.

Entre nós, as adaptações de nossas instituições e experiências constitucionais estavam, em outros termos, presentes na doutrina jurídica brasileira. Como pontos de partida, foram apresentadas duas perspectivas: Rui Barbosa (1914) e Francisco Campos (1937). O primeiro com uma visão em defesa do Poder Judiciário e de seu papel na atualização das normas jurídicas, em conformidade com a consciência atual; o segundo com uma visão cética em

³⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

³⁸⁷ RÜTHERS, Bernd. Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz. *JuristenZeitung*, v. 61, n. 2, 20 jan. 2006, p. 60.

relação à legitimidade do Poder Judiciário, oferecendo uma visão “antiliberal” do direito para permitir as mudanças constitucionais coordenadas pelo Chefe do Executivo.

No entanto, a primeira análise explícita e detalhada sobre as mutações somente é encontrada na tese da professora Anna Cândida Ferraz. Sua abordagem marcada pela concepção francesa de poder constituinte difuso trouxe provocações e adaptações que ainda repercutem na literatura nacional. A partir de então, identificamos algumas vertentes gerais sobre o tema nos últimos anos:

- a) Presença marcante do elemento de decurso temporal indeterminável e extenso para sua configuração (algo descartado na teoria de Hesse).
- b) Método de interpretação evolutiva para romper com interpretações preexistentes que se tornaram inadequadas.
- c) Alegação de limites semânticos fornecidos pelo texto constitucional (ou “programa normativo”).
- d) Defesa por parte da doutrina de apoio democrático e social para a concretização de mutações constitucionais (nem sempre compatível com a função contramajoritária do Tribunal).
- e) Apontamentos sobre condicionamentos da mutação com base no “espírito da constituição” ou seus “princípios estruturais” (estruturantes ou fundamentais).
- f) A controvérsia sobre o elemento anímico (intencionalidade) da mutação, especialmente no âmbito interpretativo.
- g) Necessidade de discussão sobre técnicas decisórias e exame constante de consequências da antiga interpretação.

Observamos que, apesar de existir um esforço para sistematizar as mutações constitucionais, ainda não existe um trabalho que adote uma metodologia histórica adequada para a compreensão do seu conceito com a devida análise dos contextos históricos. Sem a devida crítica, as formulações teóricas poderão ser repetidas de modo acrítico no futuro, sem a consideração crítica neste transcurso temporal. Ou pior: correremos o risco de adotar uma confusão metodológica desarrazoada e incapaz de solucionar problemas jurídicos. Infelizmente, essa tendência – quando mecanizada – nos leva a aplicar entendimentos discutíveis, sem qualquer sustentação empírica. Termos ociosos que podem servir como verdadeiros “cavalos de Tróia”. Por nem sempre visualizarmos essa precária sustentação, deixamos de observar alternativas e questionar os problemas das nossas teorias.

Relacionado ao problema de compreensão histórica do problema, há ainda a presença de críticas descontextualizadas e até anacrônicas em alguns momentos. Neste sentido, Lenio Streck argumentou contra Hsü Da-Lin (citado pelo Min. Eros Grau) nos seguintes termos:

Lembremos que Hsu Dau-lin escreveu o seu texto no contexto da República de Weimar. [...] Na verdade, o conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha *Staatsrechtslehre* do Reich alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática. [...] E **mesmo Hsu Dau-lin** (referido pelo Min. Eros Grau), e sua classificação “quadripartite” do fenômeno da mutação constitucional, **não leva em conta aquilo que é central para o pós-segunda guerra** e em especial para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade: o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade que este direito democrático expõe, **muito embora, registre-se, Lin tenha sido discípulo de Rudolf Smend**, um dos primeiros a falar em princípios e espécie de fundador da doutrina constitucional alemã pós-segunda guerra. Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes³⁸⁸ (grifos nossos).

Seguindo semelhante raciocínio, Flavio Quinaud Pedron³⁸⁹ aponta que a proposta de autores como Georg Jellinek e Paul Laband sobre a mutação “não mais se sustenta” e que seu sentido encontra-se “esvaziado e transformado em uma ferramenta retórica pelo STF”.

No primeiro caso, Lenio Streck reconhece que a obra de Hsu Dau-Lin foi escrita durante a República de Weimar, mas aponta que seria imprestável porque não considerou os eventos e as discussões que ocorreriam décadas depois da publicação (!). Ora, como toda obra teórica, os argumentos precisam ser criticamente mediados pelo intérprete. Toda obra europeia deve ser refletida antes de aplicar no espaço brasileiro, sem dúvidas. Pior: sem uma mínima tentativa de dialogar com o autor e sua obra, apenas se aponta como algo obsoleto em razão da ausência de considerações “principiológicas”. Em seguida, de forma também curiosa, escreve de uma maneira que poderia sugerir leituras apressadas sobre uma associação entre Rudolf Smend e algum cenário pós-positivista. E sugere uma associação entre os teóricos alemães do Império, decisionismos e as teorias do “poder constituinte permanente”.

No segundo caso, Flávio Pedron publica um artigo para defender que o STF age de forma retórica diante de um conceito “esvaziado” (mas nem sempre “vazio”). A proposta de Laband e Jellinek tornou-se, hoje, insustentável. Entretanto, não trouxe, ao menos neste artigo, nenhum exemplo de aplicação retórica pelo STF. No mais, embora seja importante

³⁸⁸ STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 181-183

³⁸⁹ PEDRON, Flávio Quinaud. A mutação constitucional no direito público do Império Alemão: contribuições de Laband e Jellinek. *Revista Quaestio Iuris*, v. 12, p. 190-221, 2019.

ressaltar que o contexto de discussão e aplicação é historicamente distinto, a percepção de fatos extrajurídicos que ameaçam a transformação do direito não é algo necessariamente refutado. Seria necessário um olhar mais concreto para a realidade brasileira antes de negar a possibilidade de uma discussão sobre os antigos argumentos.

Em geral, percebemos que a discussão histórica sobre as diferentes teorias e argumentações é algo que carrega muitas dificuldades. Mesmo entre os juristas que se dedicam a um estudo mais rigoroso, a possibilidade de falhas e insuficiências existe. Perceber que antigas teorias foram construídas em outros contextos não implica necessariamente em uma inaplicabilidade de seus argumentos. No entanto, requer transparência e reflexão crítica comparativa à luz dos problemas enfrentados na atualidade.

No Brasil, a tendência de demarcação entre mutações legítimas e mutações ilegítimas, ainda que com nomenclaturas variadas, gira em torno de uma argumentação sobre racionalidade jurídica controlável baseada na normatividade constitucional: dever de motivação e sustentabilidade razoável da fundamentação. No caso das mutações constitucionais, há ainda o específico ônus argumentativo de explicação dos motivos para romper com o entendimento anterior da mesma questão constitucional³⁹⁰. Em geral, esse tipo de abordagem relaciona-se com processos institucionais argumentativos estatais.

À luz do Racionalismo Crítico, a teoria da mutação constitucional pode transformar-se em relevante instrumento de acompanhamento e fiscalização do processo interpretativo. Isso porque todo e qualquer entendimento que, de algum modo, gere algum tipo de injustiça ou grave problema social deve ser substituído por nova interpretação alternativa. Essa nova interpretação deve ser acompanhada da análise de seus potenciais efeitos sociais e precisa passar por escrutínio crítico em conformidade com o atual estado de conhecimento.

Neste caso, afasta-se uma visão ingênua das mutações como mero preenchimento de lacunas ou mera atualização da realidade fática circundante. Para legitimar-se por meio de uma racionalidade crítica, a argumentação evolucionista das mutações constitucionais busca romper com o “paradigma da razão suficiente” e desenvolver discussão efetiva sobre os motivos para a não aplicação de um entendimento tradicional prévio ou de outras possibilidades alternativas de decisão.

Uma das formas para esse tipo de argumentação é oferecida por um método analítico de “lógicas situacionais”, que aqui chamamos apenas de comparação de cenários e contextos.

³⁹⁰ PEDRA, Adriano S. *Teoria da mutação constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*. Tese (doutorado em direito), PUC-SP, 2009, p. 276-280.

Em outras palavras, explicamos: o intérprete precisa desenvolver análise sobre os diferentes cenários que poderão ser alcançados a partir do processo decisório: Cenário 1 (análise dos efeitos jurídicos e sociais caso a tradição jurídica precedente seja mantida), Cenário 2 (análise dos potenciais efeitos caso seja adotado novo entendimento A e discussão sobre modulação de efeitos) e outros cenários de acordo com o número de possibilidades decisórias autorizadas pelo ordenamento jurídico da respectiva sociedade.

Enquanto isso, a literatura jurídica predominante oferece argumentações que giram em torno de terminologias artificiais como “poder constituinte difuso” e “mutações inconstitucionais”, cuja semântica apresenta-se modo não consolidado na dogmática jurídica brasileira e pode servir apenas como elementos pseudocientíficos em processos decisórios pouco democráticos e muito duvidosos. A partir de uma análise histórica e jurídica do nazismo, Bernd Rüthers percebeu que o pensamento jurídico institucional utiliza “pseudoargumentos com aparência científica”, com o uso de categorias que descrevem a realidade em uma concepção normativamente vinculante: algo é assim, logo deve ser³⁹¹.

No Brasil, muitas pesquisas científicas sobre o tema ainda adotam hipóteses normativas que dificilmente poderiam ser refutadas como “a mutação constitucional deve ocorrer dentro dos limites traçados pela força normativa e pela supremacia da própria Constituição³⁹²”. Essa formulação não é uma hipótese de pesquisa, mas apenas uma pretensão dogmática que não parece gerar controvérsias em abstrato. Até mesmo os juízes arbitrários que decidem de modo equivocado concordariam com essa premissa genérica em ambientes públicos. Desse modo, o ambiente acadêmico ainda reforça uma descrição do que seria dogmaticamente legítimo para as configurações de mutações constitucionais. Todos parecem tentar se legitimar por meio de teorias democráticas, progressistas, (pós-)modernas e críticas, o que não é necessariamente ruim. Tais pretensões, porém, devem ser desafiadas constantemente. Ainda mais porque os limites estabelecidos pelos textos escritos ou por princípios de interpretação não são suficientes para controlar a prática jurídica real.

Um dos problemas das teses normativas discutidas anteriormente não é seu caráter normativo em si. Porém, essa alegada ideologia “progressista” e “democrática” pode ocultar formas de dominação política. No caso concreto, pode ser confusa a aplicação de uma

³⁹¹ Bernd Rüthers tratou de alguns elementos pseudocientíficos que serviram como argumento decisório em tribunais alemães, tais como o uso de institutos jurídicos não positivados e a alegada interpretação objetiva. No fundo, apenas disfarce das razões reais. Cf. RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado: Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*. Trad. Juan García Amado. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 200.

³⁹² PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Teoria da mutação constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*. Tese (doutorado em direito), PUC-SP, 2009, p. 15.

metodologia obscura, bloqueando o exame crítico. Alegar que os direitos não devem ser limitados pelas mutações constitucionais pode servir para belos cartazes de manifestação política; mas e quando há diferentes interesses jurídicos constitucionalmente protegidos? Para evitar a impunidade na gestão pública, poderia o intérprete aplicar mutações para reforçar o papel republicano e moral da Administração Pública? Neste caso, o “direito fundamental à boa administração” e o princípio fundamental republicano servem para restringir garantias e direitos políticos daqueles que foram eleitos pelo voto popular? Questões difíceis.

Algo que também chama nossa atenção é a possível existência de, pelo menos, duas concepções muito distintas sobre as mutações. Em sentido mais amplo, o conceito de mutação constitucional discorre sobre o controverso reconhecimento da força normativa de uma realidade constitucional independente dos textos positivados. Significa dizer que, embora exista previsão textual de comandos normativos, é preciso investigar as reais práticas constitucionais vivenciadas na sociedade, especialmente pelas forças políticas. Como a reforma dos textos torna-se dificultosa perante a realidade e considerando também o sistema mitigado de proteção institucional dos textos constitucionais, é natural que ocorram transformações na aplicação prática do direito constitucional.

Por outro lado, o conceito restrito de mutação é compreendido a partir de uma teoria da interpretação evolutiva do direito constitucional positivo. Portanto, não se confunde com quaisquer práticas que desviam o sentido original dos textos constitucionais. Neste caso, as mutações constitucionais são tidas como alterações que ocorrem no interior dos limites do programa normativo e do âmbito protegido de realidade social. Conhecer essas distinções, expressas na literatura tedesca, poderia ser um primeiro passo para evitar confusões.

Não se trata necessariamente de uma concepção correta ou equivocada porque são explicações diferentes para situações distintas e propósitos variados. Nesses termos, parece equivocada a busca de algumas pesquisas por uma “explicação definitiva” e sem maiores controvérsias³⁹³. É preciso enxergar quais aspectos problemáticos concretos estão em jogo. No fim, o tema dos limites das mutações constitucionais é um aspecto do debate dos limites da

³⁹³ Na introdução da tese de Adriano Pedra, é o que se extrai: “Simplesmente dizer que a mutação constitucional implica uma modificação no conteúdo das normas, que, conservando o mesmo texto, adquirem um significado diferente, pode representar uma aproximação esclarecedora do fenômeno da modificação informal da Constituição, mas dista muito de uma explicação definitiva. [...] Contudo, a mutação constitucional somente pode ocorrer dentro de limites estabelecidos pela normatividade da Constituição. Cf. PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Teoria da mutação constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*. Tese (doutorado em direito), PUC-SP, 2009, p. 17.

interpretação jurídica com uma diferença: no caso das mutações, já há alguma interpretação prévia ou uma tradição jurídica aparentemente consolidada (logo, houve mudança).

Portanto, desde já, uma das críticas centrais contra o atual tratamento literário das mutações é em torno das abordagens essencialistas que tentam naturalizar um núcleo fundacional do *ser* das mutações constitucionais. Querem dizer o que é ou o que não é mutação constitucional antes mesmo de compreender as situações problemáticas enfrentadas nas experiências brasileiras? E o pior: muitas vezes, como se todos os autores estrangeiros estivessem falando a mesma coisa ou de modo perfeitamente encaixável.

Na ótica do português Jorge Miranda³⁹⁴, por exemplo, qualquer evento relacionado à “subsistência da constituição ou de algumas das suas normas” pode ser visto como uma “vicissitude constitucional” do Estado. Quanto ao modo, as vicissitudes podem ser produzidas de forma expressa ou tácita (o texto permanece, mas seu conteúdo é modificado). A depender das consequências da vicissitude podemos ter duas situações: a) “evolução constitucional³⁹⁵”, quando não há colisão com a ordem constitucional e b) ruptura constitucional não revolucionária³⁹⁶. Interessa-nos o tema das “vicissitudes tácitas”, na medida em que elas “englobam o costume constitucional, a interpretação evolutiva e a revisão indireta³⁹⁷”. Para não haver a ruptura constitucional, é preciso realizar uma “reorientação do sentido da Constituição vigente” a partir dos objetivos contidos no sistema constitucional, por meio dos seus princípios fundamentais ou pela extração de suas consequências lógicas e de nova interpretação possível.

Independente da terminologia e tipologia, enfatizamos que essa reorientação é uma nova atribuição de sentido às normas constitucionais. Mas ela é influenciada pelos propósitos presentes na ordem constitucional e pelos problemas práticos da antiga tradição.

Em muitos cursos de direito constitucional, é comum encontrar os dois sentidos de mutação constitucional em capítulos diferentes (do poder constituinte e da interpretação constitucional), porém sem a compreensão dessa fundamental distinção teórica. Essa obscuridade metodológica pode levar os leitores, especialmente aqueles que estão sendo

³⁹⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 323-334.

³⁹⁵ Evolução constitucional também é chamada de “desenvolvimento constitucional”, uma vez que o autor português lembra que “a acentuação dos princípios do Estado de Direito democrático” foi sedimentada em diversos países ocidentais com o alargamento gradual do direito ao voto até a conquista do sufrágio universal.

³⁹⁶ Exemplos fornecidos pelo autor português: no Brasil, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969; na França, a revisão constitucional de 1962.

³⁹⁷ “Revisão indireta”, para Jorge Miranda, significa uma interpretação sistemática específica: o sentido de uma norma que não foi diretamente reformada se modifica em razão do surgimento, eliminação ou alteração de nova norma constitucional. Para nós, um problema de interpretação jurídica.

introduzidos ao tema, a cometer confusões. Alguém poderia imaginar que um tribunal constitucional poderia ser considerado um “poder constituinte difuso” porque modificou a interpretação de um tema. Com isso, ignora-se toda a construção teórica sobre o conceito amplo da mutação constitucional e frustra-se a argumentação em torno dos limites das mutações em sentido estrito. Em síntese, as abordagens mais confundem do que esclarecem.

Na literatura brasileira, não é frutífera a busca por uma tradição dogmática consolidada sobre os sentidos, as funções e os limites da mutação constitucional. Não existe. A partir das monografias de Anna Cândida Ferraz e Uadi Bulos, muitos debates e novas revisões bibliográficas sobre o tema foram realizados. Felizmente, encontramos um amplo esforço de estudo nos Programas de Pós-graduação em direito no Brasil; mas, ainda assim, parecemos estar muito distantes na busca por uma tradição metódica adequada.

Significa dizer que, no lugar de uma compreensão das diferentes fases da mutação constitucional na doutrina e do desenvolvimento de técnicas para seu reconhecimento e avaliação, apenas encontramos repositórios de informações com trechos de diferentes pensamentos e sentidos da mutação constitucional. Ademais, os esforços em torno dos limites e as preocupações com novas reformulações para a teoria da mutação constitucional esbarram também na própria ausência de diálogo crítico no cenário brasileiro entre as diferentes formas de pensamento sobre as mutações. Principalmente a frequente ausência de diálogo entre as próprias pesquisas acadêmicas (mesmo nas teses “democráticas”!).

De algum modo, esse diagnóstico está relacionado não apenas com problemas institucionais de órgãos estatais, mas fundamentalmente de formação cultural dos juristas. Infelizmente, a abordagem crítica dos elementos problemáticos da educação jurídica e da formação pessoal e profissional ultrapassa o âmbito de nossa pesquisa.

Não queremos, com isso, subjugar a importância dos trabalhos científicos realizados no espaço brasileiro. De algum modo, também essas pesquisas possuem relevância à luz dos objetivos anunciados por cada um dos autores. Em geral, porém, a ausência de uma tradição em torno do tema tem levado a doutrina jurídica (literatura especializada) a conclusões insatisfatórias e até mesmo a alguns equívocos em torno do tema. Se isso ocorre na doutrina, também não estaria ocorrendo na prática decisória dos tribunais?

Todos esses problemas de manuseio terminológico e de ausência de rigor metodológico para a verificação de mutações podem levar o intérprete a cometer equívocos indesejados. Não apenas por conta da possibilidade de eventuais abusos criativos do intérprete (o que nos leva ao problema do excesso de “ativismo judicial”), mas também pela crise de

significação das normas constitucionais. O que seria apenas um problema terminológico do direito pode também nos levar a sérios problemas práticos de ordem política e social.

Ao final, as pretensões de dominação por meio de uma técnica argumentativa aparecem nas entrelinhas do processo decisório. Sem clareza no uso dos argumentos sobre mutação constitucional, não duvidamos de que, frequentemente, os intérpretes e aplicadores do direito estejam utilizando argumentos de modo incoerente. De forma consciente ou inconsciente, o intérprete consegue ser capaz de atingir seus próprios objetivos, mas não toma decisões satisfatórias para os problemas jurídicos, impedindo o desenvolvimento do conhecimento jurídico sobre essas questões. Em outras palavras, corremos o risco de cair em práticas decisionistas, nas quais a decisão é tomada por razões que parecem suficientes, desconsiderando completamente a exigência de uma razão crítica.

Diante de todas essas questões, é fundamental que observemos a prática do Supremo Tribunal Federal. Desde o início desta tese, essa etapa seria uma das mais relevantes. Agora, após a análise das mutações constitucionais na literatura especializada sobre o tema, percebemos que é ainda mais relevante do que imaginávamos inicialmente.

Para oferecer melhores hipóteses aos problemas constitucionais, é preciso conhecer melhor nossos problemas frente à realidade empírica. Assim, na próxima seção, passamos a investigar a utilização de mutações constitucionais nas decisões do STF.

5 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA PRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

5.1 PESQUISA EXPLORATÓRIA COM DECISÕES DO STF (1988-2018): OPÇÕES METODOLÓGICAS

Diante das diversas concepções de mutação constitucional identificadas no capítulo anterior, resta conhecer os usos práticos dessa espécie argumentativa nas decisões judiciais. Conforme relatado desde o início, a análise de decisões do Supremo Tribunal Federal não tem pretensão de abarcar a totalidade da realidade brasileira. Será útil, no entanto, para uma melhor compreensão dos problemas de justificação prática das decisões jurídicas.

Para possibilitar uma reflexão sobre as decisões tomadas pelo Tribunal durante as três primeiras décadas do texto constitucional de 1988, diferentes métodos de pesquisa e análise podem ser aplicados. Para os objetivos desta tese, o que propomos é uma análise jurisprudencial que permita a identificação do real uso de um argumento jurídico. Não se trata de realizar um estudo detalhado de casos ou uma sistematização quantitativa. Neste capítulo, refletimos sobre alguns dos principais contextos específicos de usos do argumento da mutação constitucional, identificando os objetivos e as divergências no discurso³⁹⁸.

A análise de decisões, mesmo quando tomadas em conjunto, não nos permite sustentar uma explicação infalível sobre o processo decisório do direito. Mas, por outro lado, pode ser útil para a percepção de velhos ou novos problemas. Ademais, também poderá permitir a refutação de algumas teorias que afirmam algo que está fora do alcance da ciência.

Em consulta ao site institucional do STF, selecionamos apenas os julgamentos colegiados (acórdãos) que utilizaram a mutação constitucional (também referida como “mudanças informais” ou “processos informais”) em suas decisões. Seguindo critérios de mapeamento das decisões³⁹⁹, avaliamos 73 decisões colegiadas.

Antes, um breve alerta: as decisões dos tribunais constitucionais nem sempre explicitam as teorias que servem de base para a tomada de decisões. Nesse sentido, é válido

³⁹⁸ A respeito de alguns debates metodológicos sobre a análise de decisões judiciais, cf. FREITAS, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. *Universitas Jus*, v. 2, 2010; GABARDO, Emerson; MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro. Institucionalismo e pesquisa quantitativa como metodologia de análise de decisões judiciais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 63, p. 151-180, 2013.

³⁹⁹ Realizamos a consulta no Portal de jurisprudência do STF. O primeiro resultado bruto foi de centenas de decisões: i) Na busca pela expressão “mutação constitucional”, o resultado apresentou 60 acórdãos decisórios (sendo 52 do Tribunal Pleno), 290 decisões monocráticas e 37 informativos; ii) Na busca pela expressão “mudanças informais”, 43 acórdãos (sendo 33 julgados pelo Tribunal Pleno), 66 decisões monocráticas e 31 informativos; iii) Na busca pela expressão “processos informais”: 71 acórdãos (destes 44 julgados pelo Pleno), 640 decisões monocráticas e 46 informativos. No entanto, foi preciso realizar um processo de lapidação dos

lembrar o comentário de Bernhard Schlink⁴⁰⁰: as primeiras décadas do Tribunal Constitucional Federal alemão foram marcadas por uma jurisprudência influenciada por teorias jusnaturalistas e pela teoria de Rudolf Smend – porém, a fundamentação das decisões nem sempre explicita essas influências e premissas teóricas. Aqui, no nosso caso, o alerta também é bastante significativo. Inclusive, se considerarmos a conceituação de Luís Roberto Barroso na sua doutrina sobre as mutações, poderíamos caracterizar toda alteração interpretativa como mutação constitucional. E, particularmente neste caso, nossa pesquisa seria tão ampla que poderia tornar impossível uma análise mais detida de todas as questões.

Além do problema de mapeamento total das decisões implicitamente influenciadas pela teoria da mutação, há um segundo obstáculo: o sistema de buscas, embora útil, não apresenta todas as decisões. Constatamos isso na medida em que percebemos decisões e referências doutrinárias sobre outras decisões em que o tema foi utilizado. É o caso da ADI 1484 (julgamento em 2001) que, embora faça referência expressa às mutações constitucionais, não apareceu em nosso resultado de buscas porque a decisão não foi lançada no banco de dados. O problema, contudo, é contornável porque nossa pretensão não é propor um inventário fixo de todas as decisões que se basearam na teoria. E no caso dessa ação específica, o voto do Min. Celso de Mello já era repetido em outros votos anteriores sobre omissão inconstitucional – portanto, não houve problema substancial. Assim, resta-nos discutir o uso do argumento da mutação constitucional a partir da prática jurisprudencial que pode ser observada.

Na tese doutoral mais recente, Igor Ajouz também realizou uma minuciosa apuração de decisões no sistema institucional do STF. Dentre as iniciais 112 decisões judiciais (34 acórdãos e 78 menções em decisões monocráticas), precisou também realizar refinamento para excluir meras citações de precedentes, dentre outros fatores. Também outros autores realizaram estudos semelhantes⁴⁰¹.

Temos ainda que considerar o estilo deliberativo e decisório específico do Supremo Tribunal Federal. Quais decisões devem ser examinadas? Quando o relator faz referência sobre a mutação constitucional? Apenas quando se menciona na ementa? Devemos apenas examinar quando há um debate entre pelo menos dois ministros – e nesse caso a menção de

resultados, excluindo os casos que utilizaram as expressões em sentido diferente e excluindo os resultados idênticos das buscas. Ao final, restaram 73 acórdãos. Última consulta realizada foi em 22 de julho de 2020.

⁴⁰⁰ SCHLINK, Bernhard. Why Carl Schmitt? In: *Constellations*, Oxford (UK), Blackwell Publishers, v. 2, n. 3, 1996, p. 434-435.

⁴⁰¹ Por exemplo, Cf. KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da constituição federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009.

um único ministro sobre a mutação não seria analisada? Há casos em que a mutação foi alegada, embora não constitua a *ratio decidendi* da decisão. Há outros casos em que a alegação de mutação constitucional foi voto vencido. O problema torna-se muito mais acentuado na prática brasileira, em virtude da dificuldade de compreensão dos precedentes⁴⁰². Neste momento, optemos por todos os tipos de menção expressa ao argumento da mutação constitucional (ou processos informais de mudança da constituição), inclusive no âmbito das duas turmas colegiadas – e não apenas o Tribunal Pleno.

Dentre os 73 acórdãos estudados nesta tese (excluímos, portanto, as diversas decisões monocráticas⁴⁰³), há 19 decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade: doze são Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁴⁰⁴ (ADI), quatro são Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental⁴⁰⁵ (ADPF), duas são Ações Declaratórias de Constitucionalidade⁴⁰⁶ (ADC), além de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 25/2016).

Nas ações de controle concentrado, percebemos que alguns temas se repetiram: execução provisória da pena, mudanças interpretativas do princípio republicano e repercussões sobre a discricionariedade dos constituintes estaduais.

As demais 53 decisões resultaram de remédios constitucionais, ações e recursos ordinários: Mandados de Injunção (dezessete decisões⁴⁰⁷), Recursos Extraordinários com ou sem Agravos (onze decisões⁴⁰⁸), Habeas Corpus (oito decisões⁴⁰⁹), Mandados de Segurança

⁴⁰² Inúmeras são as pesquisas desenvolvidas no Brasil sobre essa questão. Para maior aprofundamento sobre o tema dos precedentes na jurisdição constitucional brasileira e seus desafios, cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014; LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

⁴⁰³ Delimitação funcional para tornar possível o exame das 73 decisões colegiadas com maior grau de detalhes. As decisões monocráticas, quando permitidas pela legislação e pelo Regimento Interno, também são exercícios da competência do STF. Contudo, apesar de sua relevância, não será possível um exame mais detido agora.

⁴⁰⁴ ADI 4425 e 4357 (julgadas conjuntamente em 2013), ADI 4568, ADI 2675, ADI 5105 (2015), ADI 5540 (2017), ADI 4764 (2015), ADI 4362 (2017), ADI 4439 (2017), ADI 4277 (em conjunto com a ADPF 132), ADI 1442 (2004) e ADI 4066 (2017).

⁴⁰⁵ ADPF 134, ADPF 46 (2009), ADPF 347 MC, ADPF 132 (em conjunto com a ADI 4277).

⁴⁰⁶ ADC 43 MC e ADC 8 MC (1999).

⁴⁰⁷ MI 107 QO (1989), MI 472 (1995), MI 542 (2001), MI 712/MI 708/MI 670 (julgados em conjunto em 2007), MI 1967 AgR/MI 1656 AgR/MI 3322 AgR (julgados em conjunto em 2011), MI 2152 AgR/ MI 940 AgR (julgados em conjunto em 2011), MI 1331 AgR (2011), MI 1339 (2012), MI 1841 AgR/ MI 743 ED (julgamento conjunto em 2013), MI 3215 AgR-segundo (2013) e MI 6641 AgR (2019).

⁴⁰⁸ RE 637485 (2012), RE 778889 (2016), RE 522897, RE 602043 e RE 612975 (julgamento conjunto em 2017), RE 763667 AgR, RE 581352 AgR, RE 639337 AgR (2011), RE 727864 AgR (2014), RE 745745 AgR (2014) e RE 450504 AgR.

⁴⁰⁹ HC-QO 86009, HC 90450, HC 91361, HC 96772, HC 94695, HC, 126292, HC 127900 e HC 152752.

(três decisões⁴¹⁰), Reclamações Constitucionais (Rcl 4374 e Rcl 4335), Agravos Regimentais em Ação Rescisória (quatro decisões⁴¹¹), Embargos de divergência e Embargos declaratórios em Recurso Extraordinário (RE-EDv 166791 e RE-EDv-ED 174161), um Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC 93172, 2009), uma Ação Penal com Questão de Ordem (AP-QO 937/RJ, 2018), um Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada (STA 223 AgR, 2008), um Embargo de declaração em Agravo de Instrumento (AI 598212 ED) e também duas suspensões de liminar ou de segurança (SL 47 AgR e STA 175 AgR).

No caso dos Habeas Corpus e do Recurso Ordinário de Habeas Corpus, os temas apresentados são relacionados principalmente à execução provisória da pena e à mudança interpretativa sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. Ademais, uma decisão turmária sobre a alteração jurisprudencial sobre a competência recursal do Tribunal de Justiça contra decisão de Turma Recursal dos Juizados Especiais e o argumento do Min. Edson Fachin sobre a não recepção constitucional do art. 302 do Código de Processo Penal Militar em nome da interpretação evolutiva do contraditório e da ampla defesa.

Diversas outras decisões trataram de aspectos sobre omissões inconstitucionais, incluindo-se a omissão parcial na proteção jurídica adequada de determinados direitos e garantias fundamentais. Neste caso, merece destaque os relatórios e votos do Min. Celso de Mello em todos os Mandados de Injunção analisados e também na Suspensão de Liminar, na Suspensão de Segurança, no Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada e nos Embargos declaratórios em Agravo de Instrumento. Neste conjunto, são 21 decisões e todas as argumentações do referido ministro são em sentido semelhante: processos deformadores da constituição que ameaçam sua normatividade, especialmente em matéria de direitos fundamentais, liberdades e garantias.

Sob a relatoria do Min. Eros Grau, o julgamento conjunto dos três Mandados de Segurança teve como aspecto central uma discussão sobre as hipóteses de perda de mandato parlamentar. Na discussão preliminar sobre o cabimento do remédio, o relator do MS 26602 fez referência aos seus argumentos expostos na Reclamação 4335 e disse que o caso não poderia ser de mutação constitucional porque isso transformaria o STF em legislador. Seu argumento é que não seria cabível uma interpretação extensiva para criar outras situações de

⁴¹⁰ MS 26602, 26603 e 26604, julgados em conjunto em 2007 com relatoria do Min. Eros Grau.

⁴¹¹ AR 2341 AgR, AR 2421 AgR, AR 2415 AgR e AR 2494 AgR.

perda de mandato – ainda que com o aval do TSE. Em outras palavras, a mutação foi arguida como uma impossibilidade no caso concreto⁴¹².

Ao aprofundar a análise qualitativa das decisões mapeadas, foi possível organizar uma tabela disponibilizada como apêndice desta tese. Os dados estão distribuídos em quatro grandes grupos para tornar a análise mais clara sobre os seguintes problemas específicos: a) Omissões inconstitucionais, desprestígio ou ameaça à força normativa da Constituição de 1988 (41 processos) – tópico 4.2; b) Nova percepção do direito e necessidade de atualizar princípios jurídicos (12 processos) – tópico 4.3; c) Ocorrência de transformações legislativas e administrativas que alteraram o direito constitucional (7 processos) – tópico 4.4; d) Alteração interpretativa para nova compreensão de direitos fundamentais (13 processos) – tópico 4.5.

Sem dúvidas, essa categorização é apenas um dos meios possíveis para realizar a análise dos argumentos. Ao analisar os processos em bloco, de acordo com a sua problemática, permitimos uma crítica mais panorâmica do fenômeno. Contudo, a classificação não é perfeita e existem situações híbridas não facilmente classificáveis. Nos próximos tópicos, aprofundaremos a discussão sobre cada um desses problemas decisórios.

Evidentemente, não se trata aqui de um estudo minucioso sobre todos os argumentos envolvidos em cada acórdão – isso seria objeto de várias dissertações específicas. Preferimos analisar tão somente os trechos sobre a mutação constitucional para tentar identificar os diferentes usos do argumento e sua coerência na jurisprudência e na doutrina. Trata-se de uma aproximação para conhecer melhor a realidade jurisdicional brasileira antes de propor críticas.

Embora seja frequente a afirmação de que a primeira referência à mutação constitucional na jurisprudência do STF data de 2001⁴¹³ (no julgamento da ADI 1484), verificamos que, desde os primeiros anos da Constituição de 1988, convivemos com o argumento dos “processos informais da Constituição”. Assim, pelo menos desde 1989, os votos do Min. Celso de Mello fizeram referência expressa à obra monográfica de Anna Cândida Cunha Ferraz. Não é apenas um voto em uma ação isolada, mas um conjunto coerente e linear de posicionamentos que tentam evitar a degradação constitucional por meio de omissões estatais ou proteção insuficiente pelos poderes públicos há décadas.

⁴¹² O ministro Eros Grau foi voto vencido nesse aspecto preliminar, mas nenhum outro ministro enxergou a questão como um caso de mutação. E, de fato, tratava-se apenas da discussão sobre os requisitos do mandado de segurança, especialmente quanto ao caráter líquido e certo do direito prejudicado.

⁴¹³ Cf. AJOUZ, Igor. *Constitucionalismo democrático e hermenêutica constitucional*: parâmetros para a sedimentação das mutações constitucionais. UVA: tese de doutorado em direito, 2018, p. 107; SANTOS, Carlos Vitor Nascimento dos. *STF e mutação constitucional*: a ampliação dos poderes da suprema corte por suas próprias decisões. Curitiba: Juruá, 2015, p. 47.

Ao longo de suas três décadas de atuação, Celso de Mello tentou enfrentar a inércia dos poderes estatais frente ao mandamento constitucional. Dentre as suas opções teóricas, optou pela referência aos processos informais de mudança da Constituição que poderiam colocar em risco a normatividade da jovem ordem jurídica. Assim, em tom de alerta, suas decisões também salientaram a possibilidade de mutação pela via interpretativa como um modo de garantir uma leitura adequada das normas constitucionais em seu tempo. Diante da nítida relevância desse conjunto de decisões, entendemos como necessária a criação de um tópico específico para a análise dessa argumentação que pretende enfrentar as omissões e inércias do Poder Público que, na condição de processos anômalos, poderiam produzir mudanças no sentido da norma constitucional.

Além dos votos do Min. Celso de Mello, na linha doutrinária de Anna Cândida Ferraz para o enfrentamento da inércia estatal pela jurisdição constitucional, outro problema chama atenção: diferentes juízes alegaram uma nova percepção do direito constitucional, reconhecendo a possibilidade de reapreciação de questões que já haviam sido discutidas pelo STF. Nesse segundo grupo de decisões, ganha destaque a argumentação que tenta atualizar o conteúdo de princípios jurídicos como o princípio republicano envolvido na discussão sobre afastamento de governadores, acumulação de cargos, reeleição de cargos executivos e restrição do foro por prerrogativa de função.

Em seguida, apresentamos uma discussão sobre a alegada ocorrência de mudanças legislativas e administrativas que teriam alterado o direito constitucional e o processo constitucional. Dentre essas decisões, a Reclamação 4335/Acre foi uma das que causaram maior reverberação sobre a teoria da mutação constitucional. Nesta decisão, é possível acompanhar uma série de divergências interpretativas sobre a exegese do art. 52, X, da Constituição Federal. Em certo aspecto, o caso poderia ser considerado como um “divisor de águas” na medida em que provocou o interesse de vários juristas pelo estudo da teoria, o que pode ter colaborado para o aumento de pesquisas sobre o assunto na academia brasileira. Pela relevância das divergências, também analisaremos o caso mais à frente.

Por fim, bastante pertinente é a verificação de argumentações que utilizaram a mutação constitucional para modificar a interpretação do STF sobre direitos fundamentais. Dentre os 13 processos que serão discutidos, a discussão sobre execução da prisão após condenação em segunda instância aparece em 5 processos. Além do direito de liberdade e da garantia de presunção de inocência, discussões que envolvem igualdade, direitos políticos e direitos relacionados com previdência e assistência social.

Em termos quantitativos, a pesquisa revela um aumento do uso argumentativo nos últimos anos. Essa tendência afirmada na doutrina⁴¹⁴ também foi constatada em nossa análise. Isso porque, dentre as decisões coletadas, há apenas um julgamento em 1989 e três processos na década de 1990. No entanto, a partir de 2007, existem pelo menos dois processos com argumentação sobre mutações constitucionais em todos os anos.

Realizados os esclarecimentos gerais sobre a coleta e o mapeamento das decisões, pretendemos avançar com as discussões mais específicas e relevantes encontradas no conjunto decisório do STF ao longo de suas três décadas. Reiteramos que o objetivo é fornecer uma melhor compreensão do estado atual decisório em que se encontra o Supremo Tribunal Federal para, talvez, colaborar com os esforços de uma teoria da decisão jurídica.

Após refletir sobre as decisões encontradas, foi possível organizar as argumentações em quatro grupos distintos distribuídos nos próximos tópicos (4.2 a 4.5): a) a alegação dos riscos de processos informais de mutação em razão da pouca efetividade das normas; b) a defesa de uma nova percepção do direito que ressignifica o conteúdo normativo de princípios jurídicos; c) as mudanças provocadas pelo sistema jurídico infraconstitucional que reconfiguram a realidade jurídica; d) as mudanças jurisprudenciais do Tribunal. Na sequência, será possível oferecer uma breve crítica aos problemas identificados (tópico 4.6).

5.2 OS DESAFIOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 DIANTE DA INÉRCIA ESTATAL E DO INADIMPLEMENTO DOS DEVERES ESTATAIS: OS VOTOS DO MIN. CELSO DE MELLO SOBRE OS PROCESSOS INFORMAIS DE MUDANÇA CONSTITUCIONAL

Conforme discutido acima, as primeiras referências sobre mutação constitucional na jurisprudência do STF aparecem no final dos anos 1980. Trata-se de um uso muito particular da obra de Anna Cândida Ferraz no combate à ausência de um efetivo compromisso constitucional pelos poderes constituídos. Dentre as 73 decisões colegiadas analisadas, 21 decisões envolvem o argumento de Celso de Mello sobre os riscos de processos informais deformadores da normatividade constitucional.

Em 1989, por indicação do Presidente Sarney, Celso de Mello passou a integrar o Supremo Tribunal. Paulista, com formação nas arcadas do Largo de São Francisco (USP), uma de suas grandes preocupações foi a inércia do Poder Legislativo na regulamentação da

⁴¹⁴ MORAES, Guilherme Peña de. Constitucionalismo brasileiro: passado, presente e futuro da Constituição cidadã. In: MORAES, Guilherme Peña de; et al. *30 anos da Constituição Federal e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1-22.

Constituição cidadã. Desde o ano de sua posse, a influência dos escritos de José Afonso da Silva e Anna Cândida Ferraz aparece em seus votos sobre o “dever de legislar”.

A inércia legislativa inconstitucional não é necessariamente mutação, mas é descrito como “processo anômalo” que pode acarretar mutações da constituição. Em uma constituição recém-promulgada, o argumento da mutação aparece como uma indesejada possibilidade futura diante do comportamento estatal que despreza a força normativa da constituição. Esse é um ponto fundamental para compreender seus votos.

Na primeira decisão encontrada, no âmbito do mandado de injunção com questão de ordem (MI 107 QO) julgado em 1989, encontramos um forte debate que se tornaria marcante no STF. Naquela decisão, o relator Ministro Moreira Alves fundamentou a posição do Tribunal no sentido de que este remédio constitucional era o instrumento adequado para o reconhecimento da inconstitucionalidade da omissão e sua devida comunicação ao Parlamento. Desse modo, ciente da declaração de inconstitucionalidade da omissão, caberia ao Parlamento legislar sobre a questão em prazo não fixado. Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal pretendeu não assumir uma função normativa para o caso concreto.

No exame da Questão de Ordem, o debate no Mandado de Injunção 107 versava sobre a autoaplicabilidade do remédio constitucional, cujo procedimento não era regulamentado. Após densa fundamentação, o Min. Moreira Alves demonstrou que o remédio deveria ser imediatamente aplicável com procedimento análogo ao Mandado de Segurança dentro do possível. Interessa-nos, neste trabalho, o voto seguinte: Celso de Mello expôs vários sentidos do mandado de injunção enquanto reação jurídico-institucional para impedir o desprestígio da constituição. Entre citações diretas da obra monográfica de Anna Cândida Ferraz em trecho de seu voto, declara:

A inércia dos órgãos estatais, que deixam de exercer a obrigação de emanar normas, determinadas em preceitos constitucionais, traduz **verdadeiro processo informal de mudança da constituição**. [...] Tais consequências, extremamente prejudiciais à própria integridade da ordem constitucional, têm suscitado expressiva reação do ordenamento jurídico, que vem institucionalizando, no plano do direito comparado, mecanismos vários, destinados a obviar a imperfeição de tais situações evidentemente inconstitucionais⁴¹⁵. (grifos nossos)

⁴¹⁵ MI 107 QO, Voto do Min. Celso de Mello, p. 4-5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>. Último acesso em 20 jul 2020.

Naquela ocasião, o voto de Celso de Mello utilizou diversos outros argumentos, fazendo referência a diversos trabalhos doutrinários nacionais e estrangeiros, além de fazer referência a outras decisões judiciais. Mas há referência expressa ao fenômeno da mutação.

Desde então, Celso de Mello voltou a utilizar fundamentação semelhante em diversas ações, principalmente no âmbito dos mandados de injunção entre 1989 e 2019 e em diversas outras ações e recursos – tal como narrado no tópico anterior. São dezenas de decisões, com fundamentação semelhante ao seu voto de 1989. A linha argumentativa sobre os processos informais de mudança da constituição manteve-se relativamente estável em sua argumentação, apontando para um sentido muito específico do compromisso com a valorização das normas constitucionais para que estas não sejam politicamente deformadas em razão das omissões históricas do Poder Público.

Na decisão mais recente envolvendo mutações constitucionais, o MI 6641 AgR julgado em abril de 2019⁴¹⁶, Celso de Mello apresentou voto-relatório com fundamentos muito semelhantes. Sustenta uma “correlação entre a imposição constitucional de legislar e o reconhecimento do direito subjetivo à legislação”, além de apresentar a “inércia do poder público como elemento revelador do desrespeito estatal ao dever de legislar imposto pela constitucional”. Porém, desta vez, o agora decano do STF qualifica a inércia estatal como “um dos processos deformadores da constituição” que deve ser objeto de censura, mas mantendo as referências ao trabalho de Anna Cândida e de outros constitucionalistas. Nota-se que, ao longo do tempo, foi dada preferência a outras nomenclaturas como “processos deformadores” ou “processos violadores da constituição”, demonstrando a inércia como um desvio e sinal de desprestígio da constituição pelos detentores do poder político.

Na ADPF 347 MC, Celso de Mello qualifica a inércia estatal de “processo de vulneração da autoridade da constituição”, mas depois altera a expressão para “um dos processos deformadores da constituição” na ADO 25. Considerando os inúmeros debates sobre mutação no STF ao longo do século XXI, é possível notar uma flexibilização terminológica ou certa cautela em seus votos. Evita-se o termo “mudanças” para esses casos.

Apesar das adaptações, a linha argumentativa permaneceu de algum modo ao longo das décadas. Os sinais de desvalorização da constituição poderiam ameaçar a normatividade das constituições, condenando-as a possíveis processos informais de mudança que ensejariam

⁴¹⁶ Embora inicialmente fora do recorte das decisões, esse julgado foi mantido para efeitos comparativos do posicionamento de Celso de Mello: posição que permaneceu, ainda que com algumas sutis alterações.

uma aplicação muito diferente da proposta original. A mutação da Constituição aparece aqui como uma ameaça, caso seja guiada pelo descompromisso político.

Além dos dezessete votos em mandados de injunção, Celso de Mello também relacionou a crítica de Anna Cândida em relação às inércias estatais em outras decisões que também lidavam com o desprestígio da força normativa das normas constitucionais.

As omissões inconstitucionais e a proteção insuficiente de direitos fundamentais são temas essenciais em qualquer Estado de Direito Democrático com limitação de poderes estatais. Ao observarmos a história política brasileira, podemos perceber que a temática ganha contornos bastante acentuados e significativos na teoria constitucional. É um tema realmente instigante porque a Constituição de 1988 não trouxe apenas um texto novo, mas um espírito democrático com pretensões de efetivação de direitos e cidadania. Sob a nova ótica, não poderia ser tolerada a inércia do Estado frente ao dever de proteger direitos e garantias fundamentais. Naturalmente, as omissões constitucionais e os problemas de eficácia normativa seriam objeto de diversos trabalhos monográficos e científicos⁴¹⁷.

Esse entusiasmo com a judicialização das omissões inconstitucionais não ocorreu de forma instantânea. Há várias razões para sua defesa: a concepção de Estado e suas funções na nova ordem jurídica contemporânea⁴¹⁸, a aparente necessidade de controle das ações administrativas em nome do interesse público, o fortalecimento e a adequada concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o anseio popular pelas condições básicas para uma vida digna, dentre vários outros aspectos. Definitivamente, o constituinte brasileiro atribuiu funções complexas ao Judiciário, como o controle das omissões. No campo das teorias normativas da decisão jurídica, inexistiu consenso sobre o grau criativo dos juízes⁴¹⁹.

Neste momento, nos interessa a relação da proteção insuficiente de direitos e garantias individuais com o tema da mutação constitucional. A premissa, embora aparentemente básica, é de extrema relevância para a compreensão de um sentido específico das mutações constitucionais. Significa justamente isto: o desenvolvimento constitucional poderá ocorrer de muitas formas de acordo com o grau de apego constitucional dos detentores do poder e do

⁴¹⁷ Dentre os trabalhos sobre esse problema de pesquisa, cf. PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do estado legislador*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; ROSA, André V. P. *Las omisiones legislativas y su control de constitucionalidad*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 34-61.

⁴¹⁹ Cf. KRELL, Andreas J. O Judiciário brasileiro no caminho certo: em defesa de um ativismo judicial moderado para efetivação dos direitos sociais da Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; RAMOS, Dircêo Torrecillas. (Org.). *Estudos sobre o Direito Constitucional contemporâneo*. , v. 1. Ilhéus - BA: EDITUS - Editora da UESC, 2014, p. 123-182.

grau de proximidade da sociedade com seus princípios básicos; mas devemos evitar os desvios deformadores da efetividade constitucional, pois o cenário contrário – de desvalorização constitucional e sabotagem de suas garantias – poderá nos direcionar para outros cenários políticos que esvaziam essas normas constitucionais, alterando a constituição jurídica material de uma sociedade.

Por outro lado, o uso estratégico das mutações nesse sentido específico pode servir para a justificação de decisões mais fortes e intensas do Supremo Tribunal Federal, que atuaria como espécie de sentinela e guardião da força normativa constitucional. Nesse sentido, no Mandado de Segurança 26.603/DF, o Min. Celso de Mello destacou: “no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder”. E, na sequência, exclama a existência de uma “prerrogativa extraordinária” de reformulação da Lei Fundamental, justificando a premissa com base na inclusão da interpretação judicial “entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘a Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’”. Tudo isso mais acentuado com a afirmação de um “monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”.

Detectamos, neste momento, um primeiro sentido da mutação: as potenciais mudanças indesejáveis ou desejáveis diante das atitudes do Poder Público. Embora não exista uma relação de causalidade que garanta os resultados futuros, há vários cenários políticos em latência que ameaçam a atual constituição material – bons cenários ou não, a depender dos critérios de observação. A atuação demasiadamente insuficiente da Administração Pública, o desprezo ou a indiferença político-social em relação às normas constitucionais podem abrir caminhos desconhecidos. Nos votos do Min. Celso de Mello, o sentido amplo dos processos informais de mutação constitucional é argumentado a partir de uma preocupação concreta com os riscos de erosão e inefetividade das normas constitucionais.

Nossa conclusão preliminar vai de encontro às afirmações de uma pesquisa publicada por Flávio Pedron em 2019. Em um artigo científico teórico, o autor formula a tese de que a mutação constitucional é um “conceito esvaziado” na prática do STF porque as teses de Paul Laband e Georg Jellinek já não seriam mais aplicáveis no contexto atual. Embora alegue adotar uma “metodologia historiográfica”, defende que a antiga separação absoluta entre direito e realidade social não mais se sustenta. Serviria, então, apenas como ferramenta

retórica para justificação da primazia da vontade do Estado⁴²⁰. Por outro lado, ao menos neste artigo, o autor não expõe nenhum julgado do STF para discutir sua hipótese teórica.

À luz do Racionalismo Crítico, é possível afirmar que a existência desse primeiro grupo de decisões é útil para rechaçar afirmações contrárias ao uso das mutações constitucionais no sentido amplo. Porque significa uma preocupação consequentialista com o grau de efetividade das normas constitucionais.

No entanto, em muitos casos, os processos de justificação não verificam os diferentes cenários possíveis decorrentes da decisão judicial. Em alguns casos, as dificuldades operacionais para a implantação de determinados comandos normativos não são considerados. Muitas vezes, a reflexão sobre as dificuldades reais das instituições poderia ser bastante útil no processo de falseabilidade da decisão adotada: para reconhecer que realmente ainda não é possível planejar sua implementação ou para reafirmar a tese de que a omissão viola normas constitucionais. Além disso, a ideia de separação de poderes e a consideração do texto constitucional como um dado linguístico (e não a norma-resultado) também são desafios que precisam ser discutidos na fundamentação de decisões deste tipo.

Em linhas gerais, apesar de reconhecer a possibilidade de uso das mutações constitucionais como um argumento de alerta, percebemos que o processo de justificação apresenta-se como insuficiente. Em nome da efetividade das normas constitucionais, decisões radicais podem tentar ser legitimadas.

Primeiro, em razão do déficit argumentativo: se a pretensão é exigir uma atuação das instituições (tirando-as de uma suposta inércia), então há um elevado ônus argumentativo para demonstrar a inércia, rebater os argumentos que defendem o status quo e apresentar caminhos possíveis de serem realizados. Embora com boas intenções, não seria suficiente a alegação genérica de “força normativa da Constituição” sem o enfrentamento adequado do problema. Segundo, em razão do dever de refletir sobre os efeitos concretos das possíveis decisões. Esses pontos serão considerados no desenvolvimento de um modelo de análises jurídicas.

Mas além desse sentido, a pesquisa empírica das decisões revela vários outros aspectos. A mutação constitucional também é tratada enquanto argumento decisório diante da ocorrência de novas percepções jurídicas sobre princípios jurídicos (tópico 4.3) e poderia autorizar novas interpretações sobre competências dos poderes estatais em face das atualizações legislativas e administrativas (tópico 4.4). Além disso, diante do dever de

⁴²⁰ PEDRON, Flávio Quinaud. A mutação constitucional no direito público do Império Alemão: contribuições de Laband e Jellinek. *Quaestio Iuris*, v. 12, 2019, p. 190-211.

atualizar a interpretação de direitos fundamentais ou conceitos indeterminados, as mutações constitucionais poderiam operacionalizar-se por meio das decisões do Supremo Tribunal Federal (tópico 4.5). Por isso, necessário continuar refletindo o uso da argumentação na prática do STF.

5.3 O USO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO ARGUMENTO DECISÓRIO: A CONTROVERSA ATUALIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DIANTE DA NOVA PERCEPÇÃO DO DIREITO

Além das omissões inconstitucionais e a devida proteção jurídica de direitos fundamentais, o argumento da mutação constitucional também perpassa por outro aspecto fundamental da teoria jurídica: a questão dos princípios e sua atualização interpretativa. Do mesmo modo, apenas destacaremos a relevância do tema e nos limitaremos ao exame do uso do argumento em si. Isso porque um exame completo necessitaria de um vasto estudo sobre as diversas concepções de princípios jurídicos e os diferentes enfoques metodológicos.

Em doze processos diferentes, notamos a presença da argumentação de mudança na percepção do direito. Neste grupo de decisões, são apresentados os seguintes temas: responsabilização de agentes públicos com base em novo entendimento sobre o conteúdo do princípio republicano, a possibilidade de rediscutir precedentes do STF, fundamentos da regra de acumulação de cargos, interpretação do ensino religioso em um Estado laico, alteração da jurisprudência eleitoral em face do princípio republicano (caso do “prefeito itinerante”) e as transformações na compreensão das normas constitucionais em razão das alterações trazidas por reformas constitucionais e atividades econômicas.

No julgamento da Questão de Ordem suscitada na ADI 2675/PE, o Min. Gilmar Mendes apresentou voto muito significativo: questões já decididas pelo STF podem ser reconsideradas pelos ministros a qualquer tempo. A discussão principal versava sobre restituição de quantias em determinadas hipóteses de substituição tributária, mas houve um amplo debate sobre a relação entre a possibilidade de novas leituras jurídicas pela Suprema Corte e a necessidade de respeito à própria jurisprudência do Tribunal. Na época, o Min. Sepúlveda Pertence, então Presidente do STF, manifestou-se em diversos momentos sobre os riscos das oscilações do STF:

[...] No Brasil, no caso de declaração de inconstitucionalidade, é claro, a **decisão vincula o próprio Supremo Tribunal**, que, assim, não pode, depois de ter declarado procedente uma ação direta, voltar atrás: "Pensei melhor e aquela lei não é tão inconstitucional assim" [...]. Tento realmente ser guardião da jurisprudência, não para me opor a que o Tribunal a mude

quando quiser, mas com a consciência do que está fazendo. (ADI 2675, p. 30-32, grifos nossos).

Nas palavras do Min. Carlos Ayres de Britto, o STF “não pode impor a si mesmo limites no plano da interpretação da Constituição que lhe cabe guardar, ele pode mudar seu entendimento sobre o melhor modo de guardar a Constituição”. (ADI 2675, p. 36). Em seguida, essa posição foi corroborada pelo Min. Gilmar Mendes com ampla argumentação jurídica sobre a mutação constitucional:

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. Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe, uma vez mais, da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa **mudança nas circunstâncias fáticas** ou de **relevante alteração das concepções jurídicas dominantes**. [...] De um ponto de vista estritamente material também é de se excluir uma autovinculação do Supremo Tribunal Federal aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois isso poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, afazer imanente aos órgãos de jurisdição constitucional. [...] que o Tribunal não se limite a mudar uma orientação eventualmente fixada, mas que o faça com base em crítica fundada do entendimento anterior que explicita e justifique a mudança. (ADI 2675, p. 43-45, grifos nossos)

Além dessa questão de ordem, o tema da nova percepção do direito também foi apresentado de forma semelhante nas decisões que trataram de uma atualização do princípio republicano. Duas dimensões do “princípio republicano” foram expressamente desenvolvidas: a responsabilização dos agentes públicos e o impedimento de “perpetuação de uma mesma pessoa ou grupo político no poder”.

Em nome do princípio republicano, e considerando também a continuidade da função administrativa, houve debate significativo em torno de uma nova interpretação do art. 14, §5º no julgamento do RE 637485/RJ. Em seu voto-relatório, o Min. Gilmar Mendes (RE 637485, p. 24-41) demonstrou significativa preocupação com o tema da mudança jurisprudencial e segurança jurídica, esclarecendo o dever do Tribunal de ponderar as consequências e realizar o devido ajuste dos resultados. Em suas palavras, “talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, à possível mutação constitucional”. Após ampla análise do pensamento de Peter Häberle sobre as mudanças interpretativas e do resgate de casos famosos nos Estados Unidos e na Alemanha em torno de alterações radicais na interpretação jurídica, conclui:

Todas essas considerações estão a evidenciar que as **mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e**

cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, deve adotar tais cautelas por ocasião das chamadas “viragens jurisprudenciais” na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. (RE 637485, p. 36, grifos nossos)

A mutação do princípio republicano também aparece em quatro julgamentos de 2017 e 2018 (ADI 5540, ADI 4764, ADI 4362 e AP-QO 937/RJ), quando os Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux sustentaram uma interpretação evolutiva para discutir questões como a desnecessidade de aval da Assembleia Legislativa para afastar governadores e a questão da interpretação da restrição de foro por prerrogativa de função. Também mencionaram expressamente o tema das mutações constitucionais os Ministros Edson Fachin (ADI 4764 e AP-QO 937/RJ), Rosa Weber (ADI 4764 e AP-QO 937/RJ), Carmem Lúcia (ADI 4362 e AP-QO 937/RJ), Alexandre de Moraes, Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski (AP-QO 937/RJ).

Dentre esses julgados, o momento que mais chama a atenção é a Questão de Ordem na Ação Penal 937. A razão é que a argumentação baseada em mutação constitucional aparece em nove votos distintos. Discutia-se a interpretação restritiva do art. 102, I, b, da Constituição Federal, modificando o entendimento que existia até então sobre a matéria. Durante a discussão da Questão de Ordem para permitir a manifestação do Plenário, o Min. Relator Luís Roberto Barroso explicou:

[...] eu identificaria como uma **mutação constitucional em sentido técnico**, que é quando uma corte constitucional muda um entendimento consolidado, não porque o anterior fosse propriamente errado, mas porque a **realidade fática mudou**, ou porque a **percepção social do Direito mudou**, ou porque as **consequências práticas de uma orientação jurisprudencial revelaram-se negativas**. (AP-QO 937, p. 12, grifos nossos)

No entanto, na mesma Ação Penal, é possível encontrar argumentações diferentes como a oferecida pelo Min. Alexandre de Moraes (AP-QO 937, p. 71): mutação como alteração significativa na maneira de aplicação histórica do foro privilegiado com graves e importantes reflexos na própria instrumentalização do regime de garantias, imunidades e prerrogativas dos agentes públicos.

Bastante didático é o voto do Min. Edson Fachin, que fez referências expressas ao conceito de mutação constitucional trabalhado nos manuais de Luís Roberto Barroso e de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco. Também com ampla menção aos manuais de Gilmar Mendes e Ingo Sarlet, o Min. Luiz Fux sustenta:

Trata-se, ademais, de instituto que já possui importante **histórico de aplicação** por este Supremo Tribunal Federal, dentre cujos precedentes se

destaca, inclusive pela relevância social da mudança de paradigma, a ADI 4277, a partir da qual se compreendeu que a proteção consagrada ao instituto da união estável poderia ser estendida ao âmbito das uniões homoafetivas. Trata-se de **alteração de sentido interpretativo** que não apenas foi adotada sem qualquer alteração expressa do texto constitucional, como também, em verdade, o foi em **relativa desconsideração à literalidade do enunciado formal**, considerando que, a princípio, o §3º do art. 226 estabelecia (e ainda estabelece) que a proteção estatal só seria conferida às relações havidas entre homem e mulher. (AP-QO 937, p. 202-205, grifos nossos)

Neste caso, fica clara a percepção do Min. Luiz Fux de que a mutação constitucional poderia acarretar, em alguns casos, em superação das opções do constituinte expressas na literalidade dos enunciados normativos.

Interessante notar a crítica apresentada pelo Min. Ricardo Lewandowski sobre o tratamento da discussão sobre mutação constitucional em Questão de Ordem:

Não se afigura lícito empregar uma questão de ordem - cujo escopo, por definição, possui uma abrangência limitadíssima - para viabilizar discussões acerca do *meritum causae* ou de matérias doutrinárias complexas como, no caso em apreço, concernentes ao **controvertido fenômeno da mutação constitucional**. [...] O fundamento de que teria ocorrido uma **suposta mutação constitucional** provocada por alegada “disfuncionalidade do sistema decorrente do sobe e desce processual”, identificada em pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, *concessa venia*, não se afigura **nem razoável e nem mesmo desejável nesse delicado momento de redefinição de rumos por que passa o Brasil**. (AP-QO 937, p. 321, grifos nossos)

Com posição semelhante, o Min. Gilmar Mendes atacou a argumentação que tentava caracterizar mutação constitucional no caso:

Uma nova e restritiva interpretação não se justificaria como uma nova interpretação. Apenas como uma mutação constitucional, amparada em “uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma”, ou ainda na “força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade”, seria possível reconhecer uma mudança da regra. [...] Com a devida vênia, no caso, não temos uma mutação constitucional, mas uma nova e inconstitucional interpretação da Constituição. Dessa forma, tenho que a interpretação proposta conflita com a norma constitucional e deve ser rechaçada. (p. 377).

Nos outros julgamentos pesquisados, percebemos também a tentativa de associar a mutação constitucional com nova compreensão jurídica do conteúdo das normas constitucionais. É o caso do voto do Min. Dias Toffoli na ADI 4439 quando sustentou uma necessária mudança na interpretação do ensino religioso mencionado no art. 210, §1º, da Constituição Federal. Porém, inexistiu debate sobre a ocorrência de mutações.

Para os fins desta pesquisa, também é pertinente ressaltar o esforço do Min. Gilmar Mendes em dialogar com os precedentes do STF sobre ocorrências de mutação constitucional. Ao discutir o tema da acumulação de cargos e a aplicação de teto por carreira nos Recursos

Extraordinários RE 602043 e RE 612975, o referido juiz relembrou casos vivenciados pelo STF em torno de mutações e suas pesquisas sobre o assunto:

Fiz um levantamento dos casos que nós chamamos de **Mutação Constitucional**, releituras que fizemos, ao longo desses anos, das normas constitucionais sobre a Constituição no Direito brasileiro; interpretações que fizemos de normas constitucionais relevantíssimas. Cito, por exemplo, o caso da **fidelidade partidária**, que foi uma interpretação; ou ainda o **caso LOAS**. Mas há casos mais explícitos; a discussão, por exemplo, que travamos aqui, que acho que vamos evoluir, sobre o **papel do Senado no controle jurisdicional da constitucionalidade**, ou ainda casos relativos, por exemplo, um caso expressivo, a **representação interventiva**. A representação interventiva, como nós sabemos, é a matriz do nosso controle de constitucionalidade. Era o grande instrumento. No Texto de 88, ela perdeu de alguma forma o sentido, tal como nós a líamos. Por quê? Porque qualquer controle de constitucionalidade direto se faz via ação direta de inconstitucionalidade. [...] Então, a rigor, nós **temos inúmeros exemplos de releitura do Texto Constitucional em face de lacunas constitucionais**. Não é raro o Tribunal supor uma norma que seria adequada. [...] De fato, seguindo a linha do Professor Hesse, o Texto Constitucional não é completo; ele é vocacionado a ser completado; é um pouco um texto aberto. A questão das próprias emendas constitucionais suscita indagações desse tipo. De modo que a mim, parece-me, que a **interpretação literal aqui não deve ser o argumento decisivo** para que nós levemos ou adotemos uma declaração de inconstitucionalidade nessa sede, mas que devemos buscar, sim, uma interpretação harmonizadora. (RE 602043, p. 86-88, grifos nossos)

Por fim, também foram catalogados votos do Min. Teori Zavascki acerca das transformações decorrentes de Emenda Constitucional sobre precatórios (ADI 4425 e ADI 4357) e o voto-relatório vencido do Min. Marco Aurélio sobre as mudanças de compreensão sobre atividades econômicas e monopólio do serviço postal (ADPF 46). Nas duas situações, também podemos perceber uma forte preocupação dos juízes com a necessária atualização da compreensão jurídica dos fundamentos constitucionais.

Neste segundo grupo de decisões do STF, diferentes problemas ganharam novas leituras a partir de supostas mudanças fáticas ou alterações na percepção do direito. Seria muito duvidosa a proposta de decretar uma mutação em caso de mudanças fáticas que destoam do teor literal da Constituição. Seria, de fato, um uso extremamente arriscado de fundamentação. O Racionalismo Crítico encontra algumas limitações para analisar essas situações nesse sentido: não era objetivo de Karl Popper buscar uma adesão da sociedade para a formação de consensos e instrumentos de reconhecimento social do direito.

No entanto, uma das diretrizes básicas do Racionalismo Crítico é a reflexão crítica dos problemas e hipóteses. No caso do direito, os textos normativos dos precedentes judiciais e do direito legislado são pontos de partida para a compreensão de objetivos institucionais reconhecidos na sociedade. Portanto, a missão do intérprete é verificar as possíveis formas de

aplicação do direito, de modo que o ordenamento jurídico consiga promover tais objetivos da melhor forma possível naquele momento.

Na alteração do conteúdo normativo de normas constitucionais principiológicas e genéricas, é preciso que haja um esforço de compreensão sobre o entendimento tradicional do dispositivo e um diálogo efetivo com a hipótese de reformulação. Além disso, é preciso que o intérprete investigue os propósitos que podem ser formulados publicamente a partir destes textos normativos.

Isso não significa, porém, que a aplicação do Racionalismo Crítico nos debates jurídicos conseguirá chegar a conclusões definitivas sobre a manutenção ou modificação de conteúdos normativos. Mas é exigido um esforço metodológico em sua abordagem.

Passamos a investigar, agora, um terceiro grupo de decisões do STF, com maior foco no debate sobre a conformação do direito constitucional pela Administração Pública e pelo Poder Legislativo.

5.4 A MUTAÇÃO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL COMO RESULTADO DAS ALTERAÇÕES ADMINISTRATIVAS E LEGISLATIVAS: O EMBLEMÁTICO CASO DA RECLAMAÇÃO 4335 E A ATUAL DISCUSSÃO DO STF

Nas pesquisas realizadas nesta tese, percebemos que o julgamento da Reclamação 4335 é bastante emblemático pela repercussão na literatura jurídica brasileira. Em face das polêmicas divergências sobre a questão, melhor proceder à análise mais detalhada e específica sobre a questão⁴²¹. No tópico anterior, ao discutir o voto do Min. Gilmar Mendes no RE 602043, há uma menção otimista sobre o caso da suposta mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal (a competência do Senado Federal no controle de constitucionalidade): “acho que vamos evoluir”. Não analisaremos a discussão do mérito em si, mas pretendemos investigar o uso da mutação constitucional enquanto argumento jurídico para a tomada de decisão.

Como questão central da Reclamação 4335, aparece o debate sobre a extensão de efeitos da decisão proferida em sede de controle concreto de constitucionalidade (no caso

⁴²¹ Para outras leituras sobre o caso, cf. KHODR, Amir Barroso. *O novo cenário do controle difuso de constitucionalidade das normas do direito brasileiro*: prevalência dos precedentes, controle de sentenças e atos normativos e a obsolescência da atuação do senado federal. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional, IDP-DF, 2017; MESTRINHO, Felipe Figueiredo Serejo. *Peculiaridades da interpretação constitucional: o caso da mutação constitucional no STF*. Dissertação de mestrado em direito, USP, 2019; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. O julgamento da Reclamação n. 4.335-AC e o papel do Senado Federal no Controle difuso de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 1, p. 213-238, 2015.

concreto, Habeas Corpus e interpretação constitucional de legislação penal). Tratava-se de um caso bastante sensível por conta da declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal que vedava a progressão do regime de pena em crimes hediondos. Qual deveria ser a posição do STF naquele momento?

Tanto o relator, Min. Gilmar Mendes, como o voto do Min. Eros Grau trouxeram defesas enfáticas de que teria ocorrido uma mutação constitucional sobre a interpretação do art. 52, X, da Constituição Federal. O objetivo era permitir que o STF ampliasse os efeitos da decisão para além do limite subjetivo das partes envolvidas no Habeas Corpus. A princípio, realmente, não faria muito sentido defender que a garantia da progressão de regime seria restrita às partes. Vejamos, então, os principais fundamentos apresentados nesses dois votos.

Após exame de questões preliminares sobre o cabimento da Reclamação, o Min. Gilmar Mendes ofereceu ampla análise de posições doutrinárias, discursos legislativos e decisões do próprio STF desde a criação do instituto da suspensão de eficácia de leis pelo Senado em 1934. Em seguida, buscou demonstrar que a interpretação vigente e histórica do instituto não estava mais adequada ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Diferentes técnicas como interpretação conforme, declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou qualquer outra técnica prospectiva distinta da clássica declaração de inconstitucionalidade de leis não poderia ser ampliada pelo Senado Federal. Também não poderia ser ampliada a declaração de não recepção de norma pré-constitucional, por exemplo.

Em algum sentido, o Min. Gilmar Mendes aproximou-se de uma abordagem racionalmente crítica na medida em que, pelo menos, buscou avaliar os problemas da tradição histórica do instituto e sua inadequação no sistema (produção de resultados incongruentes).

De fato, assim como Gilmar Mendes, também entendemos que, com a introdução e ampliação do controle abstrato de constitucionalidade, o instituto perdeu parte significativa de seu sentido histórico – embora tenha sido repetido nos textos constitucionais. Também o novo sistema processual coletivo trouxe novas interrogações. No entanto, como promover uma releitura adequada do instituto sem desprezar as opções políticas do constituinte?

“Por razões de ordem pragmática”, o direito brasileiro teria “consolidado fórmulas” que esvaziaram o sentido substancial ou de ampliação de efeitos gerais à decisão proferida em controle concreto. Assim, em diferentes situações, o próprio STF já teria adotado efeitos transcendentais para além dos limites subjetivos da decisão, independente de atuação do Senado Federal. Isso indicaria uma transformação prática ao longo do tempo e não uma

completa inovação interpretativa. Segundo Gilmar Mendes, o “contexto normativo” é outro e é exigida uma nova compreensão do texto (Rcl 4335, p. 50-52).

Na sequência, Gilmar Mendes traz referência genérica às obras de Georg Jellinek, Hsü Dau-Lin, Pablo Lucas Verdú e Anna Cândida da Cunha Ferraz sobre as mutações constitucionais e afirma: “poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da constituição sem expressa modificação do texto” (Rcl 4335, p. 53). Porém, como visto no capítulo anterior, são abordagens distintas sobre a mutação constitucional. Não fica totalmente claro o critério de decisão adotado no caso, embora seja preciso considerar que a decisão se vale de um sentido amplo da mutação. Por fim, por razões pragmáticas, Gilmar Mendes defendeu que a competência do Senado seria de simples efeito de publicidade.

O segundo voto proferido também reconheceu a ocorrência de mutação. Após extensa análise da integração entre a dimensão textual e a dimensão normativa da Constituição enquanto processo dinâmico, o Min. Eros Grau elogiou a “sensibilidade” do voto do Relator diante da “necessidade de adequação da Constituição ao devir social” (Rcl 4335, p. 66).

Na leitura de Eros Grau, a mutação constitucional não é o caminho do texto para a norma (isso é a própria interpretação jurídica), mas uma substituição de textos normativos sem alteração da dimensão constitucional textual. Portanto, não é apenas a extração de uma interpretação diversa da que foi produzida por outro intérprete, pois isso seria algo normal e cotidiano. Em suas próprias palavras, o novo texto normativo do dispositivo passa a ser corrigido da seguinte forma: “Compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”. Em sua fundamentação, alega que por se tratar de mutação constitucional (e não apenas uma interpretação alternativa), não poderia haver questionamentos sobre eventual subversão do texto (Rcl 4335, p. 72-73).

Importante destacar que, segundo Eros Grau, a mutação constitucional não se dá por mera interpretação inovadora. “Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema”. E enfatiza na sequência: “não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro” e a “mutação não é uma degenerescência, senão uma manifestação de sanidade do ordenamento” (Rcl 4335, p. 73-74).

Dois argumentos levantados por Eros Grau merecem atenção: i) o antigo texto tornou-se obsoleto e ii) mesmo que o Congresso Nacional aprovasse nova lei sobre vedação de progressão de regime de pena para crimes hediondos, ela também seria inconstitucional pelos

mesmos motivos apresentados no Habeas Corpus; logo, seus efeitos são amplos e derivam da força normativa das decisões do STF.

As divergências foram fortes. O Min. Sepúlveda Pertence chamou a tese de “projeto de decreto de mutação constitucional” e assinalou, embora não tenha utilizado textos doutrinários sobre a mutação, suas desconfianças em relação à separação de poderes. Já o Min. Joaquim Barbosa seguiu algumas lições do manual de Gomes Canotilho para concluir que não seria uma modalidade idônea de mutação constitucional e, caso fosse legítima, seria necessário “decorso de tempo maior” e o desuso do dispositivo jurídico (Rcl 4335, p. 100).

Em 2013, foi apresentado o voto do Min. Ricardo Lewandowski. Em seu voto, demonstrou preocupação com a separação de poderes, erigida como cláusula pétrea no texto constitucional, especialmente por se pretender deslocar uma competência do Senado para o STF por meio de decisão deste tribunal (Rcl 4335, p. 123). Também o Min. Luís Roberto Barroso sustentou que o texto do dispositivo constitucional servia como limite à tese da mutação constitucional, de modo que esta é sempre possível desde que não afronte os textos (Rcl 4335, p. 185-186).

Em razão do longo período de julgamento, foi editada a Súmula Vinculante 26 que permitiu a progressão de regime no cumprimento de pena em crimes hediondos ou semelhantes conforme análise do caso concreto. Tal mecanismo estabilizou a situação porque, na prática, a hipótese de mutação constitucional não era mais imprescindível.

Apesar de não ter sido acolhida no julgamento, a tese da mutação do art. 52, X, da Constituição Federal subsiste. Ainda que não seja a posição majoritária, ela está baseada em mudanças históricas e pragmáticas do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Neste caso, diferente das hipóteses discutidas nos tópicos anteriores (inércia estatal que rompe com a força normativa constitucional e atualização de princípios jurídicos), a mutação constitucional é desenvolvida como uma alteração contextual promovida pelos atores estatais.

No caso concreto, as significativas alterações comportamentais dos órgãos administrativos, legislativos e até do próprio STF apresentam uma situação aparentemente paradoxal: o dispositivo perdeu seu sentido histórico em face do contexto global do atual processo constitucional brasileiro.

Se compreendida apenas a concepção restrita da mutação constitucional proposta por Konrad Hesse, então chegaremos à mesma conclusão de Luís Roberto Barroso: a literalidade do texto (do programa normativo) como um possível impedimento. Porém, quando

compreendida em seu sentido de modificação consolidada na práxis constitucional, a argumentação sobre o tema não nos parece absurda.

Posição difícil de ser defendida seria o absoluto rechaço do exercício da competência prevista textualmente para o Senado. Ele poderá emitir resoluções e suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional, *caso o STF já não o tenha feito*. Ou seja, os dois modelos subsistiriam. Porque negar a ampliação de efeitos das decisões do STF, quando tomadas pelo Plenário, seria também difícil de ser defendida à luz da atual jurisprudência brasileira. Parece-nos, porém, que são apenas caminhos diferentes assumidos pelo complexo sistema brasileiro: súmulas vinculantes, sistema de precedentes vinculantes, resoluções do Senado, decisões do STF que expressamente tratam dos efeitos de suas decisões, dentre outras possibilidades.

No mínimo, seria possível argumentar a incidência do dispositivo da lei processual brasileira sobre a modulação dos efeitos da decisão quando há alteração de entendimento constitucional com base no interesse social e na segurança jurídica. Ao modular os efeitos, também a eficácia expansiva das decisões poderia ser vislumbrada.

Para além da Reclamação 4335, a discussão sobre a mutação constitucional a partir da práxis constitucional permanece. Em nossa pesquisa, identificamos também a argumentação sobre a mutação do art. 114 com art. 109, I, da Constituição Federal (REAgR 450504), quando o Min. Ayres Britto assevera que a mudança jurisprudencial ocorreu não por modificações supervenientes trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004, mas sim por mutação constitucional. Na modulação de efeitos, foi estabelecida a vigência da Emenda como marco temporal, mas os fundamentos foram de nova interpretação sobre a competência da Justiça do Trabalho e da Justiça comum estadual. Mais uma vez, razões pragmáticas.

Também o debate sobre a incognoscibilidade da ação rescisória com fundamento em violação literal de lei (Agravo nas Ações Rescisórias 2341, 2421, 2415 e 2494) apresenta relevante argumentação do Min. Gilmar Mendes sobre a mutação constitucional na medida em que assegura que tais ações rescisórias não poderão ser conhecidas diante da ocorrência de mutação constitucionais. Ademais, também no relatório da ADI 5105, o Min. Luiz Fux discutiu sobre a configuração de mutação constitucional por meio das transformações legislativas infraconstitucionais que podem alterar a jurisprudência do STF.

Em razão da singularidade do direito constitucional (tópico 1.3), os debates sobre a conformação das normas constitucionais adquire relevante significado. Muitas vezes, os textos constitucionais apresentam um teor aberto e com vagueza necessária. Não é função dos textos constitucionais a regulação de todo e qualquer problema humano. Falar em “lacunas”

porque algo não foi previsto expressamente no texto constitucional parece ser algo também problemático. A função da Constituição é organizar o exercício do poder político e estabelecer as balizas e os limites das nossas instituições sociais. Por essa razão, é preciso compreender que muitos comandos normativos podem ser regulamentados/ conformados pelas instituições públicas – desde que sejam obedecidas as próprias balizas do texto constitucional.

O debate sobre a conformação da Constituição pelas práticas administrativas e legislativas merece atenção. Até concordamos com o comentário do Min. Gilmar Mendes sobre as muitas mudanças infraconstitucionais no sistema de controle de constitucionalidade. A importância prática de um dispositivo também pode se alterar no tempo. Mas seria possível propor uma interpretação que tente contornar um texto constitucional considerado “caduco”?

Quando não há oposição frontal ao texto, é possível afirmar que, sim, a prática legislativa e administrativa pode conduzir o jurista à percepção de novos problemas. É possível que, em razão desses novos problemas e nova compreensão da realidade, seja feita uma atribuição diferente de sentido da norma.

No caso brasileiro, considerando a realidade legislativa e jurisdicional, poderia ser considerado até um ato de usurpação de competências, o que pode gerar outros problemas institucionais. Por isso, os processos de justificação também devem ser transparentes no que diz respeito às consequências desejadas e indesejadas das diferentes possibilidades decisórias.

Há, no entanto, um sentido mais específico que merece atenção: as mutações de direitos fundamentais. Embora alguns casos possam ser categorizados em algum dos tópicos anteriores, é relevante notar alguns desafios e problemas observados na interpretação que enfrenta o tema das garantias e direitos. É o que passamos a verificar.

5.5 ALTERAÇÕES INTERPRETATIVAS DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS POR MEIO DE MUTAÇÕES: GUINADA JURISPRUDENCIAL OU ATUALIZAÇÃO DO ÂMBITO NORMATIVO?

Neste último conjunto de decisões – sobre alterações interpretativas dos direitos fundamentais com base em mutações constitucionais, encontramos o registro de 13 processos julgados. Deste total, parte significativa versa sobre a polêmica alteração de entendimento sobre a execução provisória da pena e trânsito em julgado: a garantia constitucional da

presunção de inocência. São eles: HC 126292, HC 127900, RHC 93172, HC 152752/PR e a ADC 43/DF MC. O tema é dos mais complexos, o que justifica a ampla literatura existente⁴²².

Dentro do possível programa de pesquisas sobre a presunção de inocência no direito brasileiro, precisaremos manter nosso recorte. Ou seja, apenas pretendemos explorar o uso da mutação constitucional enquanto possível argumento nesses processos decisórios.

Embora não tenhamos a pretensão de aprofundar uma análise dogmática sobre o tema, precisamos registrar que esta polêmica constitucional gira em torno do art. 5º, LVII, do texto constitucional brasileiro (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”). E, pelo menos desde 1992, a presunção de inocência foi reforçada pelo artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴²³, cuja força normativa é atualmente considerada supralegal no ordenamento jurídico brasileiro.

Na jurisprudência recente do STF, a proposta de execução da pena após julgamento de segunda instância não costumava ser visto como algo unânime. Em 2004, durante o julgamento do HC 84078/MG, o Min. Carlos Ayres de Britto apontou a existência de uma clara divergência de entendimento entre as duas Turmas, solicitando a remessa ao Pleno. Embora tenha sido vencido o relator, Min. Eros Grau, a maioria decidiu levar o julgamento ao Plenário. E apenas em 2009, após um pedido de vista, a maioria dos ministros consolidou o entendimento: quando não fundamentada a prisão preventiva no caso concreto, é inconstitucional a ordem de prisão anterior ao trânsito em julgado. No voto do Min. Gilmar Mendes, aparece a mutação constitucional como um argumento adicional prescindível, inclusive com menção ao argumento de Peter Häberle sobre “pós-compreensão”.

No entanto, em 2016, o STF alterou sua jurisprudência sobre a matéria. No polêmico julgamento do HC 126.292, o Min. Teori Zavascki apresentou uma série de razões para “restaurar” o “tradicional entendimento desta Suprema Corte”: a “execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação” não viola o princípio constitucional da presunção de inocência. Tal entendimento foi acompanhado por mais 6

⁴²² Para algumas pesquisas específicas sobre esses julgamentos, cf. MALTA, Nigel Stewart Neves Patriota. *A interpretação do princípio da presunção de inocência: análise acerca da sua mutação no âmbito do Supremo Tribunal Federal*. UFAL: Dissertação de mestrado em Direito, 2018; XAVIER, Gustavo Silva. *Jurisdição Constitucional e decisão judicial: uma análise da execução antecipada da pena sob os aportes da crítica hermenêutica do direito*. Faculdade de Direito do Sul de Minas: Dissertação de mestrado em direito, 2018; ROSA, Moises dos Santos. *A antecipação provisória da pena à luz do direito fundamental à presunção de inocência: uma leitura a partir de Ronald Dworkin*. Faculdade de Direito do Sul de Minas: Dissertação de mestrado em direito, 2019.

⁴²³ Teor literal do artigo 8.2: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma inocência sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. [...]”.

ministros do STF. Curiosamente, o Min. Gilmar Mendes votou junto com a maioria dos ministros em 2009 e em 2016, modificando sua própria interpretação.

Neste julgamento em 2016, a mutação constitucional é amplamente citada no voto do Min. Luís Roberto Barroso. Segundo este ministro, a nova decisão de 2009 permitiu um “poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios”, reforçou a seletividade do sistema penal (em benefício dos que podem contratar os melhores advogados em sucessivos recursos) e “contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”. Portanto, para manter a efetividade da lei penal e resguardar os bens jurídicos, seria necessária uma nova compreensão. Seria, assim, um “típico caso de mutação constitucional” (HC 126292, p. 35).

Porém, ainda em 2016, é iniciado o julgamento da ADC 43, cuja pretensão era a declaração da constitucionalidade da opção legislativa no Código de Processo Penal (art. 283) que pretendia condicionar a execução da pena ao trânsito julgado de sentença penal condenatória. Embora o julgamento tenha sido concluído apenas no final de 2019 com uma nova alteração jurisprudencial, os debates sobre a mutação constitucional estão presentes também nesta ação desde 2016 (portanto, incluídas no objeto desta análise).

No julgamento da ADC 43, o Min. Luís Roberto Barroso utilizou idêntica fundamentação sobre a ocorrência de mutação constitucional. No entanto, enfrentou resistência apresentada pelo Min. Ricardo Lewandowski. Segundo este, também as mutações constitucionais devem ser limitadas pelas cláusulas pétreas (caso da garantia da presunção de inocência). Ora, se nem mesmo os parlamentares possuem o poder para abolir ou mitigar direitos e garantias fundamentais, então por qual motivo seria lícito aos juízes? Segundo Lewandowski, não podem ser legítimas as argumentações sobre mutações para “vulnerar valores fundamentais” que sustentam a Constituição brasileira (ADC 43, p. 184).

Desse modo, embora as mutações constitucionais também estejam relacionadas aos direitos fundamentais, é relevante perceber que também os juízes brasileiros podem tentar restringir direitos fundamentais com base em uma justificativa sobre a eficiência dos instrumentos e mecanismos para a tutela de bens jurídicos constitucionais. Por outro lado, não é uma argumentação pacífica, pois também encontra resistência a partir do critério da “petrificação” dos direitos fundamentais.

Além da presunção de inocência, outros direitos e garantias fundamentais tiveram sua interpretação transformada, com breves menções à mutação constitucional:

a) a equiparação na licença maternidade entre gestantes e adotantes nos votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux (RE 778889) para ampliar o sentido tradicional da garantia constitucional de licença maternidade;

b) nova compreensão da prescrição prevista no art. 7º, XXIX (inconstitucionalidade dos artigos 23, 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990): voto-relatório do Min. Gilmar Mendes no RE 522.897/RN;

c) hipóteses de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária (direitos políticos) na argumentação desenvolvida por Eros Grau (MS 26602, 26603 e 26604);

d) benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente, com previsão no art. 203, V, da Constituição Federal (Reclamação 4374, votos de Gilmar Mendes e Luiz Fux, para rediscutir antiga decisão do próprio STF);

e) interpretação da Lei de Anistia, tendo como parâmetro o art. 8º do ADCT (RE-EDv 166791, RE-EDv-ED 174161). Neste julgado, o Min. Gilmar Mendes reescreve idêntica fundamentação sobre mutação utilizada no julgamento de 2009 sobre presunção de inocência.

Nestes julgados, alguns pontos despertam maior atenção.

No julgamento de mérito do RE 778889/PE, foi apresentada uma extensa fundamentação sobre a ocorrência de mutação constitucional para igualar gestante e adotante. No voto do relator, o Min. Luís Roberto Barroso apresentou sua própria doutrina sobre o tema, com citação do seu manual. Ao final do julgamento, em esclarecimento à divergência do Min. Marco Aurélio, sintetizou seu pensamento: a interpretação vigente do STF desde 2000 “correspondia à percepção dos fatos e do Direito à época”. Em seguida, leciona que “mutação constitucional ocorre quando o Tribunal Constitucional muda um entendimento que já havia professado, por estas razões: mudou a realidade social ou mudou a compreensão de um determinado fenômeno” (RE 778889, p. 65). Também o Min. Fux escreveu: “assistimos a uma verdadeira mutação constitucional, porque o conceito de família mudou desde o momento em que o constituinte resolveu legitimar as uniões estáveis” (RE 778889, p. 58). Mas realmente houve mudanças tão fortes na compreensão da matéria entre os anos 2000 e 2016 sobre a igualdade entre gestante e adotante? A ponto de ser mutação constitucional?

No caso da Reclamação 4374, julgada improcedente, o Min. Luiz Fux (Rcl 4374, p. 56-57) alertou: “o Supremo Tribunal Federal – que depois daqui não se tem mais para onde recorrer – tem cotidianamente se utilizado do moderno instituto da mutação constitucional. Isso tem sido feito aqui a todo instante. É porque só a Suprema Corte pode fazer isso”. Esse trecho é bastante pertinente à análise realizada nesta tese. Primeiro, porque a mutação é

considerada um “moderno instituto”; segundo, porque é considerado algo exclusivo do STF. Na verdade, por “mutação constitucional”, o Min. Fux entende a possibilidade eventual de mudança no entendimento do STF (e, de fato, apenas o STF poderia fazê-lo).

Na mesma Reclamação, o relator, Min. Gilmar Mendes (Rcl 4374, p. 25-26) havia fundamentado a mutação constitucional a partir das lições de Brun-Otto Bryde para justificar a possibilidade de revisão da decisão proferida na ADI 1.232 em sede de Reclamação. Ao entender o processo hermenêutico como constante reinterpretação da norma, argumenta que a “reclamação, dessa forma, constitui *locus* de apreciação, pela Corte Suprema, dos processos de mutação constitucional e de inconstitucionalização de normas”. Ou seja, uma antiga decisão pode ser revista para redefinir o conteúdo e o alcance do dispositivo decisório. No caso concreto, a antiga declaração de constitucionalidade dos critérios da LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social) pode ser rediscutida novamente em razão das mudanças fáticas e econômicas. Trata-se, assim, de uma proteção atualizada dos direitos fundamentais.

No julgamento do MS 26602 e correlatos, o relator Min. Eros Grau recordou as discussões na polêmica Rcl 4335 para reafirmar a mutação constitucional como uma decorrência da incongruência entre Constituição formal e Constituição material. E que seria preciso indagar se “o texto resultante da mutação mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto”. Ao final, esclarece que são julgamentos distintos e que não deve ser admitida mutação constitucional para inovações nas hipóteses de perda de mandato dos parlamentares e convocação dos suplentes. Porque isso seria transformar o STF em Legislativo (MS 26602, p. 201-205). Interessante ressaltar que tal julgamento está atrelado à ideia de restrições dos direitos políticos fundamentais.

Mas o que todas essas decisões possuem em comum? A partir do efetivo uso do argumento da mutação constitucional, a ênfase principal para uma alteração na compreensão de um direito fundamental não tem sido uma simples avaliação metodológica sobre o âmbito de proteção jurídica (o setor de realidade social que sofre transformações). Na verdade, há alguma percepção de que as interpretações tradicionais passaram a ser vistas como insuficientes ou inadequadas. Seja porque as consequências práticas revelaram uma degeneração do sistema criminal ou instrumentalização de garantias, seja porque determinados grupos de pessoas ainda não foram protegidos de forma adequada pela literalidade dos textos (como no caso da licença-maternidade para adotantes).

5.6 CRÍTICA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA PRÁTICA BRASILEIRA

Em sede de conclusão provisória, é possível perceber que os diferentes usos da mutação constitucional na prática jurisdicional brasileira suscitam problemas.

Inicialmente, cabe destacar que nossa sistematização em quatro categorias (omissões inconstitucionais, atualização principiológica, transformações da práxis constitucional e alteração interpretativa de direitos fundamentais) não garante que o STF continue utilizando o argumento nestes casos. Poderá criar novas utilizações ou deixar de aplicar o argumento da mutação constitucional. Não pretendemos, de forma alguma, fixar categorias e nomenclaturas.

As transformações experimentadas pelo STF, ao longo das três décadas pesquisadas, demonstram que os diferentes usos, concepções e metodologias adotadas podem criar desacordos complexos nos processos deliberativos. Não é apenas divergência sobre o conteúdo das regulamentações jurídicas, mas dissensos procedimentais. Tal problema, porém, não se resume ao pluralismo metodológico, que é natural nos julgamentos humanos.

Diferente de outras teses acadêmicas, não nos parece útil “reformular” ou “reconstruir” conceitos dogmáticos alheios à prática jurisdicional real. Há que se ter uma indagação constante sobre a prática deliberativa brasileira. Nas decisões do STF, é possível encontrar votos sobre a insuficiência de uma mera alteração interpretativa para se configurar mutação, mas também há votos que chamam de mutação constitucional qualquer atualização interpretativa de norma constitucional.

Para oferecer uma crítica aproveitável sobre os dados analisados nesta pesquisa, refletimos sobre três questões centrais: a) transparência das premissas metodológicas adotadas e confusão argumentativa; b) construção de uma decisão colegiada institucional aberta aos desacordos; c) o emprego do racionalismo crítico às discussões jurídicas.

Quanto ao primeiro aspecto, percebemos que um primeiro problema do discurso das mutações constitucionais é uma questão de teoria da argumentação jurídica. Essa não é uma crítica dirigida a um ministro específico, mas à cultura jurídica brasileira em geral. Isso também foi constatado na análise da literatura. Quando são realizadas citações doutrinárias ou menções jurisprudenciais, há apenas uma mistura de coisas semelhantes nem sempre idênticas. O discurso jurídico, de algum modo, adaptou-se a um sistema argumentativo que coleta trechos de correntes de pensamento muito diferentes. Sendo autores que falam sobre coisas parecidas, por qual motivo não reunir os argumentos que parecem se encaixar? Este é um erro que pode ser cometido por qualquer um.

Procurar estabelecer limites dogmáticos à mutação constitucional legítima pode ser uma tarefa importante para a dogmática jurídica, mas é necessariamente precária e incompleta. Apontar, de forma abstrata, que os limites seriam os textos ou princípios fundamentais do sistema não diz muita coisa. Afinal, estes também requerem interpretação. Por essa razão, enfatizamos que os limites da interpretação jurídica são formulados interpretativamente de modo contingente.

Importa destacar também, conforme ressalta Friedrich Müller⁴²⁴, que os processos de justificação das decisões “devem demarcar no caso individual as suas fronteiras com probidade, sem velar globalmente um *no liquet* quanto ao método por meio da referência à ‘natureza da coisa’, à ‘essência’ de uma relação jurídica ou de um instituto jurídico”. Por isso, em seguida, o autor conclui que “criptoargumentos dessa espécie encobrem quase sempre a *Dezision* enérgica, a ponderação irracional de valores ou passos convencionais de interpretação, não explicitados por razões quaisquer”. O mesmo parece ocorrer com a mutação constitucional, no sentido de ser utilizado, em alguns casos, como um aparente conceito jurídico capaz de legitimar mudanças normativas.

Ainda que seja contingente, a possibilidade de controle entendida como fiscalização, crítica e advertência persiste. Portanto, para favorecer uma cultura democrática do ambiente argumentativo, um dos elementos básicos é o dever de fundamentação. Mas conforme as diretrizes do Racionalismo Crítico, o dever de fundamentação e publicidade precisa ser constantemente repensado, pois não podemos alcançar um conteúdo estático e perfeito para solucionar problemas sociais.

Nesse sentido, o dever de fundamentação das teorias da argumentação jurídica está atrelado também ao dever de transparência. Para permitir o acompanhamento das decisões e também para operacionalizar a crítica jurídica, as premissas metodológicas precisam ser esclarecidas assim como as pré-compreensões e as concepções de termos juridicamente indefinidos. De algum modo, a legislação processual brasileira está atenta a essas questões e vinculou os intérpretes judiciais a serem claros quanto a esses aspectos⁴²⁵.

Institucionalmente, não temos um conceito unívoco nem critérios claros. Muitas vezes, não temos sequer conhecimento dos argumentos institucionais da fundamentação jurídica

⁴²⁴ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 84.

⁴²⁵ Um bom exemplo é o dispositivo jurídico presente no art. 489, §2º, do Código de Processo Civil: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

vinculante. Afinal, a soma dos argumentos individuais não significa argumentação institucional do Tribunal. Por essa razão, também enfatizamos um segundo aspecto que merece atenção em nossos dados: a construção de decisão colegiada e institucional sem perda da abertura cognitiva.

No sistema de vocabulário jurídico adotado pelo STF (Tesauro⁴²⁶), a mutação constitucional é apresentada a partir de uma definição dada por Inocêncio Mártires Coelho que referencia o trabalho de Anna Cândida:

(...) denominam-se mutações constitucionais, expressão que Anna Cândida da Cunha Ferraz utiliza para os processos informais que, sem contrariar a Constituição, alterem ou modifiquem o sentido, o significado ou o alcance das suas normas, rotulando como inconstitucionais os procedimentos que ultrapassem os limites da interpretação e produzam resultados hermenêuticos incompatíveis com os princípios estruturais da lei fundamental. (COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 22).

No entanto, tal como já discutido ao longo deste trabalho, o termo é polissêmico. “Não contrariar a Constituição” significa não contrariar o texto constitucional, as cláusulas pétreas, a norma constitucional em sentido material? Seria ilusória a tentativa de afirmar que todas as expressões consagradas no meio jurídico e teórico possuem um sentido objetivo uniforme entre os observadores: “constituição”, “princípio”, “norma”, “positivismo”, “realismo jurídico”, “teoria crítica”, dentre tantos outros. Pior ainda seria esperar uma atuação previamente determinada de todos os sujeitos humanos envolvidos no processo decisório.

O desenvolvimento institucional dos procedimentos não implica em necessário enrijecimento dos tribunais. Porque os próprios procedimentos deliberativos podem exigir a adoção de ferramentas comunicativas que incluam algum tipo de controle jurídico por meio e de maior acompanhamento das práticas jurídicas. No decorrer desta breve análise dos diferentes usos da mutação constitucional, frequentemente, são percebidas as ausências de indagações sobre argumentos opostos à tese da mutação e até mesmo uma análise mais aprofundada sobre os elementos empíricos envolvidos na manutenção do entendimento tradicional sobre a matéria.

Significa que devemos abandonar a tese da mutação constitucional? Não necessariamente. Os fenômenos e os problemas sociais continuam existindo. O problema não

⁴²⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp>. Consulta em: 23 de julho de 2020.

é simplesmente terminológico/linguístico. Afinal, as decisões judiciais que rompem com entendimentos prévios produzem impactos regulatórios que devem ser observados.

Nesta linha de pensamento, considerando os problemas metodológicos e institucionais, pensamos que pode ser útil a formulação de aplicações do racionalismo crítico aos problemas enfrentados pelo STF. Embora não tenhamos tido contato com nenhuma pesquisa brasileira ou estrangeira que relacione racionalismo crítico e mutação constitucional, o ponto de contato entre as duas questões é justamente o problema epistemológico da evolução do conhecimento. Não em um sentido de progresso histórico, mas na perspectiva de uma discussão crítica sobre a manutenção ou ruptura de uma tradição social específica.

Depois de termos desenvolvido as principais características de uma metodologia jurídica inspirada no Racionalismo Crítico de Popper, foi possível observar uma série de problemas práticos percebidos tanto na literatura quanto nas esferas decisórias. Agora, com a devida compreensão das múltiplas e controversas aplicações da mutação constitucional no Brasil, podemos apresentar um panorama hipotético para o enfrentamento dos problemas em torno de um modelo de análise crítica das manutenções ou refutações de uma tradição legal.

Discutidas todas essas questões, foi possível oferecer uma resposta preliminar ao problema de pesquisa levantado no início desta investigação. Além de descrever os diferentes usos das mutações constitucionais pelo STF nas três primeiras décadas da Constituição brasileira de 1988, conseguimos também desenvolver análises baseadas na literatura alemã e brasileira sobre o tema. Também já foram apresentadas algumas possibilidades genéricas de aplicação do Racionalismo Crítico ao estudo das argumentações jurídicas.

No entanto, discutidas todas essas questões, a pesquisa pode também contribuir para a elaboração de um programa de pesquisa ligada às teorias da argumentação jurídica a partir de uma metódica que enfrente o problema específico da evolução do direito à luz de uma aplicação integral e mais ampla do Racionalismo Crítico.

6 O PROBLEMA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DO RACIONALISMO CRÍTICO: APLICAÇÃO DE UM MODELO ANALÍTICO DO DIREITO

6.1 QUESTÕES PRELIMINARES A RESPEITO DA APLICAÇÃO DO RACIONALISMO CRÍTICO NO DEBATE SOBRE AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Neste momento da tese, após a devida crítica das insuficiências das argumentações sobre a mutação constitucional nos discursos jurídicos brasileiros, acreditamos que é possível estabelecer alguns parâmetros conjecturais para a aplicação de um modelo crítico de análises de processos decisórios.

Em outras culturas jurídicas, o problema da mutação constitucional pela decisão judicial é considerado como “*Informal Constitutional Change*” ou “*Informal Constitutional Amendment*”, termo que deve ser traduzido com muita cautela⁴²⁷. Independente das disputas linguísticas, o que está em jogo é uma alteração daquilo que tradicionalmente se compreendia da Constituição. E como enfrentar esse impulso dinâmico da interpretação jurídica?

Bernd Rüthers oferece uma possibilidade razoável de reflexão a partir de um racionalismo crítico. Considerando a relação integrada entre normatividade jurídica e realidade social, o raciocínio jurídico aproxima-se de tecnologias sociais com análises sobre impactos regulatórios. Tal como desenvolvido no tópico 1.4 desta tese, uma das principais contribuições de Bernd Rüthers é a compreensão da “interpretação ilimitada” (*unbegrenzten Auslegung*) e seu enfrentamento pela “função de alerta” da metodologia jurídica⁴²⁸.

Esta função de advertência ou função de alerta está conectada com uma das possibilidades de controle contingente da interpretação jurídica. Como desenvolvido em outro trabalho, a compreensão tripartite da interpretação jurídica permite que o jurista perceba três

⁴²⁷ Não duvidamos que surjam manuais brasileiros e exames de concurso público sobre o tema das “emendas constitucionais informais”, produzidas pelo Poder Judiciário. De todo modo, a literatura estrangeira examinada até aqui não parece ser original. Alguns, como Yaniv Roznai, também estabelecem demarcação entre legitimidade e ilegitimidade das alterações informais com base em limites ao poder de reforma e identidade constitucional. No entanto, não examinaremos neste trabalho as insuficiências dessas abordagens. Para maior aprofundamento, cf. ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Change by Courts. *New England Law Review*, v. 51, n. 3, 2018; ALBERT, Richard. How Unwritten Constitutional Norms Change Written Constitutions, *Dublin University Law Journal*, v. 38, n. 387, 2015; ALBERT, Richard. Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude, *American Journal of Comparative Law*, v. 62, n. 641, 2014; OLIVER, Dawn; FUSARO, Carlo. *How Constitutions change: a comparative study*, Hart Publishing, 2011; GINSBURG, Tom; POSNER, Eric A. Subconstitutionalism. *Stanford Law Review*, v. 62, p. 1583-1600, 2010; ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. v. 2. Cambridge: Belknap Press, 1998, p. 383-420; STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 120-139; JEFFERY, Charlie. Dimensions of Constitutional Change: Germany and the United Kingdom Compared. In: GUNLICKS, Arthur B (Org.). *German Public Policy and Federalism: Current Debates on Political, Legal, and Social Issues*. New York: Berghahn Books, 2003. p. 197-203.

questões distintas e relacionadas: ato interpretativo, produto interpretativo provisório e processo interpretativo contínuo⁴²⁹. Em outras palavras, ao longo de um processo interpretativo sobre determinada questão constitucional (que não se encerra), um determinado produto interpretativo daquela sociedade é desafiado por novos atos interpretativos. No caso da mutação constitucional, há uma disputa sobre a manutenção ou ruptura de uma tradição interpretativa, um produto histórico organizado pela dogmática jurídica.

Notamos que o Racionalismo Crítico funciona como um vetor interpretativo. Não pretende ser um modelo fixo e autossuficiente de argumentação jurídica sobre todas as questões. De todo modo, o procedimento de abordagem crítica permite algumas discussões pertinentes sobre o conhecimento humano. Por ser um modelo não totalmente fechado, mais relevante e necessário torna-se seu debate no ambiente acadêmico.

Por se tratar de um “modelo evolucionista”, preocupado com as transformações e não com sua origem, Popper constituiu uma demarcação entre ciência e não ciência que pode ser também utilizada em outros campos. Conhecimento jurídico não necessariamente envolve decisões de autoridades legitimadas apenas pelo procedimento. Desse modo, ao buscarmos construir um modelo analítico para as transformações do direito, buscamos refletir os problemas criticados nos capítulos anteriores por meio de um ambiente científico livre.

A respeito do debate sobre causalidade e justificação lógica, Neil MacCormick acolhe expressamente o Racionalismo Crítico em determinado ponto: “minha própria resposta é novamente popperiana” e aponta que a justificação razoável de causalidade é possível enquanto não for refutável, sendo mais persuasivo quando houver ampla corroboração e quando os testes de falsificação forem mais intensos⁴³⁰.

A interpretação do direito envolve disputas de narrativas e interpretações sobre a realidade social também. Nesse aspecto, a disputa entre interpretações alternativas apresenta-se como um dever de conjecturar diferentes cenários regulatórios e seus impactos. Desejamos construir um método de análises do direito? Segundo Karl Popper, uma teoria científica só pode afirmar algo sobre o mundo empírico se for capaz de “entrar em choque” com o mundo

⁴²⁸ BIRK, Axel. Der kritische Rationalismus und die Rechtswissenschaft: Bernd Rüthers und Karl-Heinz Fezer – ein Ausgangspunkt, unterschiedliche Folgerungen. *Rechtstheorie*, n. 48, 2017, p. 50-56.

⁴²⁹ ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 84; 94-96.

⁴³⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 127-128.

real: se estiver disposta a tentar ser refutada⁴³¹. Significa, portanto, que os impactos regulatórios e as consequências de determinada legislação ou interpretação jurídica precisam necessariamente ser consideradas.

A construção conjectural sobre os diferentes cenários e situações pode ser encontrada no pensamento de Popper do seguinte modo:

A lógica situacional de Popper é uma análise “objetiva” no sentido de reflexão sobre elementos públicos que podem ser observados por diferentes indivíduos. Na Economia, por exemplo, Popper busca explicar a ação humana com a “ajuda da situação”, ou seja, se a ação foi “apropriada à situação”. Para isso, necessário investigar os “alvos objetivos” que caracterizam a situação específica. Assim, as metas humanas e os componentes relativos ao momento histórico precisam ser considerados. De forma mais específica, podemos definir a lógica situacional como uma reconstrução teórica que pode revelar-se falsa (se refutada por alguma fonte histórica, por exemplo) ou pode ser considerada uma aproximação provisória da verdade. Assim, é preciso que tais reconstruções situacionais sejam criticáveis e capazes de sofrer refutação e aperfeiçoamento⁴³².

E no caso do direito? Popper menciona que leis, costumes coercitivos, Estado e força policial são alguns exemplos de instituições sociais movidas por indivíduos. Desse modo, a lógica situacional possibilita a análise de um mundo físico e um mundo social observável que pode refutar o conhecimento científico⁴³³.

A principal sugestão de Karl Popper para a aplicação do Racionalismo Crítico nas ciências sociais aparece do seguinte modo: lógica situacional (reconstrução do cenário) + abordagem crítica das instituições sociais e das tradições. A partir disso, podem ser construídas teorias das consequências institucionais (planejadas ou não) e teorias sobre criação e desenvolvimento de instituições⁴³⁴.

No caso das ciências sociais (teóricas ou históricas), Popper apresenta o problema científico em torno da explicação e percepção dos acontecimentos relativos à ação humana e suas respectivas situações sociais. A partir de uma “análise situacional”, caberia ao cientista avaliar coisas físicas, instituições sociais e até mesmo os objetivos situacionais. É, portanto,

⁴³¹ POPPER, Karl. *O mito do contexto*: em defesa da ciência e da racionalidade. Trad. Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 123.

⁴³² POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. trad. E.R. Martins, A.C.M. Acquarone Filho e V.O.M. Silva. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1999, p. 31-32.

⁴³³ POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. trad. E.R. Martins, A.C.M. Acquarone Filho e V.O.M. Silva. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1999, p. 32-33.

uma tentativa de compreender determinado fenômeno social a partir de suas particularidades. Dentre os exemplos citados por Popper, aparecem elementos como o mercado, os contratos jurídicos, os tribunais, a linguagem social e os sistemas de preço. Todos esses entendidos como instituições sociais que podem ser refletidos e criticados pela abordagem crítica⁴³⁵.

Não se trata de experimentar realmente todos os cenários na prática. Como afirmava Reinhold Zippelius⁴³⁶, há um “raciocínio antecipador de caráter conjectural”. Quanto à prática jurídica, é também processo objetivo articulado com propósitos expressos ou implícitos⁴³⁷.

Não basta apenas catalogar ou descrever como os tribunais decidem. Para Karl Popper, não há ciência social no simples ato de descrição, pois teorizar é algo imprescindível⁴³⁸. Na verdade, o raciocínio inicia sempre a partir de um problema observado. Na formulação da hipótese, há alguma teoria ou cosmovisão do observador.

Quando se trata da mutação constitucional em sentido mais restrito, alteração de sentido que ocorre “no interior da norma”, a abertura de novas hipóteses deve proporcionar uma reflexão crítica sobre a atualização de conceitos e princípios jurídicos em face de uma nova percepção do direito ou da realidade social. Nesta situação, a abordagem do Racionalismo Crítico exige a necessidade de uma lógica situacional do seguinte modo: para concretizar os propósitos jurídicos em conformidade com as proposições institucionalizadas, deve o jurista avaliar os diferentes efeitos regulatórios no cenário de manutenção do entendimento vigente e nos cenários de propostas de modificação interpretativa.

Na abordagem do Racionalismo Crítico, o modelo de análises apresenta-se de modo pontual, delimitado e gradual. E necessariamente comparativo. A razão é simples: mudanças bruscas e demasiadamente amplas não permitem a identificação do fator problemático que poderá surgir e isso torna mais difícil sua correção. Por isso, as tentativas de remodelação total da sociedade por meio de um plano fixo assume caráter necessariamente totalitário, no

⁴³⁴ POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. trad. E.R. Martins, A.C.M. Acquarone Filho e V.O.M. Silva. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1999, p. 33.

⁴³⁵ POPPER, Karl. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Trad. Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 202-205.

⁴³⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016, p. 44.

⁴³⁷ Eventuais problemas de irracionalidade política na prática jurídica (premissas não expostas à crítica ou que sugerem a adoção das piores teorias) não impedem a possibilidade de uma ciência jurídica crítico-racional. O problema da inefetividade do direito sugere muitos problemas para a prática jurídica e social, mas não pode servir como instrumento para silenciar a crítica normativa sobre aperfeiçoamento da ordem jurídica.

⁴³⁸ POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. trad. E.R. Martins, A.C.M. Acquarone Filho e V.O.M. Silva. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1999, p. 29-30.

sentido empregado por Karl Popper e Reinhold Zippelius⁴³⁹. Significa que todo planejamento e quaisquer regulações são consideradas incompletas ou imperfeitas e devem ser monitoradas. Esta ideia poderia ser formulada como princípio da permanente correção (gradual) de erros.

Trata-se de um dever de cautela que pode ser concretizado por meio da tarefa de observação e acompanhamento dos resultados de uma determinada regulação ou sua aplicação interpretativa. É preciso conhecer as deficiências e dificuldades práticas para fornecer novas soluções. No direito constitucional, as transformações de sentido da norma constitucional (mutação interpretativa) aparecem justificadas pela fundamentação do avanço gradual no aperfeiçoamento da proteção jurídica daquela sociedade.

Nesse sentido, as teorias e hipóteses interpretativas não são modelos rígidos e perfeitos aplicados em um determinado momento da vida constitucional. Na verdade, são soluções que, embora possam ser definitivas para o caso concreto e para as relações jurídicas atingidas naquela circunstância temporal, possuem o caráter precário da provisoriedade. Em face da dinâmica epistemológica vivenciada pelo direito constitucional, é natural que desafie nossas teorias e antigas respostas de forma permanente.

Com base nos estudos sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal, realizados no capítulo anterior, refletimos sobre os principais problemas encontrados na argumentação e buscamos construir um modelo analítico do Racionalismo Crítico nos seguintes termos:

No Racionalismo Crítico, a evolução do conhecimento científico é possível por meio da identificação de problemas concretos. Estes são refletidos e discutidos com abertura crítica e análise comparativa das possibilidades. Aproxima-se da resposta ideal a argumentação que apresente os melhores resultados diante do mundo empírico e em comparação com argumentações alternativas. O julgamento é também provisório e suscetível a novas críticas e refutações por meio da noção de “conhecimento objetivo”.

Por essa razão, a primeira etapa é a identificação das premissas iniciais: que problema foi encontrado? No caso, a tradição jurídica (no sentido de entendimento vigente sobre o direito) está sendo desafiada por novas interpretações ou pelas práticas sociais. Então, qual o problema específico da manutenção daquele entendimento tradicional?

Portanto, nos casos de mutação constitucional, sempre há algum problema (de efetividade, de produção de um indesejável estado de coisas, de interpretação lógica ou qualquer outro que desafie sua aplicação futura). Mas também envolve necessariamente

⁴³⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016, p. 528.

algum entendimento prévio sobre o assunto. Caso contrário, não estaríamos falando de mutação constitucional, mas sim de uma interpretação inaugural ou precedente original.

A argumentação jurídica necessariamente envolve estes dois elementos: problema e tradição (como um determinado problema jurídico era respondido até aquele momento). Mas há também um terceiro elemento prévio que precisa ser tratado de forma transparente: qual o estado de coisas desejado pelo direito? Estamos mudando uma interpretação em nome de qual propósito? Qual a finalidade jurídica que está sendo atendida? Esse problema envolve o estabelecimento de um parâmetro para a análise das diferentes hipóteses de solução.

Este tripé (problema – tradição – parâmetro jurídico) será desenvolvido no próximo tópico (5.2.). Desde já, é possível salientar que a devida compreensão dessas premissas será fundamental para a construção de hipóteses alternativas a respeito de uma melhor tutela jurídica dos problemas sociais.

Há dois pontos aparentemente antagônicos que precisam ser harmonizados no modelo: a argumentação jurídica precisa respeitar as escolhas públicas das forças políticas que legitimam a ordem jurídica específica. Por outro lado, a ordem jurídico-constitucional não é estática e está aberta a processos de adaptação sociopolítica. Parece-nos que essas duas ideias são conciliáveis, desde que haja um esforço crítico e comparativo para avaliar as diferentes interpretações possíveis para solução de determinado problema jurídico segundo as características e peculiaridades do caso.

Em seguida, será apresentada a etapa de elaboração de cenários contextualizados para a argumentação de hipóteses de solução, incluindo a análise de consequências de cada cenário e seu procedimento de refutação (tópico 5.3.).

Quando escolhida a hipótese mais próxima da resposta ideal, discutimos os elementos argumentativos acerca da correção de efeitos indesejados e regularização proporcional do novo estado de coisas (tópico 5.4.). Essa análise será voltada principalmente para as inovações legislativas brasileiras a respeito do assunto. E como, do ponto de vista dogmático, seria possível aprimorar essa etapa de análises.

Por fim, considerando a função de advertência da ciência jurídica no Racionalismo Crítico, também são realizadas considerações a respeito de uma última etapa do modelo: o acompanhamento crítico dos resultados e a nova abertura à crítica, reiniciando as análises (tópico 5.5.). A necessidade de acompanhamento e crítica das interpretações e conjecturas preexistentes é tão importante quanto à primeira tomada de decisão sobre o caso. E o procedimento de abordagem crítica não encerra após o julgamento de um caso.

Cumpramos ressaltar que, neste capítulo final da tese, não buscamos simplesmente iniciar uma nova tese sobre como seria o modelo analítico do Racionalismo Crítico. Mas, pelo contrário, sedimentar toda a discussão realizada sobre a aplicação do Racionalismo Crítico ao estudo das mutações constitucionais a partir dos vários problemas argumentativos encontrados na literatura e nas decisões judiciais. Portanto, durante a explicação das etapas, também retomaremos alguns casos já discutidos anteriormente para ilustrar as vantagens da aplicabilidade do modelo de análise.

6.2 ETAPA 1: IDENTIFICAÇÃO E ESTABELECIMENTO DE PREMISSAS: PROBLEMA, TRADIÇÃO JURÍDICA E ESCOLHA DO PARÂMETRO

Conforme desenvolvido desde o primeiro capítulo⁴⁴⁰, a perspectiva do Racionalismo Crítico impõe uma necessidade de observação de problemas práticos. Ainda que se trate de uma “discussão em tese”, o direito envolve argumentos práticos contextualizados em uma realidade social específica. No caso do conhecimento jurídico, os problemas não giram em torno de disputas simplesmente textuais. É claro que, em muitos casos, pode haver disputas narrativas pragmáticas sobre o uso de um determinado conceito ou sobre o enquadramento em uma ou outra categoria (a prisão ocorreu por “flagrante provocado” ou “flagrante impróprio”?). No entanto, o que está em jogo é uma realidade prática.

Após desenvolver a particularidade dos problemas jurídicos, foram apresentados dois tipos diferentes de problema jurídico: a) problemas que exigem um juízo valorativo social e cultural para a estabilização de determinadas expectativas; b) problemas derivados da necessidade de dar concretude às soluções fornecidas que exigem uma regulamentação técnica ou de acompanhamento dos resultados. Aqui essa distinção é apresentada como problemas de primeira e segunda ordem, mas outros autores sugerem que essa distinção dos diferentes problemas também cria uma distinção entre normas jurídicas autênticas e técnicas (Hans Fehr e Hsü Dau-Lin).

Agora, observando melhor a teoria e prática da mutação constitucional, percebemos um problema de desenvolvimento do sistema jurídico. A antiga solução interpretativa não guarda mais uma relação harmônica com a realidade social e administrativa, de modo que sua manutenção poderá gerar efeitos não pretendidos pela sociedade. Por essa razão, o exame do problema jurídico envolve necessariamente a análise da tradição jurídica: a tradicional interpretação vigente pretendia solucionar que tipo de problema jurídico e por qual motivo ela

⁴⁴⁰ Rever seção 1.1: “Problemas e deveres jurídicos como um possível ponto de partida”.

não é mais satisfatória? A mutação pretendida estaria apenas alterando uma regra técnica ou uma questão valorativa discutida na esfera política?

No contexto de um racionalismo crítico, é preciso conhecer bem os problemas e suas especificidades para oferecer melhores respostas. No âmbito das chamadas mutações constitucionais, pensamos que a adaptação das normas jurídicas pode ocorrer de modo também diferenciado em relação aos dois tipos de problemas.

No primeiro caso, os problemas jurídicos de primeira ordem resultam de expectativas e pretensões axiológicas e políticas de uma determinada sociedade em seu contexto histórico e cultural. Nestes casos, há um inegável conteúdo axiológico que, em diferentes doutrinas jurídicas, tem sido chamado de “sentimento jurídico”. A força dos fatos sociais somente seria validada juridicamente se mantido o pressuposto axiológico da sociedade politicamente organizada. Não poderia ser alegado um conjunto de transformações sociais para esvaziar uma decisão política declarada pelas formas reconhecidas da sociedade (no caso brasileiro: principalmente pela formulação textual das constituições).

No segundo caso, quando os problemas jurídicos são decorrentes ou derivados de questões procedimentais de execução e acompanhamento de outros princípios jurídicos, há uma acentuação das questões fáticas que exigem um olhar técnico especial. Segundo Hsu Dau-Lin, nestes casos, há uma maior imposição dos fatos em razão da necessária congruência empírica das normas técnicas. Esse argumento poderia endossar a defesa de mutações constitucionais em nome de uma melhor concretização dos princípios constitucionais.

Porém, nem sempre é fácil realizar essa demarcação. No julgamento da Reclamação 4335, sobre a competência do Senado Federal para suspender a eficácia de lei, alguém tentaria afirmar que se trata de mera questão técnica, de segunda ordem, na medida em que se trata apenas de um procedimento para que uma lei considerada inconstitucional no caso concreto não seja aplicada. E que os procedimentos devem ser entendidos dentro de uma ótica mais geral sobre o controle de constitucionalidade. No entanto, embora não tenha sido necessariamente objeto de amplas discussões sociais, seu fundamento é uma questão valorativa: pode um tribunal restringir a competência de um órgão legislativo para herdar tal poder? Essa parece ser uma questão clássica de distribuição de funções estatais, cuja mitigação poderia acarretar problemas institucionais não desejados pela sociedade. Não seria um precedente perigoso que promoveria a expansão de um órgão estatal sobre os demais?

No caso de mutações sobre problemas de primeira ordem, com juízos valorativos da sociedade, a dificuldade é estabelecer o propósito normativo vinculante que deve ser promovido e a avaliação do cenário regulatório com suas consequências possíveis.

Tudo isso depende da tradição jurídica compreendida pela dogmática jurídica em determinado momento histórico. A forma como os centros de pesquisa, a literatura e os órgãos jurisdicionais lidam com a atribuição de sentido das normas é bastante relevante. Cada sociedade reconhece ou tolera uma série não necessariamente idêntica de argumentos possíveis (fontes do direito, pontos de partida da argumentação, lugares comuns geralmente aceitos na comunidade, premissas institucionalizadas). E cada ramo jurídico persegue um valor específico para solucionar problemas específicos discutidos em um contexto.

Nesse sentido, concluímos que o processo de concretização das normas constitucionais e o dever de acompanhamento de seus resultados precisam passar por um refinamento em conformidade com cada particularidade da norma jurídica. Não há um modelo fixo universal. Há aqui um desafio: desenvolver uma hermenêutica constitucional atenta aos diferentes graus axiológicos e técnicos de cada norma jurídica específica.

Metodologicamente, conjecturamos uma das formas de análise das mutações constitucionais a partir da discussão preliminar sobre estes três aspectos preliminares: problema, tradição e parâmetro de análise.

A respeito do problema, cumpre salientar que o objetivo é oferecer sempre solução interpretativa mais próxima do estado de coisas esperado e realizável⁴⁴¹, com o fim de combater injustiças, sofrimentos e o domínio autoritário dos fortes⁴⁴². Em geral, a identificação do problema jurídico é tratada nos relatórios das decisões judiciais monocráticas ou colegiadas. No entanto, enfatizamos que o relato sobre o problema jurídico pode ser enfrentado também em cada posicionamento, na medida em que não se trata de mera narrativa sobre o desenrolar do processo. Tratar dogmaticamente do problema jurídico é compreender qual o propósito regulatório ou institucional está sendo objeto de análises e quais as dificuldades e os desafios enfrentados pela tradição jurídica. Por quais razões um determinado propósito jurídico não está sendo concretizado pela atual tradição jurídico-dogmática?

Em conjunto com a análise do problema, deve o intérprete demonstrar sólida análise sobre o atual tratamento da matéria. Nem sempre há uma tradição sólida (ou um conhecimento a seu respeito). Isso pode ser feito com apoio de abordagens históricas e

⁴⁴¹ Não necessariamente no sentido proposto por Miguel Reale para a realizabilidade dos valores.

evolutivas a respeito do instituto regulatório, mas também pode ser realizado com metodologias mais pragmáticas com ênfase em abordagens literais e entendimentos aparentemente consolidados na prática jurídica⁴⁴³.

No entanto, uma questão metodológica apresenta-se de modo essencial: uma mudança do entendimento tradicional será melhor ou pior de acordo com quais critérios?

Muitos foram os juristas que lembraram o caráter dinâmico do direito, embora sem conseguir definir bem os critérios de análise. Na argumentação de Benjamin Cardozo, aparece um princípio evolutivo do direito que exige a adaptação do direito às modificações da sociedade para que o direito cumpra suas finalidades, mas reconheceu não conseguir uma fórmula para solucionar o enigma⁴⁴⁴. E, nas palavras do Lord Denning, aquilo que é razoável pode mudar na medida em que o ser humano adquire novo conhecimento; os parâmetros normativos não permanecem imóveis⁴⁴⁵. Mas com base em que critérios?

Eis uma das principais dificuldades: o estabelecimento de critérios para avaliação. Sem critérios argumentativos mínimos, esses vetores interpretativos podem ser manipulados de forma mais livre no discurso em nome de algum tipo de populismo jurídico. Por um lado, permite maior pluralismo metodológico; por outro, pode esvaziar a função de advertência.

Ainda há muita confusão em torno da discussão sobre parâmetros normativos da interpretação jurídica e dos mecanismos de controle de validade das normas. Em geral, criou-se o hábito de indicação de textos legislativos como norma-parâmetro. O erro está na fixação de um texto como se ele fosse elemento unívoco e completo de significado, confundindo significante e significado. Para afastar a confusão entre “texto normativo e norma”, a literatura brasileira aponta em várias direções⁴⁴⁶.

⁴⁴² Esse é, em síntese, o grande objetivo da obra de Karl Popper. Cf. POPPER, Karl. *Em busca de um mundo melhor*. 2. ed. Trad. Teresa Curvelo. Lisboa: Fragmentos, 1989, p. 83-86.

⁴⁴³ Cf. Abordagem pragmática de sobre o Direito Penal em: DIMOULIS, Dimitri. *Direito Penal Constitucional: garantismo na perspectiva do Pragmatismo jurídico-político*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 6-27.

⁴⁴⁴ CARDOZO, Benjamin N. *The Growth of the Law*. New Haven: Yale University Press, 1924, p. 143-144.

⁴⁴⁵ Cf. *Qualcast (Wolverhampton) Ltd. v Haynes* [1959]. Ver também a crítica de Neil MacCormick: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 234-246.

⁴⁴⁶ Exemplo é a proposta de Marcelo Neves por um “processo quadrangular”: disposição normativa (1), norma (2), enunciado normativo (3) e proposição normativa (4). A observação de Marcelo Neves abarca alguns momentos distintos da prática jurídica: a disposição (textual) normativa (1) serve como elemento para indagação sobre quais as normas possíveis que podem ser atribuídas (2). Esta norma é atribuída para a disposição normativa por meio de um enunciado normativo ou interpretativo (3). Mas, considerando uma relação circular entre os elementos, este enunciado normativo pode ser indagado sobre quais proposições normativas (4) foram expressas. Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 1-3.

No entanto, a diferença entre texto e norma não pode servir de pretexto para imaginar que os juízes estão legitimados a construir qualquer norma. Para Marcelo Neves⁴⁴⁷, a existência de normas prévias restringe a jurisdição e esses modelos devem ser tratados com cuidados e restrições para evitar um “realismo decisionista”.

No exame das decisões discutidas no capítulo anterior, fica clara a necessidade de observar os propósitos normativos que podem ser indagados por meio dos textos e das decisões enunciadas. Considerando a ciência jurídica como ciência empírica e o direito enquanto uma prática social, é preciso considerar que as regulações jurídicas não são meras abstrações e que possuem finalidades práticas.

Ao pretender avaliar um problema jurídico e a qualidade da tradição jurídica sobre um determinado tema, um dos caminhos possíveis é a indagação sobre qual o objetivo regulatório. Qual o propósito normativo vinculante? Argumentos subjetivistas sobre as intenções dos autores dos enunciados e dispositivos normativos podem ser sempre trazidos para desafiar uma interpretação vigente. Mas o fundamental é indagar o sentido atual da atuação estatal e da proposta institucional, se esse propósito ainda está acobertado pelo ordenamento jurídico e quais as melhores formas de buscar sua concretização. Ao adotar o propósito jurídico como parâmetro normativo, é exigido um estudo dos impactos, resultados e consequências da atuação institucional diante dos problemas sociais reais.

Nas palavras de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink⁴⁴⁸, trata-se de “exigências de conteúdo” que revelam a vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Isso é mais nítido na adoção de “reservas legais qualificadas” – que impõem fins ou meios determinados para situações em concreto. Defendem que o legislador é muito mais livre que a administração “na questão de saber quais os fins que pode prosseguir e quais os meios que pode empregar”. Para o legislador, os limites materiais dos propósitos jurídicos estão presentes apenas no texto constitucional. Em nome da proteção da infância e da juventude, por exemplo, o legislador conforma institutos jurídicos e restringe outros direitos.

Quando se ampliou o sentido da palavra “livro” para abranger os livros virtuais com a finalidade de garantir imunidade tributária⁴⁴⁹ ou ainda quando foi equiparada a licença-maternidade entre gestantes e adotantes, o propósito jurídico foi mantido e desenvolvido pela

⁴⁴⁷ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 8-9.

⁴⁴⁸ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135-138.

⁴⁴⁹ O entendimento do STF foi consolidado por meio de aprovação da Súmula Vinculante 57 em 2020. Originariamente, o caso foi decidido no RE 330817 julgado no STF em 2017.

jurisprudência⁴⁵⁰. No primeiro caso, tornar efetiva a finalidade constitucional de garantir uma política fiscal determinada, atualizando o comando normativo diante da nova realidade social tecnológica. No segundo, garantindo a proteção da maternidade e das crianças adotadas.

Sobre a questão do propósito jurídico perseguido pelo Estado, Volker Epping, Sebastian Lenz e Philipp Leydecker destacam a necessidade de formulações precisas. Não se deve alegar um genérico interesse público ou genérica defesa do bem comum. Para identificar os propósitos, sugerem a análise preliminar da vontade subjetiva do legislador por meio de uma ampla investigação genética da norma (justificações de projeto de lei, documentos das comissões, registros sobre os debates em Plenário, memorandos, etc). O crucial, no entanto, seria o propósito objetivamente reconhecível da norma, incluindo propósitos não identificados pelo legislador na época. Para não ser legítimo, o propósito formulado pelo legislador teria que nitidamente violar normas superiores de forma a criar uma contradição insolúvel⁴⁵¹.

À luz do Racionalismo Crítico, o debate sobre a interpretação jurídica da norma constitucional ganha um caráter mais pragmático no sentido de avaliar os problemas jurídicos e as possíveis soluções permitidas pelo sistema jurídico-político. E acrescentamos: não basta que a solução seja “permitida” pelo ordenamento jurídico, é preciso que seja a medida com melhor capacidade para solucionar os problemas conforme nosso conhecimento atual. A “função de advertência” (Bernd Rüthers) deve ser combinada com uma razão crítica que busca avaliar comparativamente situações contrárias e alternativas (Hans Albert).

Na teoria dos direitos fundamentais, Leonardo Martins ressalta a imediata avaliação dos propósitos quando identificada uma intervenção estatal (ingerência do Poder Público em situações constitucionalmente tuteladas): os propósitos devem ser juridicamente legítimos, respeitando a legalidade do Estado de Direito. Em geral, o fundamento jurídico da finalidade estatal é a tutela de um bem jurídico e sua concretização. Porém, o propósito nem sempre é explícito, o que nos levaria à necessidade de métodos clássicos da interpretação que permitam a compreensão do objetivo da regulação. Para o autor, há que se recorrer até mesmo à “vontade do legislador” em determinados casos⁴⁵² (quais casos?).

Devemos, no entanto, apresentar uma ressalva quanto ao aspecto dos propósitos jurídicos: a fundamentação das normas jurídicas não se encontra de forma necessária e

⁴⁵⁰ Este caso é brevemente debatido nesta tese (tópico 4.5.). Cf. RE 778889.

⁴⁵¹ EPPING, Volker; LENZE, Sebastian; LEYDECKER, Philipp. *Grundrechte*. 8. ed. Berlin, Heidelberg: Springer, 2019, p. 24-25.

⁴⁵² MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 141.

exclusiva nas fontes estatais. Seria cômodo reduzir artificialmente os propósitos jurídicos aos aspectos institucionais da vida estatal, especialmente nas manifestações do legislador ou do “poder soberano”, porém seria apenas um artificialismo ilusório.

Leonardo Martins também pontua que o legislador pode estabelecer propósito-meio para concretizar um propósito-final. É o caso da reserva legal das qualificações profissionais que define um propósito específico: que o exercício profissional possa ser oferecido de forma adequada segundo os parâmetros do legislador. Mas a qualificação profissional não pode ser representada como um “autopropósito” (*Selbstzweck*). É preciso considerar aquilo que o autor chama de “propósitos indiretos”, “verdadeiros propósitos”, “propósitos por excelência” ou “propósitos-finais do legislador”⁴⁵³. Sobre propósito-meio e propósito-principal, entendemos que apenas faria sentido quando compreendidos os tipos de problemas jurídicos.

Para os problemas de primeira ordem, o Poder Público busca oferecer tutela jurídica adequada para determinados “bens”⁴⁵⁴ ou valores selecionados pela sociedade. Neste grupo dos propósitos axiológicos, estão diretrizes básicas de políticas públicas segundo as diretrizes constitucionais em grau mais genérico ou mais específico: proteção do meio ambiente e de seu equilíbrio ecológico, dever de garantir o bem estar de todos, combate às desigualdades e às diversas formas de preconceito sem justificação constitucional, garantia da ordem pública e da segurança social, diminuição do risco de consumo inadequado de medicamentos, defesa do consumidor, proteção da fé pública, dentre vários outros.

Esses propósitos, dotados de forte carga axiológica, são fruto dos movimentos políticos de uma determinada sociedade. Por vezes, surgem de influências estrangeiras ou componentes nacionais históricos que sedimentam a particularidade de cada constituição normativa. Para o tratamento desses propósitos, é preciso também observar os fluxos sociais que podem irradiar algum tipo de sentimento jurídico. Em uma sociedade marcada por escândalos de corrupção, por exemplo, os propósitos regulatórios relacionados com princípios genéricos como moralidade e impessoalidade devem ser densificados e fortalecidos por todas as instâncias políticas. A constituição jurídica não pode estar em descompasso com os desejos sociais que legitimam o esforço de mudar o repreensível estado de coisas.

⁴⁵³ MARTINS, Leonardo. *Ibidem*, p. 171-173.

⁴⁵⁴ Muitos constitucionalistas apresentam a ideia de que há intervenção quando a atuação estatal afeta os bens protegidos por um direito fundamental, por exemplo. Cf. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Série de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 25. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003, p. 122.

Reconhecemos que a insistência dogmática em “valores” como elemento central do direito pode ser vista como problemática. Isso se deve, principalmente, às críticas contra “decisões irracionais” de tribunais que se basearam em uma “ordem objetiva de valores” ou um sistema axiológico com diferença hierárquica entre os valores. Nesse sentido, Friedrich Müller⁴⁵⁵ critica diversas fundamentações do Tribunal Constitucional Federal alemão que apelaram para “uma valoração e ponderação subjetivamente irracionais de ‘valores’, paralela ao uso do conceito de ‘valor’ – juridicamente dispensável, com ônus negativo herdado da história da filosofia, e de resto carente de nitidez”.

Carl Schmitt⁴⁵⁶ e Ernst Böckenförde⁴⁵⁷ teceram também muitas críticas contra uma suposta “tirania dos valores” (ou à filosofia dos valores no direito e no processo de justificação das decisões jurídicas). Então, esclarecemos nossa abordagem sobre axiologia jurídica: a elaboração e a aplicação das normas jurídicas articulam uma comunicação baseada em valorações e pretensões normativas não definitivas e criticáveis. Algumas normas jurídicas resultam de decisões valorativas, valores fundamentais de uma sociedade que fundamentam o conteúdo do comando normativo.

Como aponta Uwe Volkmann, por mais que alguns tentem negar a “ordem de valores”, o Tribunal Constitucional alemão e parte significativa da doutrina continuam apresentando formulações nesse sentido até hoje⁴⁵⁸. Acrescentamos: também os juristas que recorrem à análise dogmática da relação entre propósitos e meios (*Zweck-Mittel-Relation*) lidam integralmente com uma perspectiva valorativa sobre a relação Estado-indivíduo (ainda que nem sempre possuam consciência dessa perspectiva valorativa).

Em primeiro lugar, para evitar o risco de arbitrariedade e confusões com teorias diversas, esclarecemos: “valor” aqui não é um fato existente e não suscetível de fundamentação racional crítica. Não adotamos qualquer tipo de raciocínio indutivo para construir uma ética material dos valores. Não é nestes termos que se defende o estudo de valores⁴⁵⁹. Em uma postura crítico-racional, a carga axiológica do direito deve ser entendida

⁴⁵⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 17-19.

⁴⁵⁶ Uma das perguntas centrais seria: “La validez de los valores se basa en posiciones de valor. Ahora bien, ¿quién es aquí el que pone los valores?”. Cf. SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores*. Trad. Sebastián Abad. Buenos Aires: Hydra, 2009, p. 91-129.

⁴⁵⁷ Cf. *Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts*. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Recht, Staat, Freiheit*: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte. Frankfurt: Suhrkamp, 1991.

⁴⁵⁸ VOLKMANN, Uwe. *Elementos de una teoría de la constitución alemana*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 118-123.

⁴⁵⁹ Cf. GOERLICH, H. *Wertordnung und Grundgesetz*, 1973.

como um processo de determinação humana sobre as situações ou relações que merecem ser juridicamente protegidas em um determinado contexto.

Infelizmente, a falta de compreensão sobre axiologia jurídica parece comprometer a interpretação das normas constitucionais. Não é raro encontrar argumentações que, em nome de “valores”, tentam apresentar uma concepção rígida produzida no estrangeiro – em gesto de total desprezo pela construção histórica da sua própria sociedade⁴⁶⁰. Olhar para as valorações estrangeiras é uma atitude relevantíssima, pois permite a construção da própria identidade a partir de uma alteridade jurídica. Por outro lado, é preciso considerar os elementos específicos de cada dinâmica social, com suas próprias escolhas públicas e decisões políticas. A argumentação jurídica nacional precisa manter-se crítica para não ser colonizada por doutrinas estrangeiras, decisões produzidas por algoritmos ou qualquer tipo de mecanização externa.

A *axiofobia* dogmática de alguns juristas pode ser compreensível: o receio de um moralismo no processo interpretativo que poderia determinar restrições a direitos fundamentais como a liberdade em nome da “realização de valores”. Como consequência, alguns valores poderiam “destruir” outros valores sociais de grupos minoritários e vulneráveis. Essa perspectiva fica muito clara na formulação de Böckenförde⁴⁶¹: “a liberdade de alguém não pode ser objeto de valoração jurídica pelo Estado”.

Entretanto, opina Volkmann⁴⁶²: “não é necessário expressar com conceitos de ‘valor’ ou de ‘sistema de valores’; também pode denominar-se de outro modo. Mas por meio de outras denominações não se expulsa a realidade do mundo”. Esses problemas não eliminam a real influência moral na constituição jurídica ao longo de seu processo histórico.

O problema não está no reconhecimento de valores jurídicos ou outra expressão linguística. A questão é saber os efeitos dos desacordos e colisões entre diferentes valorações. Mais uma vez, lidamos com uma antiga questão jamais respondida: os excessos e o problema metodológico da argumentação jurídica baseada em equívocos e erros. Por isso conhecer os propósitos jurídicos de uma determinada regulação é apenas um primeiro passo.

Além da fundamentação axiológica dos fins constitucionais, os objetivos normativos também devem ser avaliados quando de segunda ordem. Ou seja, também os propósitos técnicos necessários para o devido cumprimento da ordem jurídica. Neste campo, aparecem

⁴⁶⁰ Veja-se, por exemplo, o descuido dogmático com o tratamento da cultura religiosa, frequentemente atingida por uma falsa compreensão da laicidade estatal europeia.

⁴⁶¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden: Nomos, 1993, p. 49.

objetivos técnicos acessórios ou instrumentais que precisam ser considerados: o devido processo de elaboração das normas jurídicas necessárias para a regulamentação de outras normas, a adoção de técnicas de uniformização jurisprudencial, a estrita observância das regras de competência funcional, a adoção de diretrizes técnicas sobre a regulação monetária, a atualização dos critérios sobre o número de parlamentares, dentre várias outras situações. Enfatizamos: não significa que inexista conteúdo axiológico nestes problemas (também são fundamentadas com base em “propósitos-finais” de primeira ordem). Mas sua existência é instrumento para realização e aperfeiçoamento da ordem jurídica.

Ao avaliar os diferentes tipos de regulação jurídica sobre a ação dos indivíduos, com a necessária observância de suas peculiaridades para avaliar sua justificação concreta, podemos verificar as seguintes pretensões institucionais⁴⁶³:

a) *regulações restritivas de condutas humanas*: nestes casos, o jurista deve analisar a exigência de legitimidade e proporcionalidade das restrições para harmonizar seus objetivos com o propósito geral de garantir o livre desenvolvimento da vida humana;

b) *regulações que promovem e garantem a efetiva participação política e cidadã na vida estatal ou social*: nestes casos, há a exigência de fortalecimento do pluralismo político e participação cidadã na vida social. Nesta situação específica, o debate é acerca da concretização dos chamados direitos políticos em sentido amplo⁴⁶⁴;

c) *regulações que viabilizam a prestação de serviços públicos exigidos pela sociedade ou por um determinado titular de direitos*: o propósito jurídico não se confunde com os desejos de governos momentâneos. Nestes casos, o jurista precisa examinar a realizabilidade fática do direito a ser protegido com o grau de eficiência possível no momento de aplicação pelo Poder Público⁴⁶⁵.

⁴⁶² VOLKMANN, Uwe. *Elementos de uma teoria de la constitución alemana*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 122.

⁴⁶³ Toda e qualquer classificação deve ser encarada como uma conjectura que poderá ser refutada pela descoberta de novos problemas e situações da vida. Em geral, parece ser possível partir da clássica categoria dos *status* dos direitos, segundo Georg Jellinek. No entanto, não se trata, aqui, de colocar os direitos em “caixinhas”. Mas de perceber que diferentes situações podem ser estimuladas na relação entre indivíduos e instituições públicas.

⁴⁶⁴ A análise dogmática dos direitos políticos na tradição jurídica brasileira mereceria maiores desenvolvimentos, em nossa opinião. Em tempos de normalidade institucional, a conformação legislativa e administrativa dos direitos políticos deve atender aos pressupostos de garantia empírica do fomento à participação plural dos indivíduos, movimentos e grupos sociais. No entanto, o debate sobre eventuais necessidades políticas de restrição da participação cidadã não está muito claro no direito brasileiro.

⁴⁶⁵ Diferentes direitos fundamentais podem exigir prestações estatais e planejamento institucionalizado. Não é algo que resulta de uma classificação fixa dos direitos, mas sim do contexto prático de aplicação das normas constitucionais.

Essa divisão não é sobre natureza estática de uma regulação jurídica ou de um direito fundamental específico. Na verdade, devemos considerar a situação jurídica concreta para avaliar o tipo de demanda ou pretensão jurídica pertinente. Um mesmo direito fundamental pode envolver regulações jurídicas diversas. Tentar encaixá-los de forma apriorística em categorias fixas não parece compatível com uma postura racionalista crítica.

Os propósitos jurídicos de uma determinada regulação não podem ser vistos pela dogmática jurídica como simples retórica legitimadora de toda e qualquer atuação estatal. É muito mais: é princípio-fundamento lógico da atuação pública em uma sociedade. A organização política deve perseguir os propósitos jurídicos, porém de forma aceitável. Então, a questão é saber o que significa ser constitucionalmente aceitável em uma perspectiva crítica.

O desenvolvimento do critério da proporcionalidade revelou-se bastante promissor no exame do primeiro tipo de regulação que apresentamos: as restrições de direitos fundamentais quando legitimadas pela adequação (idoneidade) e necessidade dos meios empregados em nome de propósitos legítimos⁴⁶⁶. Especialmente na discussão sobre a exigibilidade da atuação estatal (critério da necessidade), há um forte exame comparativo sobre situações alternativas que é completamente compatível com a perspectiva popperiana. No entanto, o critério não é suficiente para todo e qualquer exame da atuação estatal.

A partir de uma visão panorâmica para a teoria dos direitos fundamentais, Fabiano Mendonça articula indagações que tentam efetivar o amplo acesso não discriminatório às políticas públicas eficientes que possam promover a “exigência democrática do desenvolvimento”. Nessa perspectiva, os direitos não são pensados como direitos isolados de defesa ou prestacionais, positivos ou negativos. Fugindo das dicotomias, é possível defender uma visão integrada dos direitos fundamentais que permite a visualização de diferentes funções individual, social, ecológica e desenvolvimentista da regulação jurídica sobre direitos. Admitindo a finitude dos recursos humanos e econômicos para satisfazer direitos, é preciso verificar “o que é juridicamente exigível” para integrar o indivíduo na ordem jurídica de acordo com aquilo que é realizável em um determinado momento (daí a tese sobre graus de eficiência em consonância com critérios materiais possíveis)⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 363-380.

⁴⁶⁷ MENDONÇA, Fabiano. *Introdução aos direitos plurifuncionais: os direitos, suas funções e a relação com o desenvolvimento, a eficiência e as políticas públicas*. Natal: FASM, 2016, p. 13-30.

Pensamos que esse tipo de abordagem dinâmica permite indagações bastante frutíferas a respeito dos problemas reais de um caso concreto. E, a partir da compreensão dos propósitos regulatórios, uma discussão crítica sobre a tradição jurídica vigente.

Compreendidos os termos mais gerais sobre a primeira etapa de análise (exame do problema concreto, da resposta tradicionalmente aplicada e do propósito ou estado de coisas desejado), passamos a enfrentar a significativa etapa das construções de novas hipóteses e cenários alternativos para a discussão crítica das mutações constitucionais.

6.3 ETAPA 2: CONSTRUÇÃO DE CENÁRIOS HIPOTÉTICOS ALTERNATIVOS E FALSEÁVEIS: ANÁLISE DE CONSEQUÊNCIAS E REFUTAÇÃO CRÍTICA

Ao final da primeira etapa, a análise dos propósitos institucionais revelou-se bastante frutífera para a compreensão dos problemas empíricos observados por meio das consequências e impactos regulatórios. A inefetividade global dos objetivos fundamentais por meio das ferramentas jurídicas exige um olhar comparativo constante para cenários alternativos. Revelando os problemas da tradição jurídica vigente e as possibilidades de solução admitidas pelo mesmo propósito institucionalmente vinculante, é possível desafiar a tradição jurídica vigente e construir gradualmente um novo caminho.

Este é um dos pontos de possível distanciamento entre a hermenêutica filosófica e o racionalismo jurídico crítico. Como ressaltado por Hans Albert, a tradição deve ser vista como simples “trampolim”, mas não como uma fonte legitimadora da filosofia. Para suprimir dogmatizações de qualquer espécie, o impulso crítico do método científico deve estar sempre presente na tarefa de aplicação de regras, normas ou outros critérios sociais e culturais. Segundo Albert, os hermenêuticos acabaram justificando ideologias políticas dominantes⁴⁶⁸.

Para uma metodologia crítica das transformações jurídicas, é preciso adotar uma abordagem crítica em relação às instituições sociais e à tradição jurídico-dogmática vigente. Aliás, lembra Hans Albert⁴⁶⁹, o desenvolvimento científico é impedido pela ideia clássica de fundamentação: sem adentrar no mérito, há uma tendência de “proteger velhos erros contra uma crítica relevante”.

Ainda que não possamos afirmar sobre a falsidade ou veracidade de um enunciado normativo, podemos avaliar enunciados cognitivos que apresentam relatos sobre o mundo

⁴⁶⁸ ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Trad. Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria J. P. Monteiro. 2. ed. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1976, p. 171-185.

⁴⁶⁹ ALBERT, Hans. *Ibidem*, p. 58.

social⁴⁷⁰. Estes elementos empíricos costumam ser levados para a interpretação jurídica, de modo que é possível discordar de suas premissas e também de seu resultado.

Se existem problemas na tradição jurídica para a interpretação das normas constitucionais, é preciso verificar que se há soluções possíveis para uma aplicação mais efetiva do direito. Essa construção de hipóteses e conjecturas é possibilitada pela construção de cenários regulatórios a respeito de cada solução interpretativa possível. Ao final, cabe estabelecer uma comparação (conjectural e provisória) entre os diferentes cenários para identificar a melhor interpretação.

Como desenvolvido no tópico 5.1, a formulação do exame de proporcionalidade apresenta parte das possíveis aplicações de um juízo comparativo dinâmico. Em especial, a adequação (idoneidade) exige do jurista um olhar atento para as dinâmicas empíricas e a possível concretização do propósito regulatório. Adicionalmente, a necessidade exige a aplicação de uma medida normativa menos intensa dentre as possibilidades adequadas. Não há como aplicar a exigência de estrita necessidade regulatória sem um olhar comparativo.

No entanto, quando a tradição jurídica é desafiada por novas interpretações e práticas sociais, outras questões também devem ser consideradas. É preciso que o jurista avalie as possíveis consequências de sua decisão que endossa ou modifica o entendimento anterior.

O que está em jogo é também uma ideia de legitimidade do direito. Para promover um “Estado constitucional democrático”, a noção de “legitimação pelo procedimento” não está baseada em uma solução absolutamente exata sobre a “conduta correta”. Por essa razão, o fundamento da “verdade” é substituído por um processo legislativo estatal com (suposta) inclusão de diferentes convicções morais (em princípio, mesmo peso). Com isso, a reinvidicação passa a ser a participação política nas discussões e processos decisórios. O desafio legislativo é estabelecer as “regras do jogo” da convivência social a partir do estabelecimento de competências e procedimentos⁴⁷¹.

Mas qual a razão para que uma regulação ou interpretação jurídica seja aceita como válida naquela sociedade? Segundo Reinhold Zippelius, os tribunais estão “sob pressão aceitável” no sentido de precisarem apresentar “decisões suscetíveis de consenso” se as leis lhes permitem uma margem para atuar nos problemas de justiça. Essa pressão por legitimação seria sentida principalmente nos tribunais superiores. Isso porque a reputação dos tribunais é

⁴⁷⁰ ALBERT, Hans. *O Direito à luz do Racionalismo Crítico*. Trad. Günther Maluschke. Brasília: Universa; Editora da UnB, 2013, p. 98.

⁴⁷¹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Sociologia do direito e do Estado: noções fundamentais*. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016, p. 73-74.

importante para manter certa influência nas concepções jurídicas dominantes e não perder sua “autoridade democrática”. Por isso não basta uma “verdade unilateralmente válida”⁴⁷².

A (re)construção teórica de um determinado modelo regulatório é uma conjectura, um esboço que pode apresentar falhas. Essa premissa com um olhar preocupado com as possibilidades e consequências não é uma completa novidade no direito.

Neil MacCormick recorda que muitos juristas “realistas norte-americanos” defenderam o abandono de um sistema dedutivo de certezas, tal como se apresentava em algumas antigas práticas excessivamente formalistas. Seria defensável, nas palavras de John Dewey, uma lógica de previsão de possibilidades⁴⁷³. Mas, como defende MacCormick, isso não deve significar um completo abandono do pensamento dedutivo, mas sim a consideração de que “certezas” só podem ser compreendidas como algo condicional, limitado e alterável⁴⁷⁴.

A consideração das consequências e dos diferentes cenários normativos que podem ser gerados a partir das decisões judiciais pode ser realizada por diferentes propostas metodológicas. Distante do pragmatismo norte-americano, a proposta de autores como Karl Popper, Hans Albert, Reinhold Zippelius e Bernd Rüthers possui diferenças. Em primeiro lugar, o Racionalismo Crítico não está preocupado em desenvolver método sobre o contexto de descoberta dos argumentos, sobre como chegamos a uma hipótese. A questão é sobre a qualidade da hipótese frente às demais opções argumentativas possíveis.

De forma esquemática, após a realização da primeira etapa de análise, temos o seguinte percurso metodológico para a observação das diferentes opções:

I - Cenário 1: Na análise de uma possível alteração normativa, deve observador questionar sobre o cenário de manutenção do atual entendimento sobre a questão. Diante dos objetivos institucionais, quais as vantagens e desvantagens dessa manutenção? Há autorização institucional/social para modificar? Alguma grave injustiça estaria sendo cometida?

II - Cenário 2: Caso o entendimento vigente seja superado, o estabelecimento de nova proposta interpretativa seria mais vantajoso para a promoção dos propósitos jurídicos? Qual o

⁴⁷² ZIPPELIUS, Reinhold. *Sociologia do direito e do Estado: noções fundamentais*. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016, p. 77-79.

⁴⁷³ Nas palavras do autor, a respeito da lógica das decisões judiciais, “*They indicate either that logic must be abandoned or that it must be a logic relative to consequences rather than to antecedents, a logic of prediction of probabilities rather than one of deduction of certainties. For the purposes of a logic of inquiry into probable consequences, general principles can only be tools justified by the work they do*”. Cf. DEWEY, John. *Logical Method and Law*, *Cornell Law Review*, v. 10, n. 17, 1924, p. 26.

⁴⁷⁴ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 44.

impacto regulatório gerado por um novo entendimento sobre a matéria? Quais os efeitos desvantajosos possíveis (a partir de um diálogo crítico)?

III - Cenários 3, 4, N: Em determinados casos, podem existir outras interpretações formuladas publicamente. Todas devem ser refletidas em análise comparativa com o Cenário 2 com a finalidade de escolher a nova interpretação das normas constitucionais.

Esse primeiro modelo indica parte do percurso. Há muitos modos de argumentação a respeito da comparação entre os diferentes cenários e hipóteses. O que não se pode é fingir que existe uma mudança automática decretada pelo tempo histórico, com a qual não se poderia jamais divergir na argumentação científica do direito.

No entanto, no caso das mutações constitucionais enquanto processos sociais que informalmente modificaram o sentido das normas jurídicas, nem sempre há uma intenção do intérprete e aplicador do direito. Nesta situação, a argumentação passa por outros pontos:

I - Cenário 1: *Manutenção do sentido original da tradição jurídica e adoção de efeitos contrafáticos.* Há garantias institucionais para assegurar a aplicação efetiva do sentido original? A manutenção da antiga interpretação acarreta graves injustiças ou algum tipo de dano injustificado? Quais os riscos trazidos pela possibilidade de mudança?

II - Cenário 2: *Legitimação dos processos sociais e políticos para adaptação das normas constitucionais.* As modificações geradas pela sociedade ou pela Administração Pública são danosas à ordem jurídica? Podem ser comportadas pelos princípios fundamentais da ordem jurídica? O antigo entendimento realmente não pode mais ser aplicado?

Há, no entanto, outras possíveis propostas de atuação que poderiam ser menos graves em determinados contextos. É o caso das técnicas decisórias intermediárias na Jurisdição Constitucional que podem construir algumas saídas provisórias menos turbulentas⁴⁷⁵. Por outro lado, a construção de diferentes cenários regulatórios encontra diferenças em alguns procedimentos sociais. No caso do debate político de elaboração legislativa, concordamos com Hans Albert: a adoção do Racionalismo Crítico na esfera legislativa seria apoiada por uma ciência jurídica empírica capaz de oferecer sugestões regulatórias. Atuaria, portanto, como uma tecnologia social de apoio aos debates legislativos.

⁴⁷⁵ Cf. Dias, Cibele Fernandes. *Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional*. BH: Arraes, 2012; VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Porém, assim como Ulfrid Neumann⁴⁷⁶, entendemos que restringir a ciência jurídica aos momentos de elaboração legislativa não é algo prudente. Por isso, acompanhando Reinhold Zippelius, afirmamos que também é possível aplicar as abordagens críticas das ciências sociais aplicadas para a análise legislativa, jurisprudencial e no âmbito da administração da justiça. Isso porque efeitos indesejados das regulações jurídicas (imprevistos ou conscientemente aceitos como inevitáveis) podem ser prejudiciais em elevado grau. Essa problemática justifica a necessidade de crítica da prática jurídica e política. A etapa de construção de hipóteses e cenários regulatórios seria essencial para as funções sociais do direito: integração, estabilização, socialização, resolução de conflitos, racionalização, criação de espaços seguros e bem delimitados para o desenvolvimento da liberdade e meio de conformação social. Por isso, a ideia de uma “engenharia social” (*social engineering*; “transformação social por ação do Direito”)⁴⁷⁷.

Desse modo, a construção de uma lógica situacional já está presente nos diferentes ambientes legislativos, judiciais e administrativos. Evidenciá-la no momento da análise metodológica do direito pode ser uma ferramenta frutífera em uma ciência jurídica empírica e dialética (entendida em termos popperianos).

Na medida em que são analisados diferentes cenários práticos possíveis, é necessário entender que a lógica situacional envolve também uma discussão sobre as consequências de cada uma das situações práticas. Na interpretação do direito, essa questão envolve um amplo debate sobre o consequencialismo. Por meio de uma indagação comparativa entre os cenários, o objetivo da segunda etapa metódica é investigar qual estado de coisas será mais eficaz em relação aos propósitos normativos. Qual cenário deverá ser apontado como “melhor cenário” para a concretização das normas jurídicas em um contexto problemático?

No campo da filosofia moral e das teorias da justiça, a palavra “consequencialismo” geralmente é associada a uma postura normativa que compreende a moralidade (legitimidade) dos processos decisórios baseados exclusivamente nas consequências da ação⁴⁷⁸. Em sua tese de filosofia, Fernanda Gontijo esclarece que diversas teorias deontologistas podem conceder algum peso às consequências, mas as teorias consequencialistas se diferenciam justamente

⁴⁷⁶ NEUMANN, Ulfrid. Teoria científica da ciência do direito. Trad. M. Seca de Oliveira. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 476-477.

⁴⁷⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. *Sociologia do direito e do Estado: noções fundamentais*. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016, p. 80-86; 95.

⁴⁷⁸ ZANITELLI, Leandro Martins. Rawls and Tort Law: Against the Consequentialism Thesis. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 3, 2019, p. 3-4.

pelo caráter exclusivista: apenas as consequências *devem ser* utilizadas para a avaliação de elementos normativos e processos decisórios⁴⁷⁹.

Por outro lado, pensando nos problemas jurídicos, Basile Christopoulos diferencia dois tipos de consequencialismo: em sentido amplo, considera as consequências de uma ação, como um dos aspectos que devem ser observados (modo não exclusivo); mas, em sentido estrito, poderia significar a tomada de decisões baseada apenas em consequências⁴⁸⁰. Em outros termos, na perspectiva de Christopoulos, significa que toda decisão é consequencialista (em sentido amplo ou restrito), exceto quando ignora as consequências.

No entanto, uma compreensão demasiadamente ampla da perspectiva consequencialista poderia esvaziar a discussão (da oposição aparente entre posturas consequencialistas e deontologistas). Afinal, a preocupação com o impacto das decisões jurídica não é necessariamente uma novidade nas discussões jurídicas.

Por outro lado, a concepção ampla tem um objetivo pragmático que nem sempre é explícito nos discursos jurídicos: pretende enfatizar e reforçar a necessidade de um olhar mais atento para as consequências práticas da aplicação do direito em países com experiências institucionais instáveis e com problemas de segurança jurídica. Há uma função pedagógica.

Na tradição jurídica brasileira, ignorar as consequências não é uma premissa válida *a priori*. No entanto, por meio da argumentação jurídica no caso concreto, seria possível discutir sua derrotabilidade normativa em face de outros argumentos. Significa dizer que as consequências aparecem como constrangimentos necessários na avaliação dos pontos de partida argumentativos e na compreensão dos resultados de sua atuação jurídica. Mas não necessariamente constarão como argumentos decisórios definitivos ao final. Logo, embora seja exigível a consideração das consequências, pode ser controversa sua obrigatoriedade na fundamentação definitiva da aplicação concreta do direito.

Do ponto de vista dogmático, o direito brasileiro especifica algumas situações específicas de obrigatoriedade do exame de consequências: a) não serão admitidos atos de cooperação internacional quando produzirem resultados incompatíveis com as normas fundamentais brasileiras (art. 26, §3º, CPC); b) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo como elemento necessário para a concessão de tutela de urgência e de evidência

⁴⁷⁹ GONTIJO, Fernanda Belo. *Exigência excessiva e indulgência: o problema do desequilíbrio do consequencialismo*. Florianópolis: Tese de doutorado em filosofia, UFSC, 2019, p. 12.

⁴⁸⁰ CHRISTOPOULOS, Basile Geoges. *Controle de Constitucionalidade de Normas Orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Tese de doutorado em Direito, USP, 2014, p. 41-42.

(artigos 300 e 311, CPC); c) dever de enfrentar todos os argumentos (sobre consequências) no processo civil com capacidade para infirmar a possível conclusão do julgador (art. 489, §1º, IV, CPC); d) nulidade dos atos lesivos contra o patrimônio público quando o “resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo” ou quando os motivos do ato apresentam-se juridicamente inadequados em relação aos resultados obtidos (art. 2º, parágrafo único, alíneas c e d, Lei da Ação Popular – Lei 4.717/1965); dentre outros.

No entanto, a alteração da LINDB (Lei de Introdução às normas do direito brasileiro) em 2018 representou a principal “guinada consequencialista” do direito público. Os novos artigos 20 e 21 da legislação estabelecem que: a) as decisões não podem ser baseadas em “valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”; b) em caso de invalidação de algum elemento jurídico, deverá haver fundamentação específica e indicação expressa das “consequências jurídicas e administrativas”, com o devido exame da adequação e necessidade em face das possíveis alternativas; c) quando necessário em face das consequências da invalidação, a decisão jurídica deve apresentar as condições para a regularização proporcional, equânime e “sem prejuízo aos interesses gerais”.

A partir da regulamentação por meio do Decreto presidencial 9.830/2019, temos o esclarecimento de que a indicação das consequências práticas deve ser “apenas” as consequências que, “no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos” (art. 3º, §2º). Na sequência, enfatiza que a consideração das consequências é “limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação” (art. 4º, §1º). Desse modo, o decreto presidencial restringe o conjunto de consequências que devem ser necessariamente observadas. Há aqui uma clara preocupação com a “lógica situacional” de compreender as possibilidades de “atuação diligente”, conduta geralmente esperada (com base em experiências observadas). Por outro lado, isso não significa que não seja possível o exame de outras consequências previsíveis diante das circunstâncias do caso específico.

Mas a obrigatoriedade de consideração das consequências encontra-se no contexto de descoberta do raciocínio decisório ou no plano da justificação das decisões? E que como tais consequências devem ser examinadas?

Quanto à primeira indagação, cabe ressaltar que o tratamento das consequências não é uniforme entre as diferentes teorias do direito. A partir do Pragmatismo jurídico, por exemplo, é possível encontrar um esforço de Charles Peirce na investigação das inferências do raciocínio humano. Apesar das aparentes semelhanças com o Racionalismo Crítico no

combate contra as certezas cognitivas⁴⁸¹, a proposta de Charles Peirce desenvolve forte preocupação com a elaboração abdutiva das hipóteses. Segundo esta perspectiva, a tentativa de aproximação do conhecimento é realizada a partir da inferência criativa com a antecipação das consequências (*insight*). Ao privilegiar um olhar probabilístico, o raciocínio abdutivo permite a aproximação entre coisas que parecem semelhantes segundo as experiências possíveis. Trata-se, portanto, de relevante esforço voltado ao contexto da descoberta⁴⁸².

Conforme alerta Ivo Assadi Ibri⁴⁸³, não se trata de uma “forma de tosco empirismo”, mas sim um refinamento das predições de nossas concepções, de modo que duas concepções gerais são confrontadas por meio dos “particulares observáveis *in futuro*”. Percebe-se, assim, alguma relação próxima entre a ideia de consequências práticas e a “experiência possível” formulada por Kant na Crítica da Razão Pura. Segundo Ivo Ibri, Peirce e Kant apontam para uma “cláusula de validade semântica do plano teórico” baseada nas “concebíveis possíveis consequências experienciáveis”. Mas a questão pode ser observada de outros modos.

No entanto, mesmo no pragmatismo jurídico, não existem concordâncias absolutas entre os teóricos. Muitas são as divergências e as possibilidades de discordância sobre as consequências. Em outra perspectiva, essa preocupação sobre o contexto de descoberta não seria decisiva para o desenvolvimento da ciência na ótica do Racionalismo Crítico.

A partir da combinação entre os elementos da lógica situacional e da razão crítica, a abordagem analítica está voltada para o contexto de explicação pública da hipótese sobre as consequências da ação. Neste caso, há um contexto livre de investigação das consequências e dos resultados, que pode ser reforçado nos campos metodológico e institucional.

Pensar o procedimento de avaliação das consequências pelos juristas a partir de Karl Popper exige cautela. Porque o valor de uma consequência prática para a tomada de decisão dependerá das premissas elencadas na primeira etapa (tópico 5.2.). Na identificação dos propósitos regulatórios, podem ser observadas as consequências da decisão no seguinte sentido: o estado de coisas pretendido será desenvolvido empiricamente a partir daquela decisão? A decisão é universalizável e poderá ser adotada em casos semelhantes no futuro (pode tornar-se elemento da futura tradição?)? A decisão produzirá efeitos não pretendidos

⁴⁸¹ Cf. HAACK, Susan; KOLENDA, Konstantin. Two fallibilists in Search of the Truth. *Aristotelian Society Supplementary Volume*, v. 51, n. 1, p. 63- 104, jul. 1977.

⁴⁸² PEIRCE, Charles Sanders. Deduction, Induction and Hypothesis (1878). In: HOUSER, Nathan; KLOESEL, Christian (org.). *The essential Peirce: selected philosophical writings*. Bloomington, Indiana: Indiana University Press, 1992, p. 186-199.

⁴⁸³ IBRI, Ivo Assadi. As consequências de consequências práticas no Pragmatismo de C.S. Peirce. *Cognitio*, São Paulo, v. 1, n. 1, 2000, p. 32-33.

pelos propósitos regulatórios? Este rol de perguntas é aberto e outras questões podem ser levantadas. Mas na construção de cada cenário deverá o observador desenvolver uma ampla investigação sobre os possíveis estados de coisas alegados por outros sujeitos.

Esse “fazer coletivo” da ciência permite que determinadas conclusões sejam refutadas com base nas consequências obtidas. Ou seja, o estado de coisas potencialmente gerado é elemento que pode servir como limite à normatividade do direito. Por essa razão, a determinação científica da norma jurídica é provisória e condicionada a uma indagação permanente sobre os dados de realidade social.

No campo comparativo, a escolha entre os cenários é necessariamente um processo conjectural complexo. “Conjectural” porque é falível, probabilístico, incerto. E, por envolver diferentes fatores e leituras possíveis em aberto, podemos perceber sua complexidade. Como posso afirmar que uma teoria está mais próxima ao cenário ideal? Por conjecturas e refutações, ou seja, é um debate permanente baseado em deliberações públicas sobre as vantagens e desvantagens de determinados estados de coisas. A antecipação de consequências no contexto de justificação das decisões normativas também está sujeita a uma série de críticas, visto que também carrega impressões e perspectivas limitadas.

Nas mutações constitucionais, o argumento sobre os “efeitos colaterais” da nova interpretação ou prática aparece como desafio central. Este é o caso emblemático da Reclamação 4335: uma mudança aparentemente positiva para a “inteligência” do sistema de controle de constitucionalidade, mas com possíveis repercussões danosas pela redistribuição de poder entre os órgãos estatais. Ou o exemplo da extensão da licença-maternidade para as mães gestantes, quando os efeitos econômicos também aparecem como possível obstáculo, mas contornável diante da necessidade de proteção da criança. Na construção de cenários, a refutação crítica deve levar tais aspectos em consideração.

Esse percurso metodológico, na ótica da “sociedade aberta”, permite a legitimação das interpretações constitucionais a partir de uma “responsabilidade democrática” na atribuição de sentido das normas constitucionais em face de um problema específico. Significa dizer que deve a argumentação jurídica efetivamente considerar teorias e hipóteses alternativas, com maior acompanhamento das respostas dadas ao problema concreto⁴⁸⁴.

Finalizado o exame dos cenários, inclusive com o acréscimo de outras teorias complementares de acordo com a temática, é escolhida a suposta proposta interpretativa que

seria melhor do que as demais. Em uma racionalidade crítica, porém, não há espaço para uma justificação definitiva. Quando entendemos a interpretação jurídica como um processo dinâmico, significa que as questões poderão voltar a ser enfrentadas. E, de todo modo, é preciso acompanhar o estado de coisas gerado pela nova interpretação. Por isso, passamos ao exame da terceira etapa metodológica: avaliação e correção dos efeitos.

6.4 ETAPA 3: CORREÇÃO DOS EFEITOS E REGULARIZAÇÃO PROPORCIONAL NORMATIVA

Encerradas as duas primeiras etapas, resta verificar se a opção hipotética provoca externalidades que devem ser corrigidas. Ainda que não existam aparentes efeitos danosos, é preciso dialogar com os possíveis críticos da hipótese acolhida. Trata-se de tentativa de mitigação das desvantagens. Além de ser possível estabelecer medidas prévias, com apoio das ciências jurídicas e sociais, também poderão ser adotadas técnicas e mecanismos para o acompanhamento da construção do cenário desejado. Nesta terceira etapa, o objetivo é investigar os efeitos causados pela mutação constitucional e os caminhos para uma “transição” sem grandes danos e prejuízos aos indivíduos e instituições.

Então, além de julgar, deverá o juiz competente acompanhar o caso mesmo após o encerramento do processo? Por quanto tempo? Do ponto de vista prático, seria complicado.

Nos processos judiciais do dia-a-dia, os juízes não precisam se debruçar sobre a superação dos precedentes de forma pormenorizada e não precisam “inventar a roda”. Uma das razões para isso seria a falta de tempo para analisar cada processo, além de já existir posições consolidadas nos tribunais superiores. É uma questão de custo-benefício que envolve a previsibilidade das decisões judiciais. Assim, os “eventuais erros” ficam para serem discutidos posteriormente em instância superior. E o juiz de primeira instância atua principalmente como um gestor processual preocupado com as circunstâncias fáticas da aplicação dos precedentes judiciais. Na prática, os problemas de arbitrariedade ficam acentuados nos julgamentos definitivos, quando não seria possível recorrer da decisão⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ KRELL, Andreas; ALVES, Pedro de Oliveira. Responsabilidade democrática como pressuposto de uma teoria da interpretação: discussão em torno da ADI 4983/CE, *REI - Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 671-700, 2018, p. 692-696.

⁴⁸⁵ Em 2020, Alfredo Falcão, colega de doutorado e membro do Ministério Público, após leitura de nosso livro sobre os limites da interpretação jurídica, apresentou essa crítica em relação à nossa metodologia. Em sua crítica, apontou que deveríamos destacar mais essas peculiaridades. Embora já estivesse presente em nossas formulações, entendemos que é relevante destacar esses aspectos com maior clareza.

Realmente, a “pretensão inovadora” deve observar uma argumentação ainda mais criteriosa que aponte as falhas do antigo entendimento, ou seja, há um ônus argumentativo diferenciado. Na prática, acreditamos que o bom exercício jurisdicional é realizado com a análise dos elementos fáticos do caso concreto e sua correlação com o entendimento firmado pelos tribunais e pela comunidade jurídica (tradição). Como afirma Andreas Krell, a metódica jurídica precisa analisar mais o “caso normal”, que costuma ser resolvido com “uma subsunção relativamente tranquila” a partir do limite gramatical dos textos jurídicos e adoção de cânones tradicionais da interpretação jurídica⁴⁸⁶.

Argumentar que a interpretação jurídica é apenas vontade imprevisível pode revelar-se como um diagnóstico problemático. Isso porque, além de basear-se em induções inadequadas, pode servir para legitimar posturas inadequadas nos processos jurisdicionais. Também alimenta a descrença no ensino jurídico e difunde o ceticismo generalizado daqueles que possuem aversão à dogmática jurídica. Pensar em uma saída alternativa é possível.

Em nossas pesquisas dos últimos anos, temos enfatizado o problema especialmente em relação aos julgados do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, mas também acreditamos em uma distinção procedimental pelas competências do órgão decisório.

No entanto, quando se trata de construir uma análise das transformações jurídicas, torna-se necessária a adoção de um exame pormenorizado do novo cenário regulatório. Se o conhecimento humano é falho, decisões tomadas com boas intenções podem gerar efeitos indesejados. Isso justifica o estudo dos impactos regulatórios por meio de diálogos empíricos e críticos com outras formas de conhecimento.

A terceira etapa tem como objetivo a análise antecipada, simultânea ou posterior dos efeitos da nova interpretação aplicada. Mas também poderá ser utilizada quando há nova reflexão sobre a manutenção da tradição jurídica, especialmente quando surgem novos elementos sociais. Em geral, mais comum a primeira hipótese: de mutação constitucional.

Segundo Reinhold Zippelius, as “sociedades abertas” são marcadas por uma busca contínua da adaptação das estruturas jurídicas e constitucionais às mudanças das condições sociais com a devida correção de seus problemas. Por isso, a cultura constitucional é desenvolvida em “processos de aprendizagem que nunca se acabam”. Assim, as mutações constitucionais podem ser encaradas também como momentos de adaptação e correção⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ KRELL, Andreas. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, v. 19, p. 295-320, 2014, p. 300-301.

⁴⁸⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016, p. 528-529.

Nas argumentações mais recentes do Min. Gilmar Mendes, é perceptível a crescente preocupação com as consequências das decisões judiciais. Principalmente quando se trata de uma inovação no ordenamento jurídico. Essa é também uma tendência do legislador brasileiro, atento aos problemas de segurança jurídica na atualidade.

Como dito no tópico anterior, as inovações legislativas brasileiras construíram o dever de regularização proporcional e equânime em caso de decisões sobre invalidação jurídica (LINDB), independente de ser uma esfera judicial ou administrativa. Este elemento será essencial para uma reflexão mais profunda e analítica sobre a terceira etapa.

Para enfrentar as incertezas jurídicas, a interpretação constitucional precisa ser um processo aberto ao exame crítico, mas também é preciso fornecer alguma segurança no momento de aplicação concreta e momentânea do direito. Por isso a dogmática jurídica estabelece premissas e orientações para a construção prática da solução jurídica em um caso concreto com base naquilo que é geralmente reconhecido pela sociedade, porém não consegue fixar conclusões definitivas. É exatamente neste contexto que surge a necessidade de discussão sobre a regularização jurídica.

Regularizar significa adotar um regime de transição entre algo que é considerado irregular e um determinado estado de coisas esperado. O irregular, porém, não se limita a uma discussão sobre a formalização legal de uma prática social (por exemplo: regularização fundiária, regularização societária). No contexto da interpretação jurídica, regularizar algo significa adotar um caminho capaz de garantir a obtenção de um estado de coisas da melhor forma possível. Ou pelo menos uma aproximação do resultado ideal, considerando as limitações cognitivas, econômicas e políticas.

Este não é um debate exclusivo dos juristas. Nas ciências sociais aplicadas, é comum a referência ao tema das externalidades. Parece-nos essencial a compreensão da temática, embora não seja ainda frequente nos debates jurídicos. Com a devida compreensão da valoração e dos diagnósticos sobre as externalidades negativas, podemos refletir de forma mais adequada sobre as funções da regularização normativa.

Em sua tese de doutorado, Annelise Caridade expõe uma breve trajetória do conceito de externalidades (ou efeitos externos) no século XX, associando ao debate sobre as falhas de mercado, especialmente no campo da proteção ecológica. Sem haver mecanismos de compensação financeira, as influências provocadas pela ação de um agente econômico afetam as atividades econômicas e sociais de outros grupos humanos que não participaram da relação econômica originária. É, portanto, um efeito econômico não intencional que pode ser

considerado positivo (benefícios econômicos, como a valorização econômica imobiliária após a chegada de um grande empreendimento na região) ou negativo (danos nocivos e depreciações ao bem estar de outros agentes, como o problema da poluição ambiental). Se houver compensação econômica consentida (acordo entre os agentes), há uma “internalização” da externalidade⁴⁸⁸.

Quando o sistema jurídico “traduz” os problemas dos efeitos externos, são adotadas políticas legislativas preocupadas com a tutela de direitos difusos e coletivos, além de políticas tributárias que podem estimular comportamentos na sociedade. Para os fins desta tese, no entanto, basta refletirmos sobre as externalidades como possíveis consequências práticas da interpretação jurídicas, quando afetam “direitos de terceiros” ou produzem impactos econômicos, administrativos ou políticos.

Se pretendêssemos uma teoria geral das externalidades, poderíamos afirmar que são todos os efeitos não pretendidos causados por um acordo social ou por uma ação individual, causando impactos positivos ou negativos para outros sujeitos. No exame das consequências, as externalidades da interpretação jurídica são essenciais, mas não são os únicos elementos a serem observados. Quando falamos em consequências, falamos em projeção de cenários ou identificação de um estado de coisas.

Então, temos de forma esquemática o seguinte panorama:

I – Análise do propósito regulatório específico, com a finalidade de concretizar um estado de coisas pretendido pelo sistema jurídico⁴⁸⁹;

II – Exame do impacto da universalização da decisão⁴⁹⁰ (exame de consequências a partir de uma lógica situacional gradual);

III – Avaliação conjectural das desvantagens em relação a outros bens jurídicos e a outros sujeitos (controle de externalidades negativas).

⁴⁸⁸ CARIDADE, Annelise Vendramini S. *Estratégias corporativas para a sustentabilidade*: estudos de casos múltiplos. São Paulo: tese de doutorado em Administração, USP, 2012, p. 30-32.

⁴⁸⁹ Acerca da exigência de coerência normativa com os valores jurídicos, Neil MacCormick propõe que estes são “estados de coisas cuja busca é legítima, desejável, valiosa ou mesmo (a escala ascende gradualmente) obrigatória, na condição de propósitos, objetivos ou fins”. A partir das contribuições de Karl Popper, o argumento pode ser considerado a partir do debate acerca da legitimação da interpretação jurídica com base nas melhores respostas aos propósitos institucionais envolvidos na situação concreta.

⁴⁹⁰ Diferente do que ocorre com os processos de generalização e motivação, Neil MacCormick argumenta que a justificação precisa de universalização. Ainda que a proposição seja excepcionável (defeasible). Na justificação das decisões jurídicas, é exigido esclarecimento público sobre o que e como estão aplicando o direito. Ademais, precisa haver uma fundamentação sobre “por que é correto decidir da forma que estão decidindo”. Assim, universalização significa reflexão de que as decisões continuariam aceitáveis se universalizadas. Cf. MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 131-132.

Esse esquema apresentado é um direcionamento argumentativo. Nas palavras de Hugo Machado Segundo, são postulados interpretativos que representam “tentativas de teorizar o bom senso que orienta inconscientemente nossas escolhas em torno de objetivos, metas ou valores”, sem ser algo exclusivo dos juristas⁴⁹¹.

No caso da invalidação de normas de direito público e mudança da tradição jurídica a respeito de determinado comando normativo, é preciso questionar sobre a necessidade de uma regularização normativa. Considerando a relevância da observação dos efeitos do ato considerado defeituoso, é preciso realizar uma análise séria da proporcionalidade do ato defeituoso e também da sua possível invalidação. Portanto, são pelo menos duas análises que devem ser realizadas (manutenção do texto normativo e sua invalidação). Portanto, no direito público, não basta a simples verificação da regularidade dos atos e negócios jurídicos, mas sim a indagação comparativa sobre os diferentes estados de coisas possíveis. Neste caso, é válida a lição de Floriano Marques Neto: o controle normativo não é um fim em si mesmo, mas uma tentativa de aperfeiçoamento da Administração Pública com a busca de maior eficiência e efetividade⁴⁹².

Por também buscar certa uniformização das decisões jurídicas, levando a sério a segurança jurídica, é válida a ressalva de José Vicente Mendonça sobre a necessidade de construção das “condições de possibilidade da validade jurídica do ato, negócio, processo ou norma antes de declarar algo inválido”. Nesse sentido, buscando preservar até onde for aceitável a tradição jurídica, desenvolvemos a ideia de que o dever de regularização proporcional e equânime decorre da avaliação de uma conduta proporcional e proteção da confiança dos sujeitos que vivem naquela sociedade: verificada a desproporcionalidade do ato, negócio jurídico ou da posição jurisprudencial vigente, “deve o julgador avaliar as demais situações para oferecer uma regularização proporcional que direcione a atuação estatal para um estado de coisas empiricamente adequado”, considerando também o impacto da decisão

⁴⁹¹ O autor exemplifica com a “ponderação” que “um médico faz antes de receitar um remédio, sopesando se com ele se alcançará a cura (adequação), se não há outro mais barato, ou com menos contra-indicações (necessidade), e se os efeitos colaterais, se inevitáveis, não são piores que a própria doença (proporcionalidade em sentido estrito). Cf. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do ordenamento jurídico: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível*. Unifor: tese de doutorado em direito, 2009, p. 133.

⁴⁹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. *Fórum de contratação e gestão pública*, ano 9, n. 100, abr. 2010, p. 6.

na sua relação com o ordenamento jurídico (demais direitos envolvidos e bens jurídicos igualmente tutelados)⁴⁹³.

Na regularização normativa, o que existe é uma identificação de consequências práticas desproporcionais que permitem a escolha fundamentada de um provável estado de coisas que possa resguardar o interesse público. Para mitigar as externalidades negativas, o intérprete deve adotar medidas como a adoção de prazos razoáveis e de “regimes de transição⁴⁹⁴”. Neste sentido, uma das formas de correção dos efeitos pode ser empreendida por meio de técnicas decisórias, principalmente pela adoção da modulação de efeitos⁴⁹⁵. Que nada mais é do que a construção da solução normativa com maior preocupação sobre as repercussões e os efeitos práticos que serão produzidos.

Na formulação de estratégias interpretativas para concretizar os propósitos regulatórios normativos, o intérprete do direito precisa apresentar algum diagnóstico sobre as externalidades negativas. A depender da matéria, exige-se ampla justificação externa com elementos de argumentação empírica, que poderá ser apoiado institucionalmente. Desse modo, o sistema jurídico não apenas constrói a solução normativa do caso concreto, mas também pode lidar com uma gestão estratégica de risco. Esse acompanhamento estratégico dos litígios não precisa ser feito exclusivamente pelo juiz-intérprete, mas também pelos centros de estudo e inteligência do Poder Judiciário, de outros órgãos estatais, pela academia universitária e por outras formas de organização social.

Esse caráter testável dos cenários possíveis não pode ser retórica demagógica para agradar seu auditório. Por isso, a necessidade de advertência da ciência jurídica. Argumentações do tipo: “Eu decido desta forma, mas me mantenho aberto às críticas” podem não ser legítimas em razão da ausência de congruência entre discurso e prática em uma sociedade aberta às divergências. Por outro lado, um cenário de juízes excessivamente criativos e completamente livres possivelmente produziria um cenário caótico por diversas razões econômicas, políticas e também jurídicas (na medida em que a aplicação do direito ignoraria a prestação jurisdicional isonômica e sua coerência enquanto sistema).

⁴⁹³ ALVES, Pedro de Oliveira. Repercussões do art. 21 da LINDB para o controle interpretativo das decisões que invalidam atos administrativos. In: Edilson Pereira Nobre Júnior. (Org.). *O Direito Administrativo em transformação: reflexões sobre a Lei n. 13.655/2018*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, v. 1, p. 9-27.

⁴⁹⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, edição especial, 2018, p. 53.

⁴⁹⁵ Na legislação brasileira, o Código de Processo civil estabelece em seu art. 927, §3º: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

Nesse sentido, a efetivação do diálogo crítico com a tradição jurídica não pode significar o atropelamento dos institutos jurídicos de uniformização e estabilização do direito. Por meio da terceira etapa, quando necessário, a interpretação do direito precisa estar alinhada com o princípio de desenvolvimento do direito, ou seja: a evolução jurídica precisa adotar elementos de estabilidade (como a uniformização da jurisprudência⁴⁹⁶) e manter sua variabilidade frente às alterações na tradição jurídica de uma sociedade.

Sempre que houver mudança nas práticas normativas, necessário algum momento para internalização e acomodação. Se no processo legislativo, existe a chamada *vacatio legis*; por qual motivo a alteração normativa realizada pela interpretação do direito não deveria ter uma preocupação com os efeitos práticos futuros na sociedade. Essa percepção parece essencial. Ainda serão produzidas decisões com efeitos retroativos? Sim, o ordenamento jurídico brasileiro e toda a tradição dogmática entendem que sim. Mas em casos de fortes impactos econômicos, financeiros e administrativos, isso precisará ser repensado.

Em outra analogia com os processos parlamentares, um tópico ainda pouco discutido é a questão das alterações interpretativas no âmbito constitucional. Para além das críticas abundantes sobre a dificuldade de formação e identificação de precedentes no STF ou mesmo sobre o modelo institucional dos nossos tribunais⁴⁹⁷, podemos apresentar uma crítica direcionada ao elemento da rigidez dos textos jurídicos.

O próprio texto constitucional faz previsão de processos de reforma. Apesar de ser um procedimento formalmente mais dificultoso em relação às demais leis, não significa que realmente seja difícil aprovar reformas constitucionais (são mais de 100 emendas brasileiras no texto promulgado em cerca de três décadas).

No exame das decisões do STF, algo que chama a atenção é a considerável volatilidade dos entendimentos jurisprudenciais. Emblemática é a sequência de “viradas” decisórias sobre o tema da execução automática da pena após julgamento da segunda instância, que ainda parece pouco consolidado e controverso. Se o sistema jurídico for muito volátil, conotações políticas e econômicas podem influenciar de forma mais intensa a postura conveniente de alterar a interpretação em determinados contextos. E isso pode ser visto como problemático a partir de alguns olhares normativos preocupados com a coerência do sistema.

⁴⁹⁶ No Código de Processo Civil brasileiro, temos o simbólico dispositivo do art. 926 que determina um dever de uniformização da jurisprudência pelos tribunais, além de “mantê-la estável, íntegra e coerente”.

⁴⁹⁷ Acerca das discussões sobre os modelos de deliberação e decisões na Jurisdição Constitucional, vale conferir VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. UnB: tese de doutorado em direito, 2015.

Então, se é necessário um procedimento mais dificultoso para alterar o texto constitucional escrito, também não deveria ser exigido um procedimento mais dificultoso para as alterações normativas da constituição a partir das interpretações do tribunal? Embora esteja em discussão um código brasileiro de processo constitucional na atualidade, não temos notícia de algum debate nesse sentido. Essa não é uma simples questão metodológica, mas uma questão institucional que precisa ser construída pelos legisladores ou no próprio regimento do tribunal. Porque uma coisa é decidir, pela primeira vez, sobre a constitucionalidade de uma determinada lei ou enfrentar um determinado debate; outra coisa é enfrentar a mesma temática algum tempo depois. Basta uma maioria simples do plenário?

Este é um debate que, embora ainda precise ser ampliado nas esferas políticas e científicas, aparece como uma possibilidade de tornar mais rigoroso o exame das mutações constitucionais enquanto alteração de posições do próprio tribunal. A alteração não é apenas uma nova concepção sobre o texto constitucional, mas a escolha por outro cenário de situações normativas. Talvez exigir um procedimento com mais estudos sobre as externalidades da nova decisão e as deficiências da tradição jurídica vigente, com maior participação de posições distintas sobre outros cenários possíveis e um quórum mais elevado.

Nesse sentido, o STF já decidiu que a modulação de efeitos em recursos extraordinários repetitivos sem a declaração de inconstitucionalidade pode ser tomada apenas com maioria absoluta do Plenário. Já no caso do exame da constitucionalidade nas ações de controle abstrato, ainda é necessário atingir o quórum de dois terços. Ainda sobre essa temática, é curioso perceber que a modulação de efeitos em face da declaração de inconstitucionalidade (Lei 9.868/1999) não se confunde necessariamente com a modulação praticada em razão da alteração jurisprudencial (art. 927, §3º, CPC) ⁴⁹⁸.

Nem toda alteração jurisprudencial exige uma construção de efeitos, modulação normativa do cenário que será adotado. Mas o intérprete deve refletir sobre tal necessidade no caso concreto, em face das circunstâncias que se apresentam.

Por fim, resta ainda discutir como as limitações e vantagens desse modelo de análises baseado no Racionalismo Crítico para o enfrentamento dos casos de mutação constitucional. As três etapas são diretrizes que, na ótica do Racionalismo Crítico, permitem uma abordagem preocupada em desenvolver conjecturas para a resolução de problemas jurídicos sem chegar a

⁴⁹⁸ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Qual o quórum necessário para a modulação de efeitos? Uma proposta de compatibilização do CPC/15 com a Lei n. 9.868/99. *Caderno Virtual (IDP)*, v. 3, n. 45, 2019.

pontos definitivos. Por essa razão, apresentamos uma autocrítica do modelo a partir da ideia de reinício da abordagem crítica a partir do acompanhamento crítico dos resultados.

6.5 UM MODELO DE CIÊNCIA JURÍDICA: ACOMPANHAMENTO CRÍTICO DOS RESULTADOS E (NOVA) ABERTURA À CRÍTICA DAS DECISÕES JURÍDICAS

Realizada toda a discussão em torno dos diferentes usos da argumentação jurídica sobre a mutação constitucional no Brasil, foi possível desenvolver uma reflexão a partir do Racionalismo Crítico. Com a pretensão de uma teoria crítica e normativa sobre a tomada de decisão, é recuperada a função de advertência na dogmática jurídica. Isso foi possível, principalmente, em razão da proposta de antecipação conjectural dos possíveis cenários regulatórios confrontados com dados da realidade em uma situação específica.

A questão da análise comparativa aparece de forma central. Há um ônus argumentativo no processo de justificação sobre as vantagens e desvantagens de um modelo regulatório ou hipótese interpretativa. De forma conjectural, há uma reflexão sobre os possíveis resultados. Ao final, será estabelecido um juízo conjectural provisório sobre qual a melhor solução jurídica para aquela situação histórica.

As três etapas desenvolvidas nos tópicos anteriores sugerem que as mutações constitucionais podem ser avaliadas a partir de uma análise dialética (comparativa) entre as diferentes interpretações e compreensões possíveis da ordem constitucional, com amplo estudo sobre o impacto das suas consequências e efeitos. Para atingir os objetivos, a metodologia foi construída a partir do exame dos propósitos regulatórios institucionalizados e dos problemas presentes na tradição jurídica sobre o tema.

A ideia de “tradição jurídica” foi refletida não como um instrumento de legitimação das decisões. Não se trata de justificar a vigência de ideologias dominantes. A partir de Hans Albert, as tradições são apresentadas como “molas propulsoras” ou “trampolins”, na medida em que impulsionam o raciocínio jurídico a partir dos conhecimentos existentes⁴⁹⁹.

Há, no entanto, uma tese associada à teoria do conhecimento científico que não pode passar despercebida. Poderíamos até chamar de uma quarta etapa metodológica, mas, em verdade, se trata de um pressuposto central do processo interpretativo: nossas soluções possuem significativas doses de incertezas. Muitos argumentos poderiam reforçar a tese: a

⁴⁹⁹ A partir de forte crítica à “Hermenêutica Filosófica”, Hans Albert sustenta essa visão sobre as tradições com base nas obras de Karl Popper. Cf. ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Trad. Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria J. P. Monteiro. 2. ed. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1976, p. 183-185.

limitação do conhecimento humano, a mudança histórica e cultural das relações sociais e dos valores sociais, além da impossibilidade de convicções seguras sobre questões jurídicas.

Em razão de diversos fatores, seria oportuno perguntar se realmente temos “tradição” (transmissão de conhecimento) a respeito de alguns temas específicos da dogmática jurídica brasileira. Alguns temas podem parecer pouco aprofundados. No entanto, muitas vezes, o problema não está em saber se há uma tradição a respeito de um tema específico. Querendo ou não, existem discussões públicas sobre princípios e problemas relacionados ao tema. Problema maior é desenvolver as estruturas institucionais do ensino e da prática jurídica para uma maior compreensão da história jurídica nacional.

Nesse sentido, temos defendido que a interpretação jurídica não é apenas um ato isolado de atribuição de sentido. Interpretação jurídica é também processo dinâmico inconclusivo e produto provisório de um entendimento. O processo interpretativo da ciência jurídica nunca se esgota, nunca endossa uma solução definitiva. Por isso, mesmo após o trânsito em julgado de uma decisão e formação de um precedente judicial, sempre poderá haver uma compreensão distinta no futuro. E, caso venha a modificar a antiga forma de aplicar as normas constitucionais, a tradição jurídica será desafiada pelas mutações ou transformações interpretativas (oriundas dos órgãos jurisdicionais ou de outras práticas administrativas e sociais). Caberá ao futuro intérprete refletir sobre os cenários de mudança regulatória ou manutenção do entendimento tradicional⁵⁰⁰.

Com esses termos, pensamos que a abordagem crítica desenvolvida nesta tese permite a adoção de alguns pontos de partida para análises mais preocupadas com as funções regulatórias do direito e a proteção de direitos e garantias que devem ser tutelados por decisão política da sociedade. Permite, no mínimo, pensar sobre os problemas práticos e teóricos encontrados na replicação da tradição jurídica e nas alternativas disponíveis.

Significa, portanto, que esse modelo de ciência jurídica exige também um olhar permanente para a aplicação e vivência do direito. Em outras palavras, os resultados de uma mutação constitucional precisam ser monitorados. Quando realizada uma mudança, esta deverá continuar sendo avaliada: de fato os efeitos pretendidos estão sendo concretizados? No caso de efeitos não previstos, há alguma consequência indesejável que precisa ser revista?

O acompanhamento crítico dos resultados é também pertinente ao conhecimento científico do direito. Pode a ciência jurídica desenvolver essa análise por meio da abordagem

⁵⁰⁰ Cf. ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 86; 90; 94-96.

crítica, com o exame dos problemas encontrados, hipóteses de solução e refutação pelos fatos observáveis e pelas hipóteses adversárias.

Somente há evolução do conhecimento jurídico, nesta perspectiva, quando é possível rechaçar uma hipótese equivocada no próprio sistema objetivo de conhecimento. E não apenas em caso de manutenção da tradição jurídica. Para uma melhor visualização, vejamos dois exemplos básicos, um de ordem teórica e outro de ordem prática.

No campo teórico, uma tese de que o raciocínio jurídico seria sempre entimemático ou dedutivo será refutado quando surgir uma pesquisa que demonstre que há casos em que isso não se aplica sempre. “Não existe dedução verdadeira na tomada de decisão”, alguns retóricos poderiam alegar. Talvez não exista sempre ou em todo momento argumentativo, mas basta um olhar mais realista para constatar que há momentos dedutivos⁵⁰¹. Quando uma aparente causalidade ou generalização teórica é afastada pela experiência prática ou construção lógica, há um progresso conjectural na ciência jurídica.

No campo prático, há muitos problemas que justificam nossa tese. Um exemplo é possível a partir da análise das audiências de custódia. Sua implantação recente na tradição jurídica brasileira foi inicialmente possível a partir de um dispositivo previsto no Pacto de San Jose da Costa Rica⁵⁰². Hoje, o desenvolvimento de pesquisas sobre a importância da audiência de custódia para análise da prisão em flagrante não é, em geral, algo inovador porque já consolidada na teoria brasileira. A defesa das audiências de custódia por si apenas endossa um entendimento existente. Porém, podemos desenvolver pertinentes pesquisas sobre sua efetividade ou possibilidade de realização virtual em tempos de pandemia.

No entanto, o mesmo fundamento jurídico para a implantação das audiências de custódia poderia servir também para a adoção desses mecanismos em todo e qualquer tipo de prisão provisória, algo que ainda enfrenta muita resistência hoje⁵⁰³. Em dezembro de 2020, na

⁵⁰¹ Uma breve leitura de Neil MacCormick colabora com uma defesa atual do silogismo e da dedução no raciocínio jurídico. Ainda que o raciocínio jurídico não se restrinja a uma argumentação formal e silogística, ela também importa no direito. Cf. MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 44-47; 65-73.

⁵⁰² O dispositivo presente na Convenção Americana de Direitos Humanos possui a seguinte redação: “7.5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”.

⁵⁰³ No Brasil, a regulamentação da matéria iniciou com a Resolução 213/2015 do CNJ que informou o dever de “determinar que toda pessoa presa em flagrante delito” seja apresentada à autoridade judicial competente em prazo de 24h. Em razão desse texto normativo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro limitou o cabimento da audiência de custódia para a situação da prisão em flagrante (afastando em casos de outras prisões provisórias como a preventiva e a temporária). A Defensoria Pública do Rio de Janeiro recorreu ao STF (Reclamação 29.303). Durante a controvérsia, o Código de Processo Penal teve seu artigo 287 alterado pelo Pacote Anticrime, passando a prever que “se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o

Reclamação 29.303, o Min. Edson Fachin deferiu medida liminar para ampliar o cabimento da audiência de custódia; mas o tema ainda será enfrentado pelo Plenário do STF.

A não implantação de audiências de custódia em outras modalidades prisionais poderia ser justificada, desde que haja uma justificativa racional com elevado grau de ônus argumentativo. Uma primeira hipótese poderia ser de cunho teleológico. No caso, é preciso refletir sobre o estado de coisas pretendido pelo dispositivo internacional e também compreender as razões normativas para a limitação às prisões em flagrante. Seria, realmente, alguma atecnia da Resolução 213/2015 do CNJ e da regulamentação de alguns Tribunais de Justiça? A ampla e irrestrita adoção das audiências faria “sentido” no sistema brasileiro de prisões cautelares (especialmente quando se trata de uma conversão feita pelo próprio juiz)?

Outro caminho seria alegar dificuldades pragmáticas e financeiras para a adequação da administração judicial. Essa é uma argumentação que exige demonstração de planejamento da própria administração e dados que apontem para a realizabilidade da medida.

Os argumentos consequencialistas, porém, não podem servir como instrumentos legitimadores da incapacidade das instituições. Isso seria cair no equívoco de desprezar a natureza deontológica do direito. Medidas necessárias que ainda são consideradas irrealizáveis na prática precisam de uma tutela jurídica especial. Isso porque deve haver uma coordenação da Administração da Justiça para uma implantação gradual. Casos como a decretação de prisão preventiva podem ser renovados diversas vezes, então sempre deverá haver nova apresentação do indivíduo ao juízo? Questões complexas que exigem um monitoramento dos resultados tanto pelos órgãos institucionais como também pelas universidades e sociedade em geral.

Por meio da abordagem crítica se poderia, de fato, tentar refutar a hipótese de irrealizabilidade. Um exemplo seria a apresentação de estudos detalhados sobre as reais dificuldades administrativas e financeiras para a implantação das audiências. Para isso, ainda que os problemas econômicos pareçam incontornáveis, seria possível defender uma eficácia mínima com a exigência de um planejamento estatal mais detalhado e comprometido com

preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia”. A partir disso, muitos passaram a defender a aplicação da audiência de custódia para outras situações além do flagrante. No dia 10 de dezembro de 2020, o Min. Edson Fachin deferiu medida liminar para obrigar a realização das audiências de custódia em todas as modalidades prisionais. No entanto, no mérito, a questão ainda não foi julgada.

uma instalação gradual⁵⁰⁴. Esse tipo de refutação é extremamente relevante para o aprimoramento do conhecimento jurídico.

A construção de um modelo experimental da ciência jurídica é possível a partir do Racionalismo Crítico de Karl Popper. No entanto, os escritos de Popper não respondem sobre todos os critérios e detalhes que serão enfrentados. É isso que, em certa medida, mantém a coerência de sua obra, pois também seria impossível construir um modelo totalmente fechado e pronto para ser aplicado com convicções seguras. A incompletude e a provisoriedade de suas ferramentas metodológicas são características que permitem a construção conjectural de propostas de análise na pesquisa jurídica brasileira.

No caso das mutações constitucionais, é possível observar que a evolução do conhecimento jurídico é promovida a partir da refutação de hipóteses e interpretações agora consideradas equivocadas. Basta lembrar algumas decisões criticadas anteriormente.

No primeiro uso das mutações constitucionais, observamos decisões judiciais que enalteciam o papel do STF no processo de efetivação das normas constitucionais. Nesse sentido, o risco de processos informais poderiam corroer a força normativa e instaurar uma realidade social distante dos objetivos constituintes. Por essa razão, a “mutação constitucional” aparece apenas como uma possibilidade futura a ser evitada. O que existe não é uma pretensão de transformação das normas constitucionais. É um problema de efetividade e aplicabilidade integral das normas. Por isso não falamos de mutação propriamente dita, mas de desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais nesse caso.

A proposta metodológica aqui construída pode ser útil na discussão sobre os efeitos causados pela inércia das instituições na efetivação de mecanismos jurídicos. O debate gira em torno, portanto, da realização do direito constitucional diante das dificuldades reais enfrentadas pelos gestores e agentes públicos em geral. Esse é um aspecto cada vez mais destacado no direito positivo brasileiro⁵⁰⁵. Por meio de um estudo das possíveis consequências causadas pela inefetividade constitucional, é possível verificar a exigibilidade de uma decisão intermediária ou criativa para tentar propor alguma solução jurídica provisória⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Sobre planejamento estatal e políticas públicas, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: levando os direitos a sério. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, p. 251-165, 2018; BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP). *REI - Revista Estudos Institucionais*, v. 5, p. 791-832, 2019.

⁵⁰⁵ Como exemplo, o art. 22 da LINDB (Lei de Introdução às normas do direito brasileiro): “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

⁵⁰⁶ VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 89-102.

Por outro lado, quando se trata da alteração interpretativa de princípios jurídicos, direitos e garantias fundamentais, a mutação constitucional aparece como um argumento decisório que busca legitimar a nova interpretação. Essa questão é bastante delicada porque envolve distribuição das funções estatais. Em uma concepção de Estado de Direito como a utilizada por Neil MacCormick⁵⁰⁷, “aqueles que aplicam o Direito, interpretando-o e desenvolvendo-o à medida que o fazem, devem ser pessoas distintas em relação àquelas que o positivam”. Mas nem sempre é clara a demarcação entre criação e desenvolvimento.

Influenciado por uma cultura de precedentes judiciais, Neil MacCormick⁵⁰⁸ enfatiza que até mesmo onde os precedentes são apenas persuasivos (sem força vinculante), deve haver uma forte presunção contra as mudanças daquilo que foi decidido. Deve demonstrar “que a nova decisão é mais coerente com a linha central do desenvolvimento jurídico, que seria mais justa do que a decisão do precedente ou que produziria consequências preferíveis àquelas que seriam geradas pela adoção do(s) precedente(s) em questão”. Nesses termos, o desenvolvimento é sempre de um princípio existente, é uma mudança especial. Por meio de uma ilusão de certeza e continuidade, uma nova realidade jurídica é configurada.

O desafio é construir um modelo de ciência jurídica atento ao problema da suspensão das normas constitucionais diante das conjunturas políticas e efêmeras. Nos escritos de Carl Bilfinger⁵⁰⁹, a adoção dessas exceções pode revelar-se como um desvio da Constituição (*Verfassungsumgehung*) ou mesmo uma violação das normas constitucionais (*Verfassungswidrigkeit*). Porém, com o passar do tempo, aquilo que antes era visto como uma exceção temporária pode ganhar duração indefinida. E, neste caso, podemos ter uma verdadeira mudança constitucional (*Verfassungswandlung großen Stiles*).

Nesse sentido, os diferentes discursos jurídicos sobre a mutação constitucional relacionam-se com uma pretensão de futuro (muitas vezes, pretensão do próprio intérprete). Por meio do Racionalismo Crítico, o processo evolutivo do direito é entendido como uma dinâmica contextualizada em muitas disputas sobre a leitura da constituição. Mas “ler” a Constituição significa argumentar sobre como as normas constitucionais devem ser aplicadas em determinada situação concreta, levando em consideração todos os fatores da realidade social e as leituras alternativas.

⁵⁰⁷ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 7.

⁵⁰⁸ MACCORMICK, Neil. *Ibidem*, p. 199.

⁵⁰⁹ BILFINGER, Carl. *Verfassungsumgehung: Betrachtungen zur Auslegung der Weimarer Verfassung*. *Archiv des öffentlichen Rechts*. Tübingen, v. 50, n. 2, 1926, p. 184-185.

Admitimos que as lutas políticas e ideológicas sobre o futuro pretendido existem e são significativas. Mas também existem as disputas entre as teorias científicas sobre as melhores técnicas legislativas e as melhores formas interpretativas de aplicação do direito, que promovem o desenvolvimento da ciência do direito em meio a conjecturas e refutações. No fundo, o futuro é apenas um horizonte incerto que pode ser objeto de muitas conjecturas baseadas em experiências históricas e criatividade humana. Nesse contexto, falar em ciência jurídica aplicada às transformações constitucionais somente faz sentido quando mantida a falseabilidade de suas conclusões.

Em razão dessa reabertura crítica, é preciso continuar refletindo sobre as formas de acompanhamento dos resultados obtidos pela interpretação jurídica. Tais investigações podem ser frutíferas quando alinhadas com os debates sobre os desafios institucionais para a promoção de maior controle social, desenvolvimento da dogmática jurídica nas Universidades e uma cultura institucional de consolidação dos precedentes judiciais⁵¹⁰. A abordagem crítica, inspirada nas formulações de Karl Popper, é apenas um direcionamento para algumas possibilidades de análise. No fim, os desafios são enormes e nenhuma tese jurídica pode assegurar uma resposta. Por isso, as indagações aqui levantadas, desenvolvidas e respondidas a partir dos argumentos de Karl Popper, Hans Albert, Reinhold Zippelius e Bernd Rüthers são apenas tentativas de aproximações.

⁵¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 363-380.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste momento da tese, é possível refletir sobre os resultados e as propostas desenvolvidas na pesquisa. Antes, se faz necessário apresentar considerações sobre as principais discussões tratadas neste trabalho.

Desde o início, foi apresentado, em síntese, o seguinte problema: quais as possibilidades e limitações de um modelo analítico baseado no Racionalismo Crítico para enfrentar o argumento da mutação constitucional no cenário brasileiro? As possíveis respostas foram discutidas ao longo deste trabalho.

Em primeiro lugar, desenvolvemos os pressupostos teóricos básicos do Racionalismo Crítico adotados na pesquisa. Esses pressupostos sustentaram os critérios utilizados no decorrer de toda a tese desenvolvida. Nesse primeiro capítulo, dialogamos, principalmente, com as obras de Karl Popper. Mas também buscamos observar como juristas e filósofos pensaram a aplicação do Racionalismo Crítico às discussões jurídicas.

Portanto, a primeira contribuição da pesquisa reside no desenvolvimento teórico de um “racionalismo jurídico crítico”. Esse foi um passo essencial para discutir o uso da “razão crítica” como diretriz para um modelo analítico do direito com pretensões normativas. Por meio da função de advertência, sustentada na obra de Bernd Rüthers, é possível conjecturar um sistema de conhecimento objetivo para além da esfera estatal.

A tese, no entanto, não foi desenvolvida com uma pretensão de reunir os diferentes autores influenciados por Karl Popper. Por essa razão, também nos preocupamos em tornar mais claros os contornos entre os argumentos de Popper e as teses de outros autores como Hans Albert e Reinhold Zippelius. Essa é uma perspectiva relevante, na medida em que colabora para maiores esclarecimentos no âmbito da Teoria do Direito e da Epistemologia.

Na sequência, esclarecidos os pontos de partida teóricos, passamos a buscar visualizar eventuais problemas de justificação na argumentação jurídica sobre as mutações constitucionais. Segundo Karl Popper, a ciência inicia-se com a percepção de problemas e a apresentação de hipóteses ousadas. Por isso, relevante explorar os contornos práticos dos debates jurídicos, considerando também os efeitos desses discursos na realidade social.

Na análise do “estado da arte” sobre a mutação constitucional na literatura brasileira, foi possível identificar as principais abordagens teóricas sobre a mutação em livros e artigos jurídicos, além de mapear dissertações e teses produzidas sobre a temática (1995-2018). Neste ponto, há também uma tentativa de contribuir com uma história contextual das ideias jurídicas constitucionais na tradição brasileira.

Além disso, conseguimos sistematizar 73 decisões do Supremo Tribunal Federal que utilizaram esse argumento nos 30 anos do texto constitucional (1988-2018), sintetizado no Apêndice desta tese. Longe de pretender construir categorias rígidas, a pesquisa foi desenvolvida com análise exploratória sobre os diferentes usos do argumento em contextos variados, com propósitos distintos. Visto como um “conceito obscuro” na prática brasileira, a mutação constitucional não foi abordada como um conceito abstrato rígido. Isso seria cair em uma guerra de palavras que não se coaduna com a perspectiva do Racionalismo Crítico. Por isso, passamos a enfatizar a necessidade de considerar as peculiaridades dos diferentes problemas que chegam aos tribunais brasileiros.

A tese contribui com o conhecimento científico sobre o direito, na medida em que maximiza a transparência das etapas, resultados e discussões sobre um tema determinado. Também se tentou manter um tipo de diálogo com outras explicações alternativas. Foi apresentado, desse modo, aquele que nos pareceu um caminho viável para a ciência jurídica preocupada com a qualidade da aplicação do direito na sociedade, com abertura ao pensamento diferente.

A influência de argumentos apresentados por Karl Popper e Hans Albert nos permitiu ir além de uma discussão puramente metodológica sobre ciência do direito e nos levou a indagar elementos da teoria do processo interpretativo do direito enquanto conhecimento prático. Ao longo do trabalho, refletimos também sobre uma análise efetiva do direito e de suas possibilidades de transformação por meio da compreensão de problemas e soluções no âmbito jurídico a partir de uma abordagem epistemologicamente crítica. Durante a pesquisa, foram também desenvolvidos argumentos a partir das formulações de Reinhold Zippelius, Bernd Rüthers e alguns aspectos de Neil MacCormick. Todos esses juristas adotaram algumas diretrizes de Karl Popper em seus escritos, o que facilitou o diálogo.

Nunca pretendemos afirmar o que Popper e Albert teriam dito sobre problemas que eles não vivenciaram. Enquanto investigação filosófica, naturalmente, possuímos nossas próprias meditações e conjecturas. Mas os argumentos desses autores foram significativos pontos de partida que serviram para a reflexão de questões do direito brasileiro. Em razão dessa explanação, ficaram mais claros os critérios que adotamos em nossa observação crítica sobre a argumentação jurídica brasileira.

Durante a análise dos fundamentos históricos do desenvolvimento da teoria da mutação constitucional, foram apresentadas informações contextualizadas, com o estudo direto de diferentes fontes alemãs. Muitas vezes, a teoria da mutação constitucional é

invocada nos ambientes acadêmicos e jurisdicionais sem a devida compreensão de seus objetivos e de suas diferentes vertentes. As críticas foram articuladas com os pressupostos do Racionalismo Crítico ao longo das explanações e discussões sobre as “versões brasileiras” da mutação constitucional. Por isso, compreender as teorias e as decisões sobre o tema foi bastante relevante para o desenvolvimento da tese, na medida em que a pluralidade metodológica despertou nossa pesquisa para problemas inicialmente não percebidos.

No exame das decisões do STF, além do aumento significativo no número de decisões sobre a mutação constitucional na última década, percebemos usos muito distintos em cada contexto. A pesquisa, no entanto, não conseguiria se debruçar exaustivamente sobre cada um dos julgados, razão pela qual foram realizados comentários críticos pontuais a respeito de cada tipo de utilização da mutação nos discursos jurídicos dos ministros.

Ao final, no último capítulo, a percepção dos problemas discutidos nos capítulos anteriores ofereceu a possibilidade de construir um modelo analítico para a avaliação crítica das mutações constitucionais nos discursos jurídicos. Neste momento, tratamos de desenvolver uma tese sobre uma das possibilidades de análise da argumentação jurídica, contribuindo para as discussões da dogmática jurídica.

Durante o desenvolvimento do método, foram desenvolvidos pressupostos baseados nas ideias formuladas pelos filósofos e juristas do Racionalismo Crítico. Como primeiro passo, foi desenvolvido um amplo estudo sobre a avaliação conjectural dos problemas jurídicos frente ao desempenho da tradição jurídica. Para isso, foram formuladas diversas considerações a respeito dos propósitos regulatórios normativos que vinculam a orientação sobre a construção das soluções jurídicas no caso concreto. Estes propósitos não são simples valores abstratos ou comandos objetivos estáticos e rígidos, mas sim a devida compreensão das expectativas jurídicas e o debate em torno da concretização das funções do direito em determinadas relações jurídicas.

Por mais que a prática real do direito seja determinante para a compreensão do direito enquanto experiência historicamente contextualizada, a ciência jurídica também assume uma função de advertência por meio de diálogos críticos que antecipam possíveis impactos regulatórios causados por determinado modo de interpretar e aplicar o direito. Nesse sentido, a segunda etapa metodológica foi desenvolvida a partir da lógica situacional de Karl Popper e dos estudos de impacto regulatório de Bernd Rüthers. Considerando o paradigma de uma razão crítica, tal como desenvolvido por Hans Albert, desenvolvemos diretrizes para a construção hipotética de cenários regulatórios aplicados às mutações constitucionais

identificadas ao longo da tese. Pensamos que este modelo de raciocínio pode contribuir para os processos de justificação (fundamentação) do direito brasileiro, na medida em que possibilita um diálogo com as consequências práticas e com outras ciências aplicadas.

Por fim, na terceira etapa do modelo crítico, refletimos sobre os possíveis efeitos negativos oriundos de uma mutação constitucional e os mecanismos para sua correção, especialmente levando em consideração a legislação brasileira e o debate sobre a gestão de riscos nas esferas jurídicas em face das externalidades negativas.

Os prognósticos apontados neste estudo devem ser entendidos também em uma ótica falseável, na medida em que o modelo desenvolvido merece aprofundamento. No futuro, poderá ser substituído por outros modelos que se mostrem mais capazes de aperfeiçoar a realização dos objetivos normativos. Em apertada síntese, porém, a tese aponta para uma conclusão em forma de “proposta de intervenção” nos seguintes termos:

1. Utilizar o argumento da mutação constitucional na justificação de decisões não é algo necessário. Mas também não é algo que deva ser abandonado. O fundamental é que os processos de justificação das decisões passem por maiores refinamentos quanto ao esclarecimento das premissas utilizadas. É preciso maior esforço na investigação das características do problema concreto, compreendendo que a atribuição de sentido das normas constitucionais é algo relacionado com o mundo real (problemas empíricos com efeitos sociais).
2. No plano metodológico, o modelo analítico proposto é apenas uma formulação de algumas exigências reconhecidas no mundo jurídico. Primeiro, é preciso compreender o que se pretende decidir (quais os propósitos institucionais envolvidos, qual conhecimento tem sido transmitido sobre a questão e qual o problema real). Em seguida, é preciso haver uma compreensão das possíveis hipóteses (como a ocorrência ou não de mutação). A partir da investigação das hipóteses, deve o jurista apresentar análise sobre os resultados possíveis em cada cenário regulatório. Esses critérios poderão ser discutidos e refutados futuramente. Por fim, o método propõe que o jurista avalie os efeitos indesejados e construa uma decisão capaz de monitorar e regularizar o cenário regulatório escolhido.
3. No campo do ensino jurídico, a razão crítica é um elemento que precisa ser incentivado na formação dos futuros profissionais. É preciso fomentar a liberdade argumentativa e a discussão comparativa que considere também outros pontos de vista sobre a matéria. Isso, no entanto, não deve significar abordagens abstratas

distantes da realidade ou posturas decisionistas às margens da dogmática jurídica. É preciso que os estudantes, por meio das atividades de ensino, pesquisa e também extensão, sejam estimulados a conhecer a realidade social e as consequências práticas das decisões jurídicas. Esse é um desafio permanente, mas que pode se tornar menos distante se algo for feito.

4. No âmbito dos desafios institucionais e administrativos, muitos são os desafios. Percebemos que o modelo analítico proposto contribui para a questão metódica da interpretação jurídica em casos de mutação constitucional. Entretanto, ainda não está claro de que modo o modelo apresentado poderia apresentar um incentivo institucional para a adoção de práticas específicas. Visualizamos que o Racionalismo Crítico permite refletir sobre a necessidade de instituições sociais capazes de estimular uma “sociedade aberta”, com maior grau de participação e liberdade dos indivíduos nas discussões jurídicas. No entanto, esse é um aspecto que merecerá maiores reflexões.
5. A interpretação jurídica conforme a razão crítica é uma proposta que pode aprofundar a discussão em torno do consequencialismo brasileiro. Sua contribuição às teorias da decisão jurídica, no entanto, não deve ser vista como uma resposta definitiva rígida para todo e qualquer problema. Novos aportes poderão ser pensados a partir de um dever de aperfeiçoamento da ordem jurídica. Para isso, se propõe, no decorrer da tese, maior estímulo em torno do acompanhamento crítico da legislação e das decisões judiciais. Esse monitoramento deve ser estimulado em grupos e redes de pesquisa, universidades e nos mais diversos setores da sociedade.

Por todas essas questões, podemos concluir que os objetivos elencados na introdução foram alcançados. A pesquisa, agora, foi incorporada ao “Mundo 3 de Popper”: resta continuar desenvolvendo e amadurecendo nossas ideias. A pretensão de racionalidade jurídica crítica permite possibilidades vantajosas, desde que mantidas suas bases falibilistas e seu esforço para a compreensão da vida real. Para aperfeiçoar as instituições sociais jurídicas, é preciso buscar seus problemas específicos e as tentativas de solução apresentadas publicamente. A partir disso, poderemos levantar hipóteses que possam dialogar criticamente com as outras possibilidades. No final, não conseguiremos demonstrar que um caminho é definitivamente o único possível, mas podemos rebater velhas práticas insatisfatórias e teorias esdrúxulas que bloqueiam a abordagem crítica. Eis o racionalismo jurídico crítico.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor; et al. *La disputa del Positivismo em la Sociologia alemana*. Trad. Jacobo Muñoz. Barcelona: Ediciones Grijalbo S.A., 1973.
- ALBERT, Hans. *O Direito à luz do Racionalismo Crítico*. Trad. Günther Maluschke. Brasília: Universa; Editora da UnB, 2013.
- ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Trad. Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria J. P. Monteiro. 2. ed. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1976.
- ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- ALVES, Pedro de Oliveira. Repercussões do art. 21 da LINDB para o controle interpretativo das decisões que invalidam atos administrativos. In: Edilson Pereira Nobre Júnior. (Org.). *O Direito Administrativo em transformação: reflexões sobre a Lei n. 13.655/2018*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, v. 1, p. 9-27.
- BADURA, Peter. *Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre*. Erlangen: Palm & Enke, 1959.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Philosophia Positiva no Brasil*. Introdução: Meu ponto de vista filosófico. Recife: Typographia Industrial, 1883, p. 17-35.
- BILFINGER, Carl. Verfassungsumgehung: Betrachtungen zur Auslegung der Weimarer Verfassung. Archiv des öffentlichen Rechts. Tübingen, v. 50, n. 2, p. 163-91, 1926.
- BIRK, Axel. Der kritische Rationalismus und die Rechtswissenschaft: Bernd Rüthers und Karl-Heinz Fezer – ein Ausgangspunkt, unterschiedliche Folgerungen. *Rechtstheorie*, n. 48, p. 43-75, 2017.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden: Nomos, 1993.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Constitutional and Political Theory: selected writings*. Ed. Mirjam Künkler e Tine Stein. Trad. Thomas Dunlap. v. 1. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BORGES, José Souto Maior. *Ciência feliz*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Série de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 25. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.

BULOS, Uadi Lâmmego. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BULOS, Uadi Lâmmego. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*. Durham and London: Duke University Press, 1997.

CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *O princípio da proibição do excesso: em especial na conformação e no controlo de atos legislativos*. Lisboa: tese de doutorado em direito, Universidade de Lisboa, 2016.

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

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARDOZO, Benjamin N. *The Growth of the Law*. New Haven: Yale University Press, 1924.

CARIDADE, Annelise Vendramini S. *Estratégias corporativas para a sustentabilidade: estudos de casos múltiplos*. São Paulo: tese de doutorado em Administração, USP, 2012.

COSTA, Pietro. ‘Dizer a verdade’: uma missão impossível para a historiografia? Trad. Raul B. Nogueira e Ricardo M. Fonseca. *História do direito: Revista do IBHD*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 250-273, 2020.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Controle de constitucionalidade de normas orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Tese de doutorado em direito, USP, 2014.

DEWEY, John. Logical Method and Law, *Cornell Law Review*, v. 10, n. 17, p. 17-27, 1924.

DIMOULIS, Dimitri. *Direito Penal Constitucional: garantismo na perspectiva do Pragmatismo jurídico-político*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011.

ENGLÄNDER, Armin. Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz. In: HILGENDORF, Eric. *Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 111-125.

EPPING, Volker; LENZE, Sebastian; LEYDECKER, Philipp. *Grundrechte*. 8. ed. Berlim, Heidelberg: Springer, 2019.

ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1970.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. 2. ed. Osasco: Edifio, 2015.

FREITAS, Lorena de Melo. *O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito*. Recife: tese de doutorado em direito, 2009.

GIESE, Friedrich. *Staatsrecht: Grundlagen; Deutsche Verfassungen; Ausländische Verfassungssysteme*. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden, 1956.

GRIMM, Dieter. Proporcionalidade na jurisprudência constitucional canadense e germânica. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 10, n. 34, 69-84, 2016.

HAACK, Susan; KOLENDA, Konstantin. Two fallibilists in Search of the Truth. *Aristotelian Society Supplementary Volume*, v. 51, n. 1, p. 63- 104, jul. 1977.

HÄBERLE, Peter. Desarrollo constitucional y reforma constitucional em Alemania. *Revista Pensamiento Constitucional*, Lima/Peru, n. 7, p. 15-43, 2000.

HÄBERLE, Peter. Konrad Hesse (1919-2005). In: HÄBERLE, Peter; KILLIAN, Michael; WOLFF, Heinrich Amadeus. *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts: Deutschland - Österreich - Schweiz*. Berlim: De Gruyter, 2014, p. 1039-1052.

HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. Trad. Joaquín Brage Camazano. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo. (org.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. t. I: teoría general del derecho procesal constitucional. México: Universidad Autonoma de Mexico/ Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/ Marcial Pons, 2008, p. 763-784.

HÄBERLE, Peter. *Textos clássicos na vida das constituições*. Trad. Peter Naumann. Saraiva, 2016.

HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung: Prolegomena zu einem “zeit-gerechten” Verfassungsverständnis. *Zeitschrift für Politik, Nomos*, v. 21, n. 2, p. 111-137, jun. 1974.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 2. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HEYDTE, F. A. Freiherr von der. Stiller verfassungswandel und verfassungsinterpretation. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 39, n. 4, p. 461-476, 1951.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel. *JuristenZeitung*, v. 50, n. 6, 17 mar. 1995.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Cap. 3: Limites da mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

HILGENDORF, Eric. Rechtsphilosophie der Gegenwart. In: HILGENDORF, Eric; JOERDEN, Jan C. (org.). *Handbuch Rechtsphilosophie*. Stuttgart: J.B. Metzler Verlag, 2017, p. 170-181.

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

HSÜ DAU-LIN. Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 61 (N.F. 22), n. 1, p. 27-53, 1932.

HSÜ DAU-LIN. *Mutación de la constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública: Oñati, 1998.

IBRI, Ivo Assadi. As consequências de consequências práticas no Pragmatismo de C.S. Peirce. *Cognitio*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 30-45, 2000.

JACOBS, Struan; TREGENZA, Ian. Rationalism and tradition: The Popper-Oakeshott conversation. *European Journal of Political Theory*, p. 3-24, v. 13, 2014.

JELLINEK, Georg. Constitutional Amendment and Constitutional Transformation (1906). In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Los Angeles: University of California Press, 2000, p. 54-57.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. Trad. M. Keel. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 57-208.

KELSEN, Hans. *Der Staat als Integration*. Viena: Springer-Verlag, 1930, p. 45-48.

KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Trad. Anders Wedberg. 3. ed. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1949.

KIM, Richard Pae. A terceira margem da liberdade. In: TOFFOLI, José Antônio Dias (org.). *30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

KORIOTH, Stefan. Introduction. Prologue: The shattering of methods in late Wilhelmine Germany. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Los Angeles: University of California Press, 2000.

KRELL, Andreas. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, v. 19, p. 295-320, 2014.

KRELL, Andreas; ALVES, Pedro de Oliveira. Responsabilidade democrática como pressuposto de uma teoria da interpretação: discussão em torno da ADI 4983/CE, *REI - Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 671-700, 2018.

LABAND, Paul. *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*. Zahn & Jaensch: Dresden, 1895.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. ed. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, 1995.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Tese de doutorado em direito da USP, 2015.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft: suhrkamp taschenbuch Wissenschaft*, 1998.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O caminho para Washington passa por Buenos Aires: a recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898). *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 27, n. 78, p. 149-169, 2012.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do ordenamento jurídico: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível*. Unifor: tese de doutorado em direito, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Por que dogmática jurídica? *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 27, p. 59-86, 2008.

MAGEE, Bryan. *As ideias de Popper*. Trad. Leonias Hegenberg e Octanny S. da Mota. São Paulo: Cultrix, 1973.

MAIA, Alexandre da. *Da epistemologia como argumento ao argumento como racionalidade jurídica: por uma dogmática da multiplicidade*. Recife: Tese de doutorado em direito da UFPE, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. *Fórum de contratação e gestão pública*, ano 9, n. 100, abr. 2010

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

MEHRING, Reinhard. Introduction. Epilogue: the decline of theory. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Los Angeles: University of California Press, 2000, p. 313-320.

MENDONÇA, Fabiano. *Introdução aos direitos plurifuncionais: os direitos, suas funções e a relação com o desenvolvimento, a eficiência e as políticas públicas*. Natal: FASM, 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, edição especial, 2018.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MURKENS, Jo Eric Khushal. *From Empire to Union: conceptions of German Constitutional Law since 1871*. Parte I: Constitutional Law as discipline. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 9-65.

NEUMANN, Ulfrid. Teoria científica da ciência do direito. Trad. M. Seca de Oliveira. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 463-479.

NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Trad. Antônio Luz Costa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Qual o quórum necessário para a modulação de efeitos? Uma proposta de compatibilização do CPC/15 com a Lei n. 9.868/99. *Caderno Virtual (IDP)*, v. 3, n. 45, 2019.

PÁDUA, Antonio Carlos de Siqueira de Maia e. *A mutação constitucional e a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade: análise de um fragmento da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Mestrado em direito) - Universidade de Brasília, 2006.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Teoria da mutação constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*. Tese (Doutorado em Direito), PUC-SP, 2009.

PEDRON, Flávio Quinaud. A mutação constitucional no direito público do Império Alemão: contribuições de Laband e Jellinek. *Revista Quaestio Iuris*, v. 12, p. 190-221, 2019.

PEIRCE, Charles Sanders. Deduction, Induction and Hypothesis (1878). In: HOUSER, Nathan; KLOESEL, Christian (org.). *The essential Peirce: selected philosophical writings*. Bloomington, Indiana: Indiana University Press, 1992, p. 186-199.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. António F. de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Editora Cultrix, 2 ed, 2013.

POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. 2. ed. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da UnB, 1994, p. 13-23.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tomo 1. 3. ed. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

POPPER, Karl. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975.

POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 1982.

POPPER, Karl. *Em busca de um mundo melhor*. 2. ed. Trad. Teresa Curvelo. Lisboa: Fragmentos, 1989.

POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. 2. ed. Trad. Estevão R. Martins, Apio C. M. Acquarone Filho e Vilma O. M. Silva. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1999.

POPPER, Karl. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Trad. Joaquim A. F. Gomes. Lisboa: Edições 70, 2002.

POPPER, Karl. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Trad. Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1999.

POSCHER, Ralf. Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle. *Ratio Juris*, v. 33, n. 2, p. 134-149, 2020.

PUFENDORF, Samuel. *On the duty of man and citizen according to the natural law*. Trad. Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. *Revista Prolegómenos, derechos y valores*, v. 19, n. 37, p. 99-124, 2016.

RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado: Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*. Trad. Juan García Amado. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2016.

RÜTHERS, Bernd. Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz. *JuristenZeitung*, v. 61, n. 2, 20 jan. 2006, p. 53-60.

RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel. *Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre*. 9. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2016.

SALDANHA, Nelson Nogueira. *História das ideias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Org.). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCHLINK, Bernhard. On a principle of contradiction in normative logic and jurisprudence. *Theory and Decision*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht-I-Iolland, v. 2, 1971, p. 35-48.

SCHLINK, Bernhard. Why Carl Schmitt?. *Constellations*, Oxford (UK), Blackwell Publishers, v. 2, n. 3, 1996.

SCHULTE, Martin. Walter Jellinek (1885-1955). In: HÄBERLE, Peter; KILLIAN, Michael; WOLFF, Heinrich Amadeus. *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts: Deutschland - Österreich - Schweiz*. Berlin: De Gruyter, 2014, p. 299-311.

SCHULZE, Julia. *Die Verfassungsrechtliche bedeutung von Staatspraxis: und ihre Berücksichtigung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg: tese de doutorado em direito, 2019.

SILVA, José Afonso da. Mutaciones constitucionales. *Cuestiones constitucionales*, n. 1, 1999. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5561/7207>. Acesso em 15 de junho de 2020.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 363-380.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOUTO, Cláudio. *Introdução ao direito como ciência social*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1971.

STOLLEIS, Michael. *O direito público na Alemanha: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI*. Trad. Gercélia B. de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000.

VECCHI, Cristiano Brandão. *A mutação constitucional: uma abordagem alemã*. Rio de Janeiro: Dissertação de mestrado em direito da PUC-Rio, 2005.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VOLKMANN, Uwe. *Elementos de uma teoria de la constitución alemana*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 91-96.

VOßKUHLE, Andreas. *Verfassungsinterpretation und Verfassungswandel*: Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts. Rechtspolitischer Kongress “Verfassungsstaat im Wandel. Die Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes nach 70 Jahren“. Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlim, 29 nov 2018. Disponível em: <https://www.kas.de/documents/252038/3346186/Verfassungsinterpretation+und+Verfassungswandel-Festvortrag+KAS+Berlin.pdf/2779c5a1-f31e-2d45-e900-0ce4db789456?version=1.0&t=1543847127152>. Acesso em 28 de julho de 2020.

YUANSI BU. Rechtsdogmatik: vom Transfer des deutschen Rechts zum Transfer des deutschen Konzepts der Rechtswissenschaft. *JuristenZeitung*, v. 71(8), p. 382–390, 2016.

ZANITELLI, Leandro Martins. Rawls and Tort Law: Against the Consequentialism Thesis. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 3, 2019.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva/IDP, 2012.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Sociologia do direito e do Estado*: noções fundamentais. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do método jurídico*. 11. ed. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado e Ciência política*. Trad. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016.

APÊNDICE A – RELATÓRIO DE DECISÕES ANALISADAS

Decisões colegiadas do STF sobre mutação constitucional: catálogo por temas (1988-2018)			
Temas e problemas jurídicos	Número do Processo (julgado de forma conjunta ou individual)	Ministros que mencionaram a mutação constitucional	Objetivos da argumentação
1. Omissões inconstitucionais, desprestígio ou ameaça à força normativa da Constituição de 1988 (41 processos)	17 processos: MI 107 QO (1989), MI 472 (1995), MI 542 (2001), MI 712/708/670 (2007), MI 1967 AgR/ MI 1656 AgR/ MI 3322 AgR (2011), MI 2152 AgR/ MI 940 AgR (2011), MI 1331 AgR (2011), MI 1339 AgR (2012), MI 1841 AgR/ MI 743 ED (2013), MI 3215 AgR-segundo (2013) [+ MI 6641 AgR (2019*)]	Celso de Mello	Justificar atuação do Poder Judiciário para evitar a perda de força normativa da constituição em razão das graves omissões do Estado.
	9 processos: ADI 1439/ ADI 1458 MC (1996) ADC 8 MC (1999) ADI 1442 (2004) MS 26603 (2007) ADPF 153** (2013) ADPF 347 MC (2015)*** ADO 25 (2016) ADI 4066 (2017)	Celso de Mello	Demonstrar preocupação com a efetividade das normas constitucionais, refletindo sobre a inconstitucionalidade total ou parcial das omissões institucionais.

	9 processos: Agravos Regimentais na Suspensão de tutela antecipada 223 (2008) Suspensões de Liminar e de Segurança em Agravos Regimentais 47 e 175 (2010) ARE 639337 AgR (2011) RE 763667 AgR (2013) RE 581352 AgR (2013) ARE 727864 AgR (2014) ARE 745745 AgR (2014) AI 598212 ED (2014)	Celso de Mello	Injusto inadimplemento de deveres estatais: reação do STF
	5 processos: HC 94695/HC 90450/ HC 91361/ HC 96772/ HC-QO 86009 (art. 102, I, i, da CF) (2008)	Celso de Mello (Segunda Turma)	Prisão civil por dívida. Resgata a doutrina de Francisco Campos sobre a prerrogativa judicial de reformular interpretações normativas em particular momento histórico diante das novas e cambiantes realidades: (Freitas Bastos/ Mello, 1956). Afirma a mutação constitucional para apontar a necessidade contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da constituição de uma sociedade complexa, plural e cambiante.
	ADI 4277/ADPF 132 (2011)	Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e	Defender o reconhecimento das uniões homoafetivas a

		Gilmar Mendes	partir de uma exigência da realidade social (sem necessariamente se reconhecer uma mutação)
2. Nova percepção do direito e necessidade de atualizar princípios jurídicos (12 processos)	RE 637485 (2012)	Relatório-voto do Min. Gilmar Mendes e seu debate com Lewandowski	Nova interpretação do art. 14, § 5º, da Constituição.
	RE 602043/RE 612975 (2017)	Gilmar Mendes	Caso de acumulação de cargos e teto por carreira. Relembra casos de mutação no STF para argumentar sobre as mudanças de percepção jurídica.
	ADI 4439 (2017)	Dias Toffoli	Mutação do art. 210, § 1º da CF. Ensino religioso. Cita RE 630733
	ADI 5540 (2017)	Luís Roberto Barroso e Luiz Fux	Altera a interpretação do Princípio republicano e os limites das Constituições estaduais
	ADI 4764 (2017)	Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux	Propõe um conteúdo normativo ao Princípio republicano e o papel das Constituições estaduais (afastamento de governador)
	ADI 4362 (2017)	Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Carmem Lucia	Princípio republicano e Constituições estaduais (afastamento de governador)
	AP-QO 937 RJ (2018)	voto-vista de Alexandre de Moraes (2017), votos de Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Carmem Lúcia, Edson Fachin, Luiz Fux, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes	Mudança de entendimento sobre o art. 102, I, b, da Constituição. Restrição do foro por prerrogativa de função.

	ADI 2675/PE (2016)	Gilmar Mendes (voto de 2003)	Argumento para afirmar a possibilidade de reconsiderar questão já decidida pelo STF
	ADI 4425 e ADI 4357 (2013)	Teori Zavascki	Emenda constitucional sobre precatórios que altera a interpretação jurídica
	ADPF 46 (2009)	Relatório vencido de Marco Aurélio de Mello	Mutações do Direito Administrativo. Debate sobre atividades econômicas e monopólio do serviço postal
3. Ocorrência de transformações legislativas e administrativas que alteraram o direito constitucional (7 processos)	Reclamação 4335 (2014)	Gilmar Mendes e Eros Grau	Efeitos da decisão em controle difuso. Interpretação do art. 52, X.
	Agravo na Ações Rescisórias 2341, 2421, 2415 e 2494 (2018 e 2019)	Gilmar Mendes	incognoscibilidade da ação rescisória com fundamento em violação literal de lei – remissão ao RE 730462
	REAgR 450504 (2007)	Ayres Britto	Mutação do art. 114, I, da Constituição
	ADI 5105 (2015)	Luiz Fux (relatório)	Mutação por via legislativa quando o legislador discorda da jurisprudência do STF
4. Alteração de jurisprudência para formular nova interpretação de direitos fundamentais (13	HC 126292 (2016)	Luís Roberto Barroso (Plenário)	Discutir a execução provisória da pena
	HC 127900 (2016)	Fachin e Barroso (Plenário)	Discutir a execução provisória da pena

processos)	RHC 93172 (2009)	Carmem Lúcia (Plenário)	Discutir a execução provisória da pena
	HC 152752/PR (2018)	Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski	Discutir a execução provisória da pena
	ADC 43 MC (concluído em 2019)	Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski	Discutir a execução provisória da pena
	RE-EDv 166791, RE-EDv-ED 174161 (2007)		Interpretação da Lei de Anistia (art. 8º do ADCT),
	MS 26602, 26603 e 26604 (2007)	Eros Grau	Infidelidade partidária e perda de mandato eletivo (direitos políticos)
	Reclamação 4374 (2013)	Gilmar Mendes e Luiz Fux	Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da CF
	RE 778889/PE (2014)	Luís Roberto Barroso e Luiz Fux	Licença maternidade de gestantes e adotantes
	RE 522897/RN (2017)	Gilmar Mendes	Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990

* O Mandado de Injunção MI 6641 AgR foi incorporado na análise apenas para demonstrar a permanência da argumentação. Por ter sido julgado em 2019, não fazia parte do recorte original.

** Apenas cita a obra de Anna Ferraz para falar da importância dos debates parlamentares.

*** Processo sobre integridade dos presos e o estado de coisas inconstitucional. Celso de Mello passa a chamar a inércia estatal de “processos de vulneração da autoridade da constituição”.