

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Anderson Clei Santos

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CRISE DA DEMOCRACIA
REPRESENTATIVA

SÃO CRISTÓVÃO - SE

2015

ANDERSON CLEI SANTOS

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CRISE DA DEMOCRACIA
REPRESENTATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe - UFS, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ubirajara Coelho Neto.

SÃO CRISTÓVÃO - SE

2015

ANDERSON CLEI SANTOS

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe - UFS, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em 12 de fevereiro de 2015.

Banca Examinadora:

Prof.º Dr.º Ubirajara Coelho Neto

Universidade Federal de Sergipe - UFS

Orientador

Prof.º Dr.º Carlos Augusto Alcântara Machado

Universidade Federal de Sergipe - UFS

1ª Examinador

Prof.ª Dr.ª Gabriela Maia Rebouças

Universidade Tiradentes

2ª Examinadora

A Deus pela presença constante em minha vida e de meus familiares.

AGRADECIMENTOS

Agradeço...

A Deus ser onipresente e permanente em minha vida e de meus familiares. Acredito sempre que os objetivos de vida que alcancei até aqui não seriam atingidos se não fosse uma força superior que me ajudasse a superar todos os obstáculos que enfrentei. Muito obrigado!

Aos meus pais, toda minha gratidão pelo incentivo desde criança aos estudos, muito embora não tenham tido a oportunidade de cursar um curso superior. Como disse ainda quando me formei em Direito pela Universidade Federal de Sergipe eles são doutores, formados na faculdade da vida.

Ao amor que escolhi para conviver o resto da vida, minha esposa Anne pela ausência em momentos importantes de nossa recente história. Você também foi uma mestranda durante esse período de nossas vidas. São dois anos de mestrado e quase dois anos de casamento. Não é fácil ter paciência com um estressadinho. Assim como você torce pelo meu sucesso, sempre estarei ao seu lado, torcendo muito por você.

À minha mana Juciana, pela existência neste mundo terreno. Sempre estarei junto de você seja onde for.

Aos colegas de mestrado, especialmente, Waltenberg, Paulo Roberto, Fernando, Lorena, Samira e Cleide pelo diálogo constante. Reencontrei os três primeiros, desta vez, em outra batalha da vida. Quanto às últimas, Deus marcou um encontro. Waltenberg – ou como dizem os mais próximos “Walter” – e Lorena sempre estiveram disponíveis para o diálogo. Mas não poderia também me esquecer de Alessandro, pessoa humana e sempre disposta a ajudar o próximo. Muito obrigado a todos vocês!

Ao já velho amigo Narcísio, mestre em geografia e estudante da graduação em Direito da UFS, obrigado por compartilhar a experiência vivenciada.

Ao amigo e colega de trabalho Luciano, meu agradecimento eterno pela compreensão e ajuda nas horas difíceis. Esta dissertação é fruto também de sua ajuda!

Ao professor Ubirajara a quem aprendi admirar pela conduta ética, pelo diálogo constante, pela confiança neste trabalho, e a dedicação efetiva à atividade do magistério superior. Em resumo, um verdadeiro exemplo a ser seguido. Serei sempre grato por participar de minha história.

Aos professores Carlos Augusto e Gabriela Rebouças por aceitarem o convite para participarem de mais uma etapa de minha vida acadêmica. Sou grato por aceitarem o convite e por terem participado de forma efetiva para minha formação jurídica ainda quando estudante da graduação em direito da Universidade Federal de Sergipe.

Aos demais professores, especialmente, às professoras Flávia Pessoa, Constança e Jussara pelo incentivo e por sempre estarem abertas ao diálogo.

À Catiuscha, secretária do mestrado, por sempre estar disponível para tirar as dúvidas mais básicas.

Por fim, agradeço à Universidade Federal de Sergipe que como sempre digo é minha casa.

A “incapacidade para o diálogo” parece-me ser mais a objeção que se lança contra aquele que não quer seguir nossas ideias do que uma carência real no outro.

(Hans-Georg Gadamer)

RESUMO

A pesquisa pretende investigar o fenômeno da mutação constitucional, precipuamente, a partir da doutrina alemã e da compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Para isso, são analisadas, especialmente, as obras de Jellinek, Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse, dada a influência desses juristas para o pensamento jurídico contemporâneo e para a compreensão do tema da mutação constitucional. Nessa perspectiva, observa-se, ainda, o modo como o Supremo Tribunal Federal utiliza e conceitua mutação constitucional. Essa análise da forma como a Corte trabalha a questão é realizada a partir da análise do julgamento da Reclamação Constitucional nº 4335-5/A, principalmente, dos Votos dos Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Teori Zavascki, haja vista a importância desse precedente para o desenvolvimento do tema da mutação constitucional no Brasil. Na construção da dissertação buscam-se as contribuições da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e da teoria jusfilosófica de Dworkin para uma justificação da mutação constitucional e sua própria restrição conceitual. A análise da hermenêutica filosófica de Gadamer passa pela identificação do que o mesmo compreende por “tradição, autoridade e os preconceitos” dentre outras questões que são objeto de estudo do filósofo alemão. No caso de Dworkin, nosso interesse é voltado para a compreensão de sua “interpretação construtiva e de seu entendimento do direito como integridade”. As duas análises dos pensadores – Gadamer e Dworkin – são realizadas através da consulta direta de suas obras principais e de renomados comentadores sobre seus pensamentos. Ao final, ainda, com base em Gadamer, identificam-se casos nos quais ocorreu uma interpretação dialógica do texto constitucional, sendo proposta uma compreensão da mutação constitucional de forma dialógica, a fim de dar maior legitimidade democrática às mutações constitucionais. Contudo, reconhece-se que essa proposta apresenta certa dificuldade, uma vez que a própria decisão do Supremo Tribunal Federal na Reclamação 4335/AC revela uma crise do sistema representativo e uma dificuldade para o diálogo.

Palavras Chave: Mutação Constitucional. Restrição Conceitual. Diálogo. Democracia.

ABSTRACT

The research aims to investigate the phenomenon of constitutional change, as primarily from the German doctrine and understanding of the Supreme Court on the theme. For this, are analyzed, especially the works of Jellinek, Hsu Dau-Lin and Konrad Hesse, facing the influence of these lawyers for the contemporary legal thinking and understanding of the issue of constitutional change. In this perspective, we see also how the Supreme Court uses and defines constitutional mutation. This analysis how the Court works the question is made from the analysis of the judgment of the Constitutional Complaint No. 4335-5 / A mainly of Votes of Ministers Gilmar Mendes, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence and Teori Zavascki, we could see the importance of this precedent to develop the theme of constitutional mutation in Brazil. In the construction of the dissertation seek the contributions of philosophical hermeneutics of Hans-Georg Gadamer and jusphilosophical theory Dworkin for a justification of constitutional change and his own conceptual restriction. The analysis of the philosophical hermeneutics of Gadamer involves the identification of what it comprises by "tradition, authority and prejudice" among other issues that are the philosopher German's object of study. In the case of Dworkin, our interest is focused on the understanding of its "constructive interpretation and their understanding of law as integrity" .The two analyzes of thinkers - Gadamer and Dworkin - are obtained by direct consultation of his major works and renowned commentators on his thoughts. At the end, based on Gadamer, are identified cases in which one there was a dialogical interpretation of the constitutional text, and proposed an understanding of constitutional mutation dialogic in order to give greater democratic legitimacy to the constitutional changes. However, it is recognized that this proposal presents some difficulty, since the very decision of the Supreme Court on complaint 4335 / AC reveals a crisis of the representative system and a difficulty for dialogue.

Keywords: Constitutional Changes. Conceptual restriction. Dialogue. Democracy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: DA COMPREENSÃO DA DOCTRINA CLÁSSICA AO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	16
2.1 A Abordagem do Tema a partir da Doutrina Clássica.....	16
2.1.1 A Compreensão de Jellinek sobre Mutação Constitucional.....	16
2.1.2 A Sistematização por Hsü Dau-Lin.....	18
2.1.3 Konrad Hesse e os Limites da Mutação Constitucional.....	22
2.2 O Desenvolvimento do Tema na Doutrina Brasileira.....	26
2.2.1 O Desvirtuamento do Conceito pela Doutrina Nacional: O Desrespeito à Tradição da Definição.....	26
2.2.2 A Doutrina Nacional e o Poder Constituinte Difuso ou Permanente como Fundamento da Mutação Constitucional.....	29
2.2.2.1 Noções Preliminares da Teoria do Poder Constituinte.....	29
2.2.2.2 Poder Constituinte (Originário) e sua Titularidade.....	30
2.2.2.3 O Poder Constituinte Derivado (Poder Constituído)	32
2.2.2.4 O Poder Constituinte Difuso ou Permanente: A Desconstrução de Um Conceito.....	34
2.3 O Conceito de Mutação Constitucional na Perspectiva do Supremo Tribunal Federal.....	36
2.3.1 O Julgamento da Reclamação nº 4335/AC.....	36
2.3.2 A Expansão do Controle de Constitucionalidade e a Democracia.....	40
2.3.2.1 A Contramajoritariedade da Jurisdição Constitucional e a Democracia.....	41

2.3.2.2 O Controle de Constitucionalidade Difuso e a Intervenção do Senado Federal.....	46
---	----

3 AS CONTRIBUIÇÕES DE GADAMER E DWORKIN PARA A COMPREENSÃO E DELIMITAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR VIA DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL.....49

3.1 Gadamer e a Hermenêutica Filosófica.....	49
--	----

3.1.1 A Autoridade da Tradição e os Preconceitos.....	51
---	----

3.1.2 O Círculo Hermenêutico e a História Efetiva.....	55
--	----

3.1.3 A Crítica de Habermas à Hermenêutica Filosófica: O Conservadorismo da Tradição.....	60
---	----

3.2 O Pensamento Jusfilosófico de Dworkin.....	62
--	----

3.2.1 A Interpretação Construtiva: De que Forma o Direito se Assemelha à Literatura?.....	65
---	----

3.2.2 O Direito como Integridade.....	72
---------------------------------------	----

3.3 Zonas de Confluência da Filosofia Hermenêutica de Gadamer e a Teoria de Jurídica de Dworkin.....	78
--	----

3.4 Objetividade e Verdade em Gadamer e Dworkin.....	81
--	----

3.5 A Compreensão da Mutação Constitucional e da Decisão do STF na Rcl 4335/AC a partir da Filosofia Hermenêutica de Gadamer e da Teoria Jusfilosófica de de Dworkin: É Preciso Ouvir o Texto.....	84
--	----

4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: OBSTÁCULOS E DIFICULDADES DA CONSTRUÇÃO DE UM DIÁLOGO INSTERINSTITUCIONAL.....91

4.1 A Evolução do Sistema Democrático: Democracia Direta, Indireta (Representativa) e Semidireta.....	96
---	----

4.2 A Crise da Democracia Representativa e o Esvaziamento dos Espaços Públicos de Discussão.....	100
--	-----

4.2.1 A Contribuição da Globalização e da “Individualização” para a Crise da Democracia Representativa.....	101
4.2.2 Educação e Cidadania no Brasil: O Declínio da Participação Política após a Redemocratização.....	106
4.2.2.1 As Influências dos Modelos de Ensino Jesuítico, Francês e Alemão no Macrossistema de Ensino Brasileiro.....	107
4.2.2.1.1 A Gênese do Ensino Brasileiro: A Educação Jesuítica.....	107
4.2.2.1.2 O Modelo Universitário Francês e o Alemão.....	109
4.2.2.2 A Expansão do Ensino e a Baixa Qualidade: O Decréscimo da Participação Política.....	111
5 CONCLUSÃO.....	115
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	118

1 INTRODUÇÃO

A preocupação com o tema da mutação constitucional há muito é objeto de pesquisa de estudiosos, a exemplo de Jellinek, Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse, dentre outros. Pode-se perguntar: Por que o fenômeno da mutação constitucional ainda é – e, certamente, continuará sendo – objeto de pesquisa de estudiosos no território europeu e em solo americano? Obviamente, porque ao redor da temática existem questões cuja dificuldade teórica é inegável como, por exemplo, estabelecer os limites da interpretação, isto é, tracejar uma linha demarcatória entre o que está dentro do limite do textual e fora de sua demarcação.

No cenário brasileiro, a discussão em torno do papel desempenhado pelo Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade a partir da interpretação do art. 52, X, da Constituição Federal reabre em solo nacional o debate em torno do estabelecimento de limites hermenêuticos ao intérprete. Se não bastasse isso, além da questão concernente aos limites hermenêuticos, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Reclamação 4335/AC associada ao passivismo do Senado Federal abre espaço para outra discussão, qual seja, a crise na democracia representativa.

O presente trabalho tem como objetivo analisar criticamente o fenômeno da mutação constitucional via interpretação judicial para propor sua restrição conceitual. Para se alcançar esse objetivo geral, foi necessário desdobrá-lo em objetivos específicos onde se buscou:

- a) analisar o conceito de mutação constitucional a partir da doutrina clássica e da doutrina nacional;
- b) verificar, a partir da análise dos Votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na Reclamação 4335/AC, como a Corte compreende o que seja mutação constitucional;
- c) buscar na hermenêutica filosófica de Gadamer e na teoria do direito de Dworkin contribuições para o estabelecimento de limites hermenêuticos à mutação constitucional e, portanto, sua restrição conceitual. Propõe-se, ainda, uma justificação da mutação constitucional que substitua o

fundamento do poder constituinte difuso ou permanente, haja vista suas dificuldades teóricas apontadas no capítulo inicial (capítulo 2);

- d) ainda com fundamento em Gadamer, propor a compreensão da mutação constitucional a partir de um diálogo interinstitucional, ressaltando, contudo, a dificuldade do estabelecimento desse diálogo, haja vista a crise da democracia representativa, especialmente, a brasileira;
- e) identificar algumas causas que promoveram a deslegitimação do Poder Legislativo e, conseqüentemente, da democracia representativa, a exemplo da globalização-individualização e da assimetria, no caso brasileiro, entre educação e comportamento político.

Nessa caminhada, com o propósito de cumprir os objetivos traçados, a pesquisa se desenvolverá em três capítulos. Desde logo, convém ressaltar que foram selecionados textos com a profundidade necessária à confecção de um trabalho dissertativo.

O capítulo inicial (capítulo 2) será desenvolvido a partir dos objetivos traçados nas letras “a” e “b” encartadas acima, sendo que terá como principais marcos teóricos a doutrina alemã sobre mutação constitucional. Serão analisadas as obras de Jellinek, Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse pela relevância de suas construções teóricas. Após a análise da doutrina alemã, o trabalho procura refutar a tese da justificação da mutação constitucional com base em um poder constituinte permanente ou difuso – tese aceita amplamente pela doutrina nacional. Por fim, são analisados os votos dos ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Teori Zavascki na Reclamação 4335/AC e se promove, também, uma incursão histórica sobre o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.

No terceiro capítulo, o desafio será aprofundar os estudos sobre a hermenêutica filosófica de Gadamer e a teoria jurídica de Ronald Dworkin – nossos marcos teóricos - para a partir disso demonstrar suas respectivas contribuições para o estabelecimento de limites hermenêuticos à mutação constitucional e, conseqüentemente, à interpretação constitucional. Esclarece-se, por exemplo, como

Gadamer compreende a tradição, a autoridade e os preconceitos. Investigar-se-á a tese dworkiniana do direito como integridade e a sua interpretação construtiva. Serão, ainda, analisadas as possibilidades da existência da confluência entre a hermenêutica filosófica de Gadamer e a teoria jurídica de Dworkin. Enfim, com base no arcabouço teórico se refuta o denominado poder constituinte permanente ou difuso como fundamento da mutação constitucional. Esse capítulo cumpre o objetivo tracejado na letra “c”.

O quarto capítulo, ainda com base nas lições do diálogo de Gadamer desenvolvidas no capítulo anterior, busca rechaçar a existência da supremacia constitucional absoluta no Brasil, sendo identificados casos de diálogo constitucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. Porém, alerta-se que o art. 52, X, da Constituição Federal é um canal de diálogo formalmente instituído pelo constituinte originário que recentemente fora fechado em razão da decisão na Rcl 4335/AC. Isoladamente, a decisão na Rcl 4335/AC aparentemente nada representa. Somente “aparentemente”, porque na verdade simbolicamente significa e revela a própria crise do Poder Legislativo e, portanto, da democracia representativa. Ao final, identificam-se duas causas da crise da democracia representativa, a saber: a globalização-individualização e a assimetria entre a expansão de nosso sistema constitucional e o comportamento político do brasileiro. Destacam-se, dentre outros marcos teóricos eleitos para este capítulo, a leitura do sociólogo polonês Zygmunt Bauman sobre o fenômeno da globalização-individualização, bem como a pesquisa do cientista político Schlegel sobre a relação entre educação e comportamento político no Brasil.

Por fim, observa-se que, na proposta de construção dos capítulos, tentou-se dar o máximo possível de concatenação das ideias, isto é, os capítulos foram construídos de forma a estabelecer um diálogo entre si em prol do estabelecimento de limites hermenêuticos à mutação constitucional, por conseguinte, à interpretação constitucional.

2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: DA COMPREENSÃO DA DOUTRINA CLÁSSICA AO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 A Abordagem do Tema a partir da Doutrina Clássica

Obviamente não é objetivo desse estudo esgotar todo o acervo teórico existente sobre o tema da mutação constitucional. O assunto é desenvolvido no âmbito europeu e norte-americano. Neste capítulo de nossa pesquisa, voltar-se-á a atenção para o exame obras de pensadores alemães, da doutrina brasileira e o modo como o Supremo Tribunal Federal enfrenta o tema.

2.1.1 A Compreensão de Jellinek sobre Mutação Constitucional

Apesar de Paul Laband ter sido o responsável por cunhar a expressão mutação constitucional, não ocorreu um detalhamento do seu significado. É por meio de Jellinek que o tema se desenvolveu de forma satisfatória na doutrina de direito público alemão (DAU-LIN, 1998, p. 29)¹.

¹ O surgimento e desenvolvimento da teoria da mutação constitucional se deu a partir das dificuldades de conciliação entre a Constituição Imperial Alemã de 1871 e a realidade constitucional após a unificação. Urrutia (2000, p. 106-107) descreve o seguinte quadro histórico: “La constitución del Império Alemán de 1871 llega después de muchos intentos de unificación que marcan la historia alemana del siglo xix. Esta unión es possible una vez que la rivalidad por la hegemonía alemana se resuelve a favor de Prusia y en detrimento de Austria que es excluida del nuevo imperio. La Unión Alemana estará compuesta Estados muy distintos entre sí: desde los Grandes Ducados como Mecklemburgo-Schwerin donde existía aún el absolutismo, hasta las llamadas ciudades libres, como Hamburgo, que eran repúblicas, pasando por monarquías limitadas como la prusiana. Este nuevo ordenamiento de la Constitución de 1871 se superponía a confederaciones anteriores y al régimen organizativo de cada uno de los estados miembros. En muchos casos, como señala Jellinek, no existió una adaptación formal de los ordenamientos particulares al ordenamiento del Imperio. Factor éste que, junto con otros, creaba una cierta incertidumbre respecto a la sistematicidad del ordenamiento jurídico del Reich. La Constitución no requería un mecanismo excesivamente rígido para su revisión. No podía prosperar ninguna reforma de la Constitución del Reich que tuviese 14 votos en contra en el Bundesrat (Consejo Federal).” Convém salientar que o tema da mutação constitucional também é muito fértil em solo

Jellinek se utilizou do critério da intencionalidade para distinguir a reforma da mutação constitucional (URRUTIA, 2000, p. 110). Com efeito, segundo Jellinek (1991, p. 07):

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se producir por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención o conciencia, de tal mutación.

Como se vê, a reforma constitucional ocorre em razão de ações voluntárias e intencionais que promovem a alteração do texto constitucional. Na reforma constitucional, utilizam-se mecanismos já previstos no próprio texto constitucional para alterá-lo. O pensador alemão considera, também, reforma constitucional a supressão da Constituição pela via da revolução e ou uma modificação consuetudinária (JELLINEK, 1991, p. 09). Por outro lado, a mutação constitucional ocorre por alterações não intencionais que não modificam o texto da Constituição. (JELLINEK, 1991, p. 11).

Pois bem, a descrição do fenômeno da mutação constitucional por Jellinek não é detalhada, inclusive, não exemplifica mutações constitucionais que ocorreram em sua época. Não obstante, indica a possibilidade de mutações constitucionais via prática parlamentar, administrativa, jurisdicional, a necessidade política, a prática convencional, por desuso das faculdades estatais e a mutação constitucional em virtude das lacunas da Constituição e sua integração (URRUTIA, 2000, p. 111).

Uma questão fundamental no pensamento de Jellinek é o reconhecimento da força da realidade fática sobre a Constituição. Conforme seu pensamento “las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal,” sendo que “las fuerzas políticas reales operan según sus propias

americano, contudo, diferentemente do cenário europeu, onde as constituições nesse primeiro momento do constitucionalismo eram flexíveis, nos Estados Unidos desde o início a constituição foi concebida como um documento dotado de certa rigidez (URRUTIA, 2000, p. 107). Desde 1787 que o tema da mutação constitucional se desenvolve em solo americano, haja vista a característica rígida de sua Constituição (VIEIRA; MASTRODI NETO; LÍRIO DO VALLE, 2005, p. 04).

leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica (JELLINEK, 1991, p. 84). Segundo Verdú (1991, p. xxix), essa força do fato sobre a norma constitucional é suavizada pela noção de mínimo ético, bem como pela justificação e pela finalidade do Estado².

Como se vê, Jellinek é influenciado de forma substancial por Ferdinand Lassale³ e sua concepção de Constituição como expressão dos fatores reais de poder. Desse modo, para o autor alemão, o direito é um pacto entre interesses diferentes e às vezes opostos, sendo que esse pacto não é tão somente resultado dos interesses, mas é também “fruto do poder social dos interessados neles”. (PEDRA, 2013, p. 83).

Portanto, para Jellinek, a mutação constitucional é o reconhecimento da influência do mundo real (fato) sobre o normativo (direito), sendo importante ressaltar que em sua concepção de mutação constitucional a força normativa da Constituição capitula diante da força normativa do fato (JELLINEK, 1991, p. 07).

2.1.2 A Sitematização por Hsü Dau – Lin

O pensamento alemão, especialmente, de autores renomados como Kelsen, Schmitt, Smend e Loewenstein cujos trabalhos ultrapassaram as fronteiras da Alemanha influenciaram decisivamente estudiosos de outras nações ocidentais. Contudo, convém ressaltar que a doutrina constitucional alemã não só influenciou o pensamento constitucional ocidental, sua influência é perceptível também em autores orientais, como por exemplo, o chinês Hsü Dau-Lin (VERDÚ, 1998, p. 07)⁴.

² Jellinek não procedeu a uma abordagem do conceito de Constituição separado do conceito de Estado.

³ É muito conhecido o debate entre Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse. Hesse reconhece também a influência do pensamento de Lassalle sobre a teoria de Jellinek (1991, p. 09-10)

⁴ A importância de Dau-Lin no tema da mutação constitucional é descrita por Verdú: “Esta monografia, insistamos, es excelente e imprescindible para entender la problemática que nos ocupa. Es evidente que nada es perfecto por completo y es susceptible de extensiones y de alguna crítica. Hay que juzgarla conforme a la situación histórico-política que el autor vivió y comprendió. Los tratados, manuales, escritos em revistas que he podido consultar, no desmienten su importancia (VERDÚ, 1998, p 12). No mesmo sentido Urrutia (2000, p.

Para Dau-Lin, a mutação constitucional é uma inconsistência que existe entre normas constitucionais e a realidade constitucional, ou seja, a realidade da qual se originaram as normas constitucionais já não são mais as mesmas. Desse modo, ocorre uma tensão entre a Constituição escrita e a realidade. O fenômeno da mutação constitucional não se daria em Constituições não escritas, como a Britânica, porque, nesse caso, a vida estatal é a Constituição (VERDÚ, 1998, p. 09). Dau-Lin (1998, p. 29) define mutação constitucional da seguinte forma:

Para dar un concepto que corresponda, del mismo modo diferentes casos generalmente designados como mutación constitucional quizás podría hacerse diciendo que se trata de la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por otro.

Dau-Lin a partir das contribuições de seu professor Rudolf Smend⁵, promove uma síntese e sistematização completa de todos os trabalhos conhecidos até então sobre mutação constitucional. Mas sua contribuição não se resume a traçar um panorama do tema mutação constitucional até então. Dau-Lin, ao contrário de seus antecessores, como, por exemplo Smend, que se debruçaram sobre o assunto mutação constitucional de modo incidental ao conceito de constituição, isto é, de

125): “Tal vez la monografía más importante que se ha escrito sobre mutaciones constitucionales es la que elaboró Hsü Dau Lin en la época de Weimar. Lo exótico que resulta que un jurista chino, de educación oriental, aterrice en la época de Weimar le añade un motivo adicional de curiosidad a su obra.”

⁵ Para Smend, uma compreensão global da regulação e da finalidade da constituição tão só é possível por conta da capacidade transformadora das constituições, ou seja, devido a sua capacidade de mutação e supletora (teoria integracionista). A norma constitucional não é capaz de abarcar todas as situações do mundo real, contudo, é um elemento controlador das forças sociais que estão em permanente mudança. Assim, para Smend, a interpretação constitucional se diferencia da interpretação ordinária pela natureza expansiva e elástica das normas de natureza constitucional. Smend compreende que a própria Constituição possui todos os elementos necessários para sua transformação por meio da mutação constitucional (URRUTIA, 2000, p. 122-123). Por fim, convém salientar que se Jellinek coloca a mutação constitucional como um problema, Smend, ao contrário, insere a mutação constitucional como um elemento central de sua teoria integrativa. Nesse sentido, a Constituição é concebida como em movimento, sendo este movimento observado como um sistema de integração no qual a mutação constitucional possibilita a transformação informal do texto constitucional. Portanto, a mutação constitucional não é um problema, como dizia Jellinek, mas um elemento ou uma consequência da Constituição (URRUTIA, 2000, p. 134). A partir da compreensão de Smend, Dau-Lin desenvolve sua monografia sobre mutação constitucional.

forma genérica, estudou a mutação constitucional de modo específico (URRUTIA, 2000, p. 125-126).

Segundo Dau-Lin (1998, p 31), com base na tensão entre as normas constitucionais e a realidade, é possível distinguir quatro classes de mutação constitucional: (a) mutação constitucional mediante uma prática que não viola formalmente a Constituição; (b) mutação constitucional devido à impossibilidade de se exercer certas atribuições previstas na Constituição; (c) mutação constitucional mediante uma prática estatal contraditória à Constituição e (d) mutação constitucional mediante interpretação do texto constitucional.

Na primeira situação, ignora-se um artigo da Constituição ou contradiz um preceito constitucional, uma vez que se trata de relações jurídicas que não se regulam por um preceito constitucional, ou seja, não ocorre uma violação formal do próprio texto constitucional. No caso, a violação só é perceptível a partir de uma compreensão global da Constituição, pois não existe uma vulneração expressa do texto (DAU-LIN, 1998, p. 32-33).

Dau-Lin, nesse caso, questiona se é possível haver lacunas constitucionais. Para ele, fundamentado em Smend, a Constituição é uma regulação do Estado enquanto totalidade, haja vista ser uma regulação de caráter geral, dessa forma, não existem lacunas. Pensar o contrário é adotar uma concepção formalista⁶ de Constituição. Aqui, o que ocorre não é a mudança de um artigo da Constituição, mas sim de um princípio geral do sistema de normas constitucionais (URRUTIA, 2000, p. 127).

A segunda espécie - mutação constitucional devido à impossibilidade de se exercer certas atribuições previstas na Constituição – corresponde àquela situação na qual ocorre uma mutação constitucional pela impossibilidade de se exercerem direitos assegurados constitucionalmente. A questão, aqui, suscitada por Dau-Lin é se é possível uma norma constitucional perder sua vigência em razão de sua não aplicação. Dau-Lin se pergunta, ainda, se essa norma sem aplicação pode ser considerada inconstitucional. O estudioso chinês responde positivamente as indagações, concluindo que a norma em desuso, apesar de sua existência formal,

⁶ Dau-Lin tece uma crítica à relação que Jellinek faz entre lacunas constitucionais e mutação constitucional (DAU-LIN, 1998, p. 65; URRUTIA, 2000, p. 127).

caso usada, é inconstitucional (URRUTIA, 2000, p. 127-128). Como exemplo, Dau-Lin (1998, p. 72-73) se reporta ao sistema constitucional francês no qual caiu em desuso a possibilidade de o Presidente da República francês dissolver a Câmara dos Deputados, conforme o art. 5º da Lei Constitucional de 1875.

A terceira modalidade de mutação constitucional - mutação constitucional mediante uma prática estatal contraditória à Constituição – consiste na hipótese em que ocorre uma reforma da Constituição ou por meio da legislação infraconstitucional (URRUTIA, 2000, p. 128).

Para Dau-Lin, as reformas materiais são leis aprovadas por um procedimento específico, contudo, sem alteração do texto expresso da Constituição. De forma geral, esse era o problema fundamental do direito na Alemanha. O problema, segundo Dau-Lin, era justamente definir o que era uma revisão constitucional e, precipuamente, se como pressuposto de sua existência, seria imprescindível existir uma expressa alteração do texto constitucional que se queria modificar. Para Dau-Lin, seriam necessários dois requisitos para ocorrer uma reforma material da Constituição: a existência de procedimentos agravados prescritos para a reforma constitucional e também a ausência de alteração expressa do texto constitucional (URRUTIA, 2000, p. 128).

Segundo Dau-Lin (1998, p. 41), ainda, uma norma constitucional pode ser alterada pela legislação infraconstitucional, sendo mais provável ocorrer esse fenômeno onde não existe um sistema de controle de constitucionalidade.

A mutação constitucional, mediante interpretação do texto constitucional, ocorre quando os preceitos constitucionais recebem uma nova interpretação, ou seja, uma interpretação divergente daquela que originalmente o constituinte possivelmente intencionava. Desse modo, mantém-se intacto o texto original, contudo, a compreensão do texto é outra. “La Constitución experimenta una mutación en tanto que sus normas reciben outro contenido, en la medida que sus preceptos regulan otras circunstancias distintas de las antes imaginadas” (DAU-LIN, 1998, p. 45).

Por fim, convém assinalar que ao contrário de Paul Laband e Jellinek, Dau-Lin refuta a ideia de mutação constitucional como um problema. Para o estudioso

chinês, influenciado pela compreensão integracionista de Smend, não se deve pensar o fenômeno da mutação constitucional como um gerador de crises no sistema constitucional – uma disfunção no sistema -, uma vez que o fenômeno da mutação constitucional faz parte do próprio conceito de constituição (URRUTIA, 2000, p. 130-132)⁷.

2.1.3 Konrad Hesse e os Limites da Mutações Constitucional

Hesse, na linha de desenvolvimento histórico do fenômeno da mutação constitucional, demonstrará preocupação com a questão dos seus limites, ainda, segundo ele mesmo, pouco tratada pelos seus antecessores.

Hesse, assim como Jellinek, reconhece a influência da realidade sobre a Constituição. Para Hesse (2009, p. 13):

Toda Constituição é Constituição no tempo; a realidade social, a que são referidas suas normas, está submetida à mudança histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição. Quando se desatende dita mudança, o conteúdo constitucional “fica petrificado” e a curto ou longo prazo não poderá cumprir suas tarefas quando se adapta, sem reservas, às circunstâncias de cada momento; em tal caso, suas normas já não são pauta das circunstâncias, mas são estas que atuam como parâmetros de suas normas. Funcionalmente e só até certo limite pode contrapor-se a tal situação mediante a exigência de maiorias qualificadas para a reforma constitucional. Em ambos os casos, no entanto, a força dos fatos revela-se superior ao poder do Direito; no primeiro caso, o tempo deixa defasada a Constituição, e, no segundo, a degrada até reduzi-la a mero reflexo das relações de poder existentes em cada momento.

⁷ HESSE (2009, p. 160) também identifica em Dau-Lin a superação do fenômeno da mutação constitucional como um problema ao dizer: “Por isso, a mutação constitucional não é quebra da Constituição nem simples regra convencional, mas algo admitido no Direito Constitucional comparado e, portanto, Direito, apesar de não coincidir com o texto da norma.”

Não obstante o reconhecimento, influência da realidade sobre a Constituição jurídica assim como Jellinek⁸ entendera, o pensamento de Hesse diferencia-se da teoria de Jellinek, uma vez que para Hesse há um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade. Para Hesse (1991, p. 13), uma análise que coloque em extremos o papel da Constituição e da realidade não convém para uma melhor compreensão da força normativa da Constituição. Desse modo, para aqueles que enfatizam tão somente a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”. Não existe outra possibilidade. De outro lado, aqueles que defendem a superposição da realidade em detrimento da ordenação jurídica, simplesmente, desconsideram a influência desta última na realidade (1991, p. 13). Como dito, Hesse não concorda com essa análise binária.

Hesse (1991, p. 13) reconhece que, apesar de sua teoria refutar essa compreensão binária, ela merece atenção, porque, ainda recentemente, o pensamento constitucional prevalecente entende que existe um completo distanciamento e isolamento entre norma e realidade. Aqui, o autor se refere expressamente ao pensamento de Paul Laband e Georg Jellinek – denominado por ele de positivismo jurídico⁹ –, bem como ao positivismo sociológico de Carl Schmitt.

Essa radical separação entre Constituição jurídica e realidade é insuficiente para compreender o papel desempenhado pela Constituição frente aos fatos, sendo que a metodologia baseada na dualidade norma e fato não traz nenhuma contribuição para equacionar a questão pertinente à eficácia normativa da constituição no mundo real. Uma visão extremada como essa leva a uma situação na qual se coloca a norma jurídica despida de qualquer elemento de realidade ou,

⁸ Como já se disse anteriormente, o pensamento de Jellinek é fortemente influenciado por Ferdinand Lassalle cuja tese fundamental se lastreava na asserção fundamental de que questões jurídicas são, em verdade, questões políticas, sendo que a Constituição jurídica – documento constitucional escrito – não passa de um pedaço de papel que representa as relações de poder existentes em um país, ou seja, é uma expressão tão só dos fatores reais de poder (HESSE, 1991, p. 09).

⁹ Sobre a dualidade norma e fato sustentadas por Laband e Jellinek, Hesse (2009, p. 157) afirma: “Esta conclusão é consequente com o positivismo jurídico-público da última passagem de século. Uma teoria jurídica da mutação constitucional e de seus limites só seria possível com o sacrifício dos pressupostos metódicos básicos do positivismo: a estreita separação entre Direito e realidade, assim como o que constitui sua consequência, a rejeição de quaisquer considerações históricas, políticas e filosóficas do processo de argumentação jurídica. Com tais pressupostos resultava impossível resolver juridicamente o problema da influência da realidade sobre o conteúdo das normas.”

por outro lado, a realidade aparece totalmente esvaziada de elemento de normatividade (HESSE, 1991, p. 14).

É certo que a norma constitucional não possui existência desatrelada da realidade. Com efeito, espera-se que a situação regulada no texto constitucional seja concretizada na realidade. A pretensão de eficácia não pode ser desconectada das condições históricas de sua realização, “que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas”. Porém, a Constituição também determina a realidade social. Portanto, como já dito, não existe uma separação total entre a Constituição e realidade (HESSE, 1991, p. 14-15).

Diante da constatação de que a mudança da realidade influencia a Constituição jurídica, a interpretação da norma constitucional possui um significado fundamental para a consolidação e manutenção da força normativa da Constituição, porque através da interpretação é possível compatibilizar a proposição normativa com as condicionantes de poder existentes em determinado momento (HESSE, 1991, p. 22-23).

Essa mudança das relações fáticas pode – ou deve – alterar a interpretação constitucional. O texto é o limite da interpretação e, consequentemente, o limite de eventual mutação constitucional. Se não for possível adaptar o sentido da Constituição à nova realidade via interpretação é inevitável a necessidade de uma revisão (reforma) constitucional¹⁰, sob pena de se sacrificar o texto (proposição normativa) em detrimento de uma interpretação que transborda as possibilidades da proposição constitucional (HESSE, 1991, p. 23). Hesse (2009, p. 116) reforça sua preocupação com os limites da interpretação ao dizer:

¹⁰ Convém observar que, mesmo no caso da reforma constitucional, Hesse entende que há limites intransponíveis. Diz Hesse (2009, p. 15): “Em todo caso, a reforma constitucional pressupõe que se mantenham intactas as decisões fundamentais que configuraram a identidade da Constituição (...). As reformas constitucionais que eliminam essa identidade produzindo descontinuidade são inadmissíveis. Na realidade, tratar-se-ia de exercer o poder constituinte, de substituir a atual por outra nova Constituição, à margem da ordem constitucional.”

A interpretação acha-se vinculada a algo estabelecido¹¹. Por isso, os seus limites situam-se onde não existe algo estabelecido de forma vinculante pela Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão lógica do texto da norma ou uma determinada solução está em clara contradição com esse texto.

Pois bem, ao tratar especificamente do tema da mutação constitucional, Hesse (2009, p. 151) assim a define:

Tanto o Tribunal Constitucional Federal como a doutrina atual entendem que uma mutação constitucional modifica, de que maneira for, o conteúdo das normas constitucionais de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente.

A partir da conceituação, Hesse inicia uma análise do modo de compreensão da mutação constitucional por teóricos que se debruçaram sobre o tema. Como já anunciado anteriormente, à época, conforme Hesse, a questão dos limites da mutação constitucional ainda era pouco debatida na doutrina constitucional.

Uma primeira crítica feita é contra o pensamento de Jellinek. Enquanto Jellinek sustentava a inexistência de limites para a mutação constitucional, tendo em vista a força do fato seria irresistível ao direito, isto é, a Constituição sucumbiria diante da força normativa da realidade (HESSE, 2009, p. 154), Hesse, por outro lado, afirmava que o próprio texto constitucional se consubstanciava em limite à mutação constitucional.

Em relação ao pensamento de Hsü Dau-Lin, Hesse também não identifica uma preocupação como tema dos limites da mutação constitucional. Embora o tema da mutação constitucional surja e seja enfrentado, não se verifica a colocação de um limite à mutação constitucional (HESSE, 2009, p. 160)¹².

¹¹ Nessa passagem, em nota de rodapé, Hesse faz uma expressa menção a Gadamer sobre a necessidade de ouvir o texto.

¹² No mesmo sentido, Urrutia (2000, p. 135): “Sin embargo, Hsü no da criterios útiles para establecer la frontera entre lo que serían las mutaciones constitucionales formales y las mutaciones constitucionales materiales, y menos aún, las fórmulas para limitar estas últimas.”

Como se vê, a teoria de Hesse sobre os limites da mutação constitucional reforça sua ideia da força normativa da constituição, uma vez que não admite a possibilidade de extravasar as possibilidades de interpretação do texto constitucional, sob pena de aviltamento do sentido da Constituição.

2.2O Desenvolvimento do Tema na Doutrina Brasileira

Após o estudo dos clássicos da teoria da mutação constitucional, é pertinente percorrer seu enfrentamento em solo nacional. Em primeiro lugar, pretende-se analisar a ampliação do seu conceito pela doutrina de Barroso – doutrinador e atualmente, também, Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ao final, pretende-se analisar o denominado poder constituinte difuso ou permanente que é colocado como seu fundamento. Aqui, em particular, após uma imprescindível digressão na teoria do poder constituinte, defender-se-á a insubsistência de um poder constituinte difuso ou permanente.

2.2.1 O Desvirtuamento do Conceito pela Doutrina Nacional: O Desrespeito à Tradição da Definição

No Brasil, Ferraz (1986) foi a primeira pesquisadora a enfrentar o tema com profundidade, registre-se, anteriormente ao advento da Constituição Federal de 1988. Segundo Ferraz (1986, p. 10):

A expressão mutação constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por mutações inconstitucionais.

Assim, em síntese, a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e

o espírito. Essa a característica fundamental da noção de mutação constitucional que merece, por ora, ser ressaltada. Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior.

Pois bem, a mutação constitucional pode ser concretizada através do costume, pela atuação do legislador e, ainda, por meio da interpretação constitucional administrativa e judicial, contudo, para os fins deste estudo, interessamos, especialmente, a mutação constitucional via interpretação judicial devido ao protagonismo que o Supremo Tribunal Federal ganhou nos últimos anos no Brasil.

Ferraz (1986, p. 09) compreende que a mutação constitucional consiste na mudança de sentido do texto de formas diversas – costume, interpretação, dentre outros mecanismos – cujo processamento, regra geral, dá-se, de forma lenta, sendo somente constatados quando se realiza um comparativo entre momentos históricos diferentes, em tempos históricos diferentes, afastados um do outro¹³.

Sobre a definição de mutação constitucional, Barroso (2013a, p. 153)¹⁴ conceitua mutação constitucional por interpretação judicial na hipótese, por exemplo, em que “o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir à determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito”.

Como se nota, em seu conceito, surge um elemento novo – estranho aos estudos clássicos da mutação¹⁵ – o qual se revela na locução “nova percepção do Direito”. Com efeito, a ideia de mutação no seu nascedouro e desenrolar histórico

¹³ Apesar da compreensão de Ferraz, convém ressaltar que Hesse (2009, p. 152) entende que o fator tempo não é determinante para se asseverar se ocorreu ou não uma mutação constitucional. Nas palavras de Hesse: “Embora isso tenha sido sustentado ocasionalmente, não se deve aceitar que uma mutação constitucional exija um lapso de tempo mais ou menos longo; em todo caso não pode tratar-se de um elemento definitório: os processos que dão lugar a uma mutação constitucional não têm qualquer relação com o caráter mais ou menos remoto da entrada em vigor da Constituição, podendo produzir-se ao cabo de muitos anos, mas também ao cabo de pouco tempo.”

¹⁴ A relevância de se analisar o conceito formulado por Barroso advém do fato de que é um dos juristas mais respeitados no Brasil e, além disso, ocupa, atualmente, o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

¹⁵ Anteriormente, já dissertamos sobre grandes nomes da teoria alemã da mutação constitucional, a exemplo de Jellinek, Dau-Lin e Hesse.

sempre esteve atrelada a uma zona de tensão entre o direito constitucional e a realidade, ou seja, a dualidade dever-ser e ser em atrito no tempo histórico.

Curiosamente, o que soa estranho, quando se examina a obra do professor Barroso, observa-se que se coloca o problema dentro da dificuldade de conciliação entre norma constitucional e realidade dentro da relação espaço-tempo, isto é, não se verifica nas condicionantes da mutação “uma nova percepção do direito”. Para Barroso, a passagem do tempo e as mudanças na realidade fática provocam descompasso entre norma e fato, sendo que as teorias concretistas, a exemplo dos estudos de Friedrich Müller, conseguiram dar uma resposta equacionadora (2013a, p. 149)¹⁶.

Ora, ao se debruçar sobre os primeiros teóricos do tema, visualiza-se que, não obstante os dissensos, uma característica primordial e unânime aceita, repita-se, é que a mutação constitucional se insere dentro do contexto entre a tensão latente entre constituição e realidade – dever-ser e ser -, sendo que a mutação constitucional se demonstra capaz de preservar e conformar a norma constitucional frente ao avanço da realidade social – marcada pelo dinamismo - em relação ao texto constitucional – caracterizado por ser estático¹⁷.

A bem da verdade, a definição proposta por Barroso é questionável no sentido de que acaba por desatender à tradição da definição de mutação constitucional e, por decorrência, acaba por dificultar o estabelecimento de limites hermenêuticos à mutação constitucional, uma vez que assume uma posição assujeitadora do objeto (conceito de mutação constitucional) pelo sujeito-intérprete (Barroso).

Portanto, em resumo, o que se coloca é que a ampliação do conceito sem balizamentos na tradição dele próprio termina por invocar uma percepção de que

¹⁶ Como se verá adiante, no próprio Supremo Tribunal Federal há um desrespeito à tradição da definição de mutação constitucional.

¹⁷ Entre os primeiros teóricos, pode-se citar: Paul Laband, Georg Jellinek, Herman Heller, Rudolf Smend, Hsü Dau-lin e Hesse (PEDRA, 2013).

mutação constitucional é qualquer coisa ou que se pode dizer qualquer coisa sobre mutação constitucional¹⁸.

2.2.2 A Doutrina Nacional e o Poder Constituinte Difuso ou Permanente como Fundamento da Mutação Constitucional

No Brasil, como se verificará na sequência, parte da doutrina relaciona o tema da mutação constitucional com a teoria do poder constituinte, especialmente do poder constituinte difuso ou permanente, contudo, discordamos desse pensamento.

Apesar de não ser propósito desta dissertação aprofundar a teoria do poder constituinte, torna-se imprescindível fazer uma pequena digressão para, logo depois, descartarmos porque divergimos da possibilidade da existência de um poder constituinte difuso ou permanente como fundamento das mutações constitucionais.

Por fim, convém advertir, ainda, que a expressão poder constituinte será utilizada como sinônimo de poder constituinte originário e, por outro lado, quanto ao poder constituinte derivado – em verdade um poder constituído – empregar-se ao lado da expressão sempre o adjetivo “derivado”.

2.2.2.1 Noções Preliminares da Teoria do Poder Constituinte

A ideia básica de um poder constituinte deriva de uma relação de poder caracterizada pela subjugação de um indivíduo ou grupo de indivíduos ao outro. Essa noção primeira revela que o poder constituinte é pré-jurídico, isto é, antes de existir um direito posto sempre existiu uma forma de poder, até mesmo nas sociedades mais primitivas.

¹⁸ No capítulo II, observar-se-á como a hermenêutica filosófica de Gadamer e a teoria da integridade de Dworkin se entrelaçam no sentido de combate ao apoderamento do objeto pelo intérprete-sujeito.

Não obstante, o século XVIII é o momento histórico no qual se constrói uma teorização do poder constituinte, ou seja, poder constituinte sempre houve, porém, uma teoria do poder é que teve seu nascedouro e desenvolvimento a partir do pensamento iluminista, particularmente, das elucubrações do Abade Emmanuel Sieyès (BONAVIDES, 2007, p. 141; BARROSO, 2013a, p. 117; SARLET, 2012, p. 86-87).

É nesse momento histórico que surge a teoria do poder constituinte e a preocupação com aspectos como a natureza do poder constituinte, sua titularidade e seus limites. “Seu desenvolvimento moderno remonta ao advento do constitucionalismo moderno, em um ambiente dominado pelas aspirações de racionalidade do iluminismo, do jusnaturalismo e do contratualismo.” (BARROSO, 2013a, p. 117-118).

Posto isso, os dois próximos tópicos tratarão do poder constituinte originário e do poder constituinte derivado. Esses antecedentes servirão para justificar nossa refutação à existência de um poder constituinte permanente ou difuso.

2.2.2.2 Poder Constituinte (Originário) e Sua Titularidade

O poder constituinte inaugura uma nova ordem constitucional, daí sua característica principal ser a inicialidade. Logo, o poder constituinte revela uma situação de fato na qual um grupo hegemônico submete outro¹⁹.

Decorrente dessa relação de consentimento e sujeição, surge uma imprescindível necessidade de justificação do poder constituinte originário para legitimá-lo. Nessa perspectiva, tentou-se – e tenta-se – justificar esse fenômeno a partir de diversos fatores.

Com efeito, o uso da força fora o elemento de imposição do direito de um grupo social sob o outro, ou seja, inexistiu nesse primeiro ciclo da história uma

¹⁹ Nesse sentido SARLET (2012, p. 90), SOUZA NETO e SARMENTO (2013, p. 250-252), BRANCO (2007, p. 188).

relação de consentimento do direito imposto pelo dominante àquele grupo dominado (BARROSO, 2013a, p. 127).

Em um segundo ciclo histórico, o uso da força bruta saiu de cena para um cenário no qual se justificou a determinação do direito posto a partir de uma teoria da divindade do monarca, isto é, seu poder era decorrência de uma força espiritual, ou seja, divina, donde ser inquestionável suas decisões (BARROSO, 2013a, p. 128).

Após essa fase surgiram duas novas teorias que rivalizaram entre si sobre a titularidade do poder constituinte: a teoria da soberania nacional e a teoria da soberania popular.

Com efeito, para a teoria da soberania nacional o titular do poder constituinte era a nação. Souza Neto e Sarmento (2013, p. 247) realçam que essa teoria possibilitava, ainda, a restrição da participação popular nos destinos da nação. Segundo os autores, a teoria da soberania nacional possuía um viés conservador, porque sua formulação objetivou manter o poder soberano nas mãos do monarca. Para seu teórico (Sieyès) o povo não teria condição de participar constantemente das tomadas de decisões públicas. Decorrente disso, a teoria da soberania nacional restringia a ideia de que a soberania não era do monarca e sim pertencente ao povo. Afora isso, a teoria da soberania nacional, ao contrário da soberania popular, não pregava a igualdade política de todos os cidadãos, motivo pelo qual historicamente esteve ligada ao voto censitário (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 248)²⁰.

A superação desse modelo de justificação – soberania nacional - ocorre com teorização da teoria da soberania popular na qual a titularidade do poder constituinte pertence ao povo – a tese da soberania popular é uma conquista histórica da cidadania. A participação democrática, aqui, é decisiva quanto ao conteúdo constitucional.

No direito constitucional contemporâneo, “é praticamente unânime o entendimento de que é o povo o titular do poder constituinte (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 249)”. Na soberania popular, o povo é quem determina os rumos do país. A constituição nesse sistema democrático é elaborada por um órgão eleito para tal fim, sendo que em alguns países, como os Estados Unidos, após a

²⁰ No mesmo sentido Barroso (2013a, p. 130).

conclusão dos trabalhos pela assembleia constituinte, submete-se o texto à ratificação popular, noutros, como o Brasil, a constituição é o produto final dos trabalhos desenvolvidos pela assembleia constituinte (BARROSO, 2013a, p. 131).

A Constituição de 1988 ao dizer que o poder emana do povo, que o realiza através dos seus representantes, sem afastar a participação popular direta, revela de forma incontestável sua vinculação à teoria da soberania popular (BARROSO, 2013a, p. 131, SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 250).

Em conclusão, uma primeira premissa é lançada, qual seja, poder constituinte (originário), soberania popular e democracia são conceitos que se entrelaçam.

2.2.2.3 O Poder Constituinte Derivado (Poder Constituído)

No estágio atual do conhecimento jurídico e da ciência política, já estão sacramentadas as falhas da designação “poder constituinte derivado”, pois poder constituinte é tão somente o originário (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 279). Contudo, nesta dissertação, por uma questão de tradição, continuaremos a usar o termo “poder constituinte derivado”.

Basicamente, a ideia de um poder constituinte derivado²¹ é centrada na possibilidade de reforma da constituição elaborada pelo poder constituinte originário e da elaboração e alteração das constituições estaduais pelos Estados-membros – há autores que sustentam que a edição e mudança das leis orgânicas municipais também deriva desse poder, contudo, é uma corrente minoritária (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 279).

Com efeito, a doutrina²² classifica em duas espécies: poder constituinte reformador e poder constituinte decorrente. O primeiro está atrelado à criação e

²¹ Também denominado de poder constituinte de reforma, poder constituinte constituído, poder constituinte instituído e poder constituinte de segundo grau (BRANCO, 2007, p. 204-205; SARLET, 2012, p. 106).

²² Nesse sentido, SOUZA NETO; SARMENTO (2013, p. 279)

modificação da Constituição e, por outro lado, o segundo corresponde à elaboração e reforma de constituições pelos Estados-membros.

Devido aos limites desta pesquisa, não será visitada, aqui, a teoria do poder constituinte decorrente – seu estudo foge do corte epistemológico desta dissertação -, motivo pelo qual será objeto de nossa pesquisa apenas o poder reformador.

Com efeito, o poder de reforma é uma preocupação do constituinte com a supremacia constitucional. A Constituição é elaborada para durar no tempo e ser respeitada no espaço enquanto resultado do poder constituinte democrático.

Contudo, a consagração de uma teoria da imutabilidade constitucional não é uma solução ideal para a perenidade do texto constitucional, porque, em primeiro lugar, poder-se-ia contestar sua legitimidade democrática quanto às futuras gerações, e, em segundo lugar, o descompasso histórico entre o mundo dos fatos e o comando constitucional pode gerar um hiato entre a norma constitucional e a realidade factual cujo resultado será o desprestígio e a inefetividade total de seus comandos.

Nesse contexto, como a insuscetibilidade à mudança pode ser ao invés de um remédio para a permanência e efetividade da Constituição uma característica perniciosa. E, por outro lado, a inexistência de procedimentos de controle uma fraqueza, o constituinte originário estabelece regras mais rígidas a serem seguidas pelo poder reformador que aquelas atinentes à legislação infraconstitucional – a maioria dos textos constitucionais atuais regula seu próprio processo de mudança.

No Brasil, a instituição de um procedimento de reforma não impediu, até a presente data, a elaboração de mais de oitenta emendas constitucionais que acabaram por alterar o texto originário da Constituição de 1988 – esse alto número de emendas constitucionais nos conduz à conclusão de que o processo de alteração constitucional brasileiro não é tão rígido quanto o que se pensa²³.

Portanto, a reforma constitucional (processo formal de mudança constitucional), ao lado da mutação constitucional (processo informal de mudança

²³ Em monografia sobre a reforma constitucional, Moreira (2012) desmistifica a rigidez da Constituição de 1988. No mesmo sentido SOUZA NETO; SARMENTO (2013, p. 342)

constitucional), são instrumentos que servem para dar longevidade às Constituições, uma vez que a imutabilidade absoluta pode acarretar o próprio colapso da ordem constitucional.

2.2.2.4 O Poder Constituinte Difuso ou Permanente: A Desconstrução de Um Conceito

A doutrina não trabalha a expressão poder constituinte difuso ou permanente no âmbito da teoria do poder constituinte. Ela o faz dentro da teoria da mutação constitucional e sempre de maneira muito superficial. Ressalte-se que a expressão é cunhada pelo publicista francês Georges Burdeau.

Ferraz (1986, p. 10), quando trata das mutações constitucionais, leciona:

Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado poder *constituente difuso*, na feliz expressão de Burdeau.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 214-215), no mesmo contexto e sobre o mesmo tema, adverte:

A conclusão a que se chega é a de que além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional, existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais. Esta terceira via já fora denominada por célebre publicista francês como *poder constituinte difuso*, cuja titularidade remanesce no povo, mas que acaba sendo exercido por via interpretativa pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais.

Tal assertiva – a existência de um poder constituinte difuso – é reproduzida de forma ampla pela doutrina nacional sem maior análise crítica. Contudo, sem negar a influência da realidade da vida (mundo do ser) no direito (mundo do dever-ser), parece-nos equivocada a aceitação de uma terceira categoria de poder constituinte, especialmente, perante o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

De início, a primeira objeção se revela na percepção de que uma característica marcante do poder constituinte originário é ser inicial, ou seja, fundante de uma nova ordem jurídica, porque ele – o poder constituinte – é pré-jurídico.

No caso, o poder difuso não inicia uma nova ordem jurídico-constitucional, ao contrário, é supostamente contemporâneo à Constituição elaborada pelo poder constituinte.

E, o mais importante, a admissão de um poder constituinte difuso ou permanente significa desconsiderar uma teoria do poder constituinte baseada na soberania popular sedimentada pela doutrina constitucional brasileira e estrangeira, consubstanciada na acepção de que a titularidade do poder constituinte pertence ao povo que o exerce através de seus representantes eleitos em um sistema democrático representativo como o nosso.

Se não bastasse isso, o chamado poder constituinte difuso não figura como uma categoria de poder constituinte derivado porque o poder constituinte originário não o formatou.

Nesse contexto, a única justificativa possível para a adoção da doutrina nacional do denominado poder constituinte difuso ou permanente é aparentemente a influência da teoria constitucional francesa que sempre atrela a teoria da mudança constitucional ao tema do poder constituinte (VIEIRA; MASTRODI NETO; VALLE, 2005, p. 05).

Portanto, a existência de um poder constituinte difuso ou permanente encontra dificuldades insuperáveis, porque é incompatível com a teoria democrática da soberania popular. É na historicidade da interpretação, como veremos no capítulo 3, que devemos procurar justificar as mutações constitucionais.

2.3 O Conceito de Mutação Constitucional na Perspectiva do Supremo Tribunal Federal

2.3.1 O Julgamento da Reclamação 4335/AC

A escolha do caso da Rcl 4335/AC para discussão em torno do tema da mutação constitucional se deve a sua fundamental importância para compreensão do fenômeno da mutação constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Dessa feita, é imprescindível uma pequena digressão para a compreensão das particularidades do caso objeto de estudo.

Pois bem, o Juízo da Vara de Execuções Penais do Acre indeferiu um pedido de progressão de regime para presos daquele Estado-membro, mesmo reconhecendo que o STF, em precedente anteriormente declinado em sede de controle difuso de constitucionalidade (HC 82.959/SP), declarou a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime. Para o magistrado, como o Senado Federal não tinha, dentro de sua competência constitucional, editado resolução sobre a decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário, o magistrado sentenciante não estaria vinculado à decisão do Pretório Excelso. Nesse cenário, a Defensoria Pública da União ingressou com a Reclamação Constitucional no STF para viabilizar a progressão do regime fechado para o mais brando²⁴.

Portanto, a discussão principal no julgamento da Reclamação supracitada girava em torno de saber o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, conforme o art. 52, inciso X, da Constituição Federal²⁵.

²⁴ A primeira discussão que fora travada girava em torno de saber se seria possível o manejo da reclamação constitucional, sendo que ao final do julgamento fora admitida. Por serem de menor importância para esta dissertação os fundamentos que levaram a Corte, por maioria, a entender cabível a reclamação não iremos aprofundar a discussão aqui.

²⁵ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, assentou entendimento no sentido de que a norma teria sofrido uma verdadeira mutação constitucional. Nesse sentido, o papel do Senado Federal, atualmente, seria tão somente restrito à publicação das decisões do Supremo Tribunal Federal, ou seja, contemporaneamente não seria mais compreensível a leitura do dispositivo no sentido de que é imprescindível a suspensão pelo Senado Federal da lei considerada inconstitucional em controle difuso pelo STF. O ministro Gilmar Mendes (Rcl 4335/AC, p. 52-53) assim se pronunciou:

Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso. Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988. (...) É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988.

Como se vê, o Ministro Gilmar Mendes possui um conceito de mutação constitucional peculiar, porque para ele a mutação é uma criação do Supremo, uma vez que a alteração no texto da norma não advém da tensão fato (realidade) e norma constitucional, mas de tão somente uma releitura do texto pela própria Corte através de seus julgados.

Por seu turno, no mesmo julgamento, o Ministro Eros Grau (Rcl 4335/AC, p. 72-74) disserta sobre a mutação constitucional nos seguintes termos:

A mutação constitucional é a transformação de sentido enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá,

o intérprete extrai do texto norma diversa daquela que nele se encontravam originalmente involucradas em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação não caminhamos de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica, diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação uma prudência. Na mutação constitucional, há mais, Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado. (...) O que se há de indagar, neste ponto, é se o texto resultante da mutação mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A mutação não é uma degenerescência, senão uma manifestação de sanidade do ordenamento.

O mais interessante no voto do Ministro Eros Grau, diferentemente de todo conhecimento construído sobre o tema da mutação constitucional, é que para ele a partir do texto o intérprete alcança não outra norma, mas, um outro texto. Afora esse “estranho” entendimento, o Ministro Eros Grau se reporta ao termo “tradição”, contudo, não revela o conteúdo do vocábulo. E, aliás, aparentemente, o estudioso pouco se importa em explicitar seu conteúdo, a fim de que se possa analisar de forma crítica seu voto. Diz-se isso, porque o Ministro aponta para uma importância secundária da doutrina, uma vez que ela – a doutrina – o seguirá. Essas são as palavras do Ministro Eros Grau (Rcl 4335, p. 76):

Por fim, a doutrina dirá que, a entender-se que uma decisão em sede de controle difuso é dotada da mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, nenhuma diferença fundamental existiria entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade. Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito.

Por sua vez, o Ministro Sepúlveda Pertence demonstrou sua total irresignação contra os votos declinados pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. De modo contundente, o Ministro Pertence fez severa crítica aos Ministros que

votaram anteriormente, porque, segundo ele, estar-se-ia diante de uma mutação constitucional por decreto. Diz o Ministro:

Senhora Presidente, como vou, com a imprudência da idade, ousar dissentir, peço vênias aos eminentes Colegas para antecipar meu voto. Sem saber nadar, é claro que não me aventurarei nas águas procelosas das duas magníficas dissertações. Primeira, à do eminente Relator, agora reiterada; e hoje, do eminente Ministro Eros Grau. Mas não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista. (Voto na Rcl 4335/AC, p. 91)

Nitidamente, o Ministro Sepúlveda Pertence demonstra uma preocupação com o avanço do STF em prerrogativa constitucional que fora deferida pelo constituinte originário ao Senado Federal.

Ainda na sequência dos Votos proferidos, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que não se tratava de uma mutação constitucional, haja vista, precipuamente a literalidade do texto constitucional. Segundo o Ministro Joaquim Barbosa:

Ainda me impressiona, ademais, mesmo com toda essa revolução no controle de constitucionalidade, a literalidade da previsão contida no art. 52, X, presente no texto constitucional e em relação ao qual não há qualquer disposição contrária ou sentido conflitante. Por esse aspecto, restaria o argumento do relator sobre a ocorrência, no caso de mutação constitucional. Mas que vislumbro com a proposta é que ocorrerá pura e simplesmente, pela via interpretativa, a mudança no sentido da norma constitucional em questão, hipótese essa que Canotilho, por exemplo, não elenca como modalidade idônea de mutação (Direito Constitucional, p. 1102). Além disso, mesmo que se aceitasse a tese da mutação constitucional, entendo que seriam necessários dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a consequente e definitiva “desuetude” do dispositivo. (Voto na Rcl 4335/AC. p. 99-100)

Para o Ministro Joaquim Barbosa, não ocorreu o desuso (“desuetude”) da disposição constitucional, uma vez que o Senado Federal desde o ano de 1988 já suspendeu quase cem normas declaradas inconstitucionais pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Por fim, o Ministro Teori Zavascki²⁶ firmou entendimento no sentido de que a questão de saber se ocorreu uma mutação constitucional ou não no caso do art. 52, X, da Constituição Federal é de menor importância para se compreender o alcance das decisões do STF no atual cenário brasileiro. Isso porque para o Ministro Teori Zavascki as decisões do STF mesmo em controle difuso de constitucionalidade, atualmente, gozam de uma eficácia expansiva²⁷, independente da edição de resolução pelo Senado Federal que determine a suspensão do ato normativo declarado inconstitucional. Após divagações teóricas, o Ministro conclui:

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

Portanto, está claro que, muito embora por fundamentos diversos, o STF, ao menos neste *decisum*, firmou a tese do crescimento (expansão) da eficácia vinculante de suas decisões, ainda que em controle difuso, o que acaba por diminuir a necessidade da chancela do Senado Federal para suas decisões terem efeito vinculante e *erga omnes* no controle difuso de constitucionalidade.

2.3.2 A Expansão do Controle de Constitucionalidade e a Democracia

²⁶ O entendimento do Ministro foi seguido pelos Ministros Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello.

²⁷ O Ministro faz uma digressão histórica sobre a evolução do direito brasileiro. Nesse percurso histórico, ocorre, segundo o Ministro, uma aproximação entre o nosso sistema de *Civil Law* e o *Common Law* (Voto na Rcl 4335/AC, p. 150-151)

2.3.2.1. A Contramajoritariedade da Jurisdição Constitucional e a Democracia

O controle judicial de constitucionalidade está atrelado à concepção de uma supremacia da Constituição, contudo não é uma decorrência inelutável da proeminência da constituição, mas uma opção de Estado que deve avaliar os problemas e vantagens da adoção do instituto (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 29).

Muito embora uma opção, o fato é que na grande maioria das Constituições contemporâneas se adotou alguma espécie de modelo de controle de constitucionalidade, atribuindo-se ao judiciário – um órgão técnico – o poder de analisar a constitucionalidade da norma infraconstitucional frente à Constituição (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 29).

Em uma pequena regressão histórica, constata-se que o controle de constitucionalidade teve seu nascimento, primeiramente, no território americano devido a peculiaridades históricas. Dentre os condicionamentos históricos, surgiu na América colonial – anos antes da Independência - um sentimento de desconfiança intenso em relação ao Parlamento Inglês, uma vez que ocorreu um aumento exagerado das taxas impostas aos colonos.

Não obstante esse sentimento de desconfiança, a Constituição Americana não estatuiu um controle judicial de constitucionalidade de forma expressa. Desse modo, é a partir de um precedente judicial da Corte Suprema Norte-Americana - o famoso caso *Marbury x Madison* – que se afirmou a superioridade da Constituição. Nesse precedente, assentou-se que seria possível o poder judiciário rever (*judicial review*) os atos inconstitucionais editados pelo Congresso. Nascia, assim, o controle difuso de constitucionalidade na qual todo e qualquer juiz poderia declarar a inconstitucionalidade de uma lei (MARINONI, 2012, p. 728-729).

Por seu turno, coube ao jurista austríaco Kelsen, no início do século passado, desenvolver o chamado controle concentrado abstrato de constitucionalidade pelo qual em situações não concretas uma Corte Constitucional seria responsável pela análise se casos não concretos estariam de acordo com a

normatividade constitucional (MARINONI, 2012, p. 728-729). Nesse modelo concentrado e abstrato, Kelsen defendeu, diferentemente do modelo norte-americano (difuso), que a atribuição de declarar a inconstitucionalidade das leis fosse delegada a uma Corte Constitucional especializada (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 27).

Com efeito, convém ressaltar que o surgimento de um controle jurisdicional de constitucionalidade encontrou historicamente uma grande resistência na França e na Inglaterra. Se na América, por exemplo, a desconfiança era em relação ao Parlamento Inglês, na França, especialmente os revolucionários da Revolução Francesa, possuíam uma desconfiança enorme em relação aos juízes – tal realidade decorre do fato de que o Judiciário Francês possuía ligações espúrias com o antigo regime – na França somente com a Reforma Constitucional de 2008 é que o Conselho Constitucional passou a fazer o controle repressivo de constitucionalidade²⁸.

No cenário brasileiro, primeiro, adotou-se o sistema difuso norte-americano desde o advento da República. Mais tarde, em 1965, com a Emenda Constitucional nº 16, introduziu-se o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade com clara influência do modelo austríaco.

A partir, portanto, de 1965, o Brasil passou a ter um sistema misto de controle de constitucionalidade, porém, o controle concentrado abstrato se

²⁸ Sobre a reforma constitucional, a revista eletrônica Consultor Jurídico veiculou a seguinte matéria: “Controle de Constitucionalidade. Peluso e Debré trocam experiências sobre cortes. O presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Cezar Peluso, e o presidente do Conselho Constitucional da França, Jean Louis Debré, fizeram uma análise comparativa do sistema de controle da constitucionalidade de cada país nesta terça-feira (12/10). No encontro, que faz parte da programação oficial de Peluso em Paris, os presidentes também avaliaram os regimentos internos de suas instituições e a forma de funcionamento de cada corte constitucional. Debré apresentou um resumo da evolução do direito constitucional da França, desde a criação, por Napoleão Bonaparte, do Conselho de Estado (com competência administrativa) e da Corte de Cassação (com jurisdição sobre matéria civil) até a instalação, já na Quinta República, do Conselho Constitucional. Ele informou que o país viveu, nos últimos anos, uma revolução constitucional silenciosa, que tem passado despercebida pela opinião pública francesa e destacou que, com a reforma constitucional de 2008, que entrou em vigor em março passado, o Conselho Constitucional da França deixou de fazer apenas um controle constitucional abstrato e preventivo e passou a atuar como uma verdadeira Justiça constitucional, com a competência de proceder a um controle constitucional concreto e a posteriori” (CONJUR, 2014).

demonstrou muito tímido, uma vez que o único legitimado ativo para a propositura da representação constitucional era o Procurador-Geral da República que, à época, era nomeado pelo Presidente da República e a ele subordinado (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 30).

Com o advento da Constituição de 1988, a ampliação do leque de legitimados para as ações de controle concentrado e, também, o aumento das ações constitucionais de controle de constitucionalidade ocorreu, por consequência, um expansão da jurisdição constitucional no controle abstrato concentrado.

Essa expansão acabou por deixar mais latente uma questão extremamente delicada no campo da teoria constitucional, qual seja, o debate em torno da legitimidade do caráter contramajoritário da jurisdição constitucional.

Há simplesmente quem negue o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional sob o fundamento de que na maioria das vezes o juiz constitucional decide conforme a vontade do povo e, por vezes, este não é satisfatoriamente representado pelo legislativo seu representante (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 34).

Por seu turno, outro argumento é que a ampliação dos legitimados ativos e a introdução da figura do *amicus curie* democratizaram as decisões em controle de constitucionalidade (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 34).

Noutro enfoque, há aqueles que redefinem o conceito de democracia para dizer que o verdadeiro ideal democrático se caracteriza pelo respeito da maioria aos valores fundamentais da democracia e dos direitos fundamentais. Se assim não fosse, estar-se-ia considerando democrático o governo nazista, uma vez que este ascendeu ao poder pela via democrática. Decorrente disso, o controle jurisdicional de constitucionalidade seria compatível com o ideal democrático na medida em que seriam resguardados os valores (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 34-35). Nesse sentido, é o pensamento de Häberle (1997, p. 38-39):

A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. Essa perspectiva é uma consequência

da relativização do conceito de Povo – termo sujeito a entendimentos equívocos – a partir da ideia de cidadão! Liberdade fundamental (pluralismo) e não “o Povo” converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática. Essa *capitis diminutio* da concepção monárquica exarcebada de povo situa-se sob o signo da liberdade do cidadão e do pluralismo. Portanto, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e “eruptivo” a respeito da concepção tradicional de democracia.

Essas justificativas são parcialmente corretas, contudo, não conseguem apresentar uma resposta totalmente satisfatória da questão. O mais correto é dizer que a relação entre a jurisdição constitucional e a democracia é caracterizada por uma tensão sinérgica, isto é, as duas variáveis trabalham, regularmente, de forma cooperativa para alcançar propósito final, qual seja, o bom funcionamento da democracia. Constata-se essa sinergia quando se observa que o nascimento ou desenvolvimento da jurisdição constitucional na maior parte dos países se deu simultaneamente com a democratização ou redemocratização destes (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 35).

Contudo, essa relação de tensão pode ser potencializada e prejudicial à cooperação entre a jurisdição constitucional e a democracia. Souza Neto e Sarmento (2013, p. 36) afirmam que a relação passa a ser problemática quando a jurisdição constitucional passa a ser entendida como o fórum central de debate para resolução de conflitos políticos, sociais e morais mais importantes do tecido social, ou quando se considera ser o judiciário o detentor da última palavra. “Em outras palavras, a dificuldade democrática pode não vir do remédio – o controle judicial de constitucionalidade – mas de sua dosagem.”

Particularmente no Brasil dos últimos anos, o tema ganhou um espaço enorme por conta de uma mudança de postura do Supremo Tribunal Federal em relação às suas decisões. É que, após abandonar uma postura mais contida, o Tribunal passou a ter uma posição mais ativista²⁹ em relação a temas polêmicos ainda não resolvidos pelo sistema político, em muito pelo seu descrédito, o que

²⁹ O ativismo judicial não é objeto central de nossas reflexões. Porém, é imprescindível advertir que o termo é polissêmico na doutrina (TRINDADE, 2012, p. 110-111; CAMPOS, 2014, p. 149). Para fins deste estudo, será definido como a situação na qual o juiz se desprende do dispositivo constitucional e cria uma norma jurídica descolada do texto (Dworkin, 2014, p. 451-452).

rendeu inclusive, mais recentemente, críticas a sua atuação por parte de setores do Legislativo e do Executivo – um exemplo é a proposta de Emenda Constitucional 33/2011 de autoria do deputado Nazareno Fonteles (PT – PI)³⁰.

A compreensão desta dissertação é que uma teoria da mutação constitucional deve ser entendida como uma teoria que possibilite um diálogo interinstitucional amplo entre o Supremo Tribunal Federal, o Poder Legislativo, o Executivo, entidades da sociedade civil, a academia jurídica e, precipuamente, o povo, porém, diálogo para nós, não possui o significado de revanchismo, como soa indiscutivelmente a proposta do deputado Federal Nazareno Fonteles.

Por fim, apesar de aderirmos à perspectiva gadameriana de um diálogo aberto e produtivo na qual o STF não detém a última e exclusiva palavra sobre a interpretação constitucional e, portanto, sobre a mutação constitucional, a nosso juízo, o esvaziamento dos espaços públicos de debate, com consequências profundas no Poder Legislativo, é um obstáculo à efetivação dos diálogos constitucionais, ainda que não insuperável. A decisão na Rcl 4335/AC é um excelente exemplo do esvaziamento do espaço democrático.

³⁰ A PEC nº 33/2011 objetiva alterar os artigos 97, 102 e 103-A da Constituição Federal de 1988, sendo sua redação a seguinte: “Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público (NR)”; “Art. 103-A (...) §4º O Congresso Nacional terá o prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes. §5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita. §6º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula com efeito vinculante aprovada pelo Congresso Nacional caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (NR).” “Art. 102 §2-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediatamente efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular. §2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre decisão judicial a que se refere o §2ºA deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos. §2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.”

2.3.2.2 O Controle de Constitucionalidade Difuso e a Intervenção do Senado Federal

O controle de constitucionalidade difuso fora introduzido na Constituição Imperial de 1891, inspirado no modelo de *judicial review* dos Estados Unidos da América, sendo que todo e qualquer juiz pode fazer o controle de constitucionalidade no caso concreto (FERRAZ, 2013, p. 1064).

Não obstante a influência do modelo americano, é certo que o controle difuso em solo nacional se desenvolveu com algumas peculiaridades próprias. A diferença precípua residia no fato de que a decisão do STF somente se direcionava para as partes do processo, portanto, não alcançando terceiros, ou seja, destituída de eficácia contra todos. No caso dos EUA, dada a tradição da *Common Law*, adotava-se a lição do *stare decisis* ou do precedente que, em muitos casos tinha por consequência a extensão dos efeitos da decisão para terceiros que não faziam parte no processo (FERRAZ, 2013, p. 1064).

Dessa forma, o modelo brasileiro trouxe o inconveniente da multiplicidade de processos, uma vez que a decisão do STF em sede de controle difuso possuía apenas efeitos *inter partes*. Assim, a doutrina nacional, desde 1891, veio a se debruçar sobre a criação de um mecanismo que permitisse estender os efeitos da decisão do STF no caso concreto de modo irrestrito.

É nesse contexto que ocorreu a introdução da competência privativa do Senado Federal para suspender a execução de ato declarado inconstitucional pelo STF. Na constituinte de 1934, através de uma Emenda Coletiva, tendo como primeiro signatário Prado Kelly, fora proposta a Emenda. A justificativa do autor era no sentido de que a medida era de ordem prática, porque, como a jurisprudência do STF negava a extensão dos efeitos de suas decisões em matéria de controle difuso de constitucionalidade, ressalvado o caso de habeas corpus, seria necessária a inserção desse mecanismo para racionalizar o sistema (FERRAZ, 2013, p. 1.061).

Desse modo, a regra insculpida no art. 91, inciso IV, da Constituição de 1934, passou a ser repetida nas constituições posteriores. Convém ressaltar que

quando da proposta da Emenda Constitucional nº 16/65 à Constituição de 1946 que introduziu o controle concentrado no Brasil, tentou-se conceder ao próprio STF a possibilidade de alargar o alcance de suas decisões no caso concreto para todos, contudo, a proposta fora rejeitada (FERRAZ, 2013, p. 1065).

A Constituição de 1988 manteve o controle difuso de constitucionalidade com a participação do Senado Federal, sendo que fortaleceu, ainda, o sistema de controle concentrado e abstrato, inspirado no sistema europeu.

Desde a inserção da competência do Senado Federal para suspender o ato normativo, declarado inconstitucional pelo STF no caso concreto, algumas questões jurídicas surgiram. Uma delas nos interessa especificamente para fins desse estudo. Tal questão é concernente a saber se o Senado da República estaria obrigado a editar a resolução de suspensão do ato normativo ou se seria uma decisão política do Casa Legislativa suspender ou não a lei declarada inconstitucional em controle difuso.

A primeira corrente, sustentada por Lúcio Bittencourt, defendia, como o fizeram os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, que a competência constitucional do Senado Federal teria a finalidade de apenas dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal (FERRAZ, 2013, p. 1065).

Não obstante, a corrente majoritária na doutrina e na tradição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se pacificou no sentido de que o Senado Federal não é tão somente um cartório de registro das decisões de inconstitucionalidade do Pretório Excelso, sendo a resolução do Senado Federal um ato de natureza eminentemente política, ou seja, discricionário no sentido ser ou não expedida a suspensão do ato normativo declarado inconstitucional pela Corte (FERRAZ, 2013, 1066).

Paulo Brossard (2014, p. 60), sustentando a tese majoritária e tradicional na história constitucional brasileira, manifestou-se:

Não é de hoje que entendo que a cláusula em exame não coloca o Senado em posição de “Cartório do Supremo Tribunal”, para repetir palavras de Pontes de Miranda no Congresso de Direito

Constitucional da Bahia (cf “O Impeachment”, 1965, pág. 119, nº 88, nota 328); e, tendo defendido esse entendimento no seio da Comissão da Constituição e Justiça do Senado, veio ela a adotá-lo sem reservas e por ele tem se orientado sucessivas vezes. (...) Repugna a tudo quanto se possa conceber como apropriado a uma assembleia das características do Senado, ver nele mero órgão executor do Supremo Tribunal. Há questões que a solução é percebida, nitidamente percebida, antes mesmo de ser encontrada sua fundamentação. Esta é uma delas. Atribuir ao Senado papel mecânico, fazê-lo autômato, transformá-lo em carimbo, meirinho, cartório ou porteiro de auditórios, não significa apenas atribuir-lhe uma função absolutamente subalterna, mas, e especialmente, sem qualquer significação e utilidade, tarefa que poderia ser desempenhada, com proficiência e vantagem, por qualquer funcionário da secretaria do Supremo Tribunal.

Portanto, como se vê, na tradição brasileira, a resolução do Senado Federal sempre teve uma dimensão política na qual se revela uma forma de estabelecimento de um diálogo da Casa Legislativa com o Poder Judiciário, porém a decisão da Rcl 4335/AC revela e contribui para a crise da democracia representativa na medida em que acabou por diminuir a participação do Senado Federal no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. No capítulo 4, verificar-se-á como essa decisão revela uma crise institucional grave na democracia representativa, sendo que uma de suas causas é o processo de globalização-individualização, bem como a falta de um maior engajamento político.

3 AS CONTRIBUIÇÕES DE GADAMER E DWORKIN PARA A COMPREENSÃO E DELIMITAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR VIA DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

Como se verá a seguir, a filosofia hermenêutica de Gadamer e a teoria jurídica de Dworkin são dois referenciais teóricos fundamentais para justificar a mutação constitucional e, simultaneamente, possibilitar sua restrição conceitual.

3.1 GADAMER E A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

A filosofia hermenêutica de Gadamer³¹ não está enquadrada em uma escola filosófica específica como a metafísica, a epistemologia, a filosofia da linguagem ou qualquer outra corrente na tradição do pensamento filosófico. A reflexão que Gadamer faz é muito abrangente e envolve uma reflexão sobre o mundo (LAWN, 2007, p. 84).

Sua hermenêutica³² filosófica é formulada na obra-prima “Verdade e Método” (1960). Inicialmente, o título original seria “Os Fundamentos de uma

³¹ Gadamer nasceu em 11 de fevereiro de 1900 em Marburg, na Alemanha. Ingressou na Universidade de Breslau em 1918, sendo que em 1919 se transferiu para a Universidade de Marburg depois que seu genitor assumiu a cadeira de química farmacológica nessa instituição. Foi aluno de Heidegger e reitor da Universidade de Leipzig. Em 1949, assumiu a cadeira de filosofia de Karl Jaspers na Universidade de Heidelberg. Em 1960, publicou sua obra prima “Verdade e Método”. Morreu no dia 13 de março de 2002, aos 102 anos de idade em Heidelberg (SCHMIDT, 2013, p. 140).

³² Sobre o significado de hermenêutica, Schmidt (2013, p. 11) afirma: “Quando alguém me pergunta o que é “hermenêutica”, eu normalmente digo apenas que significa interpretação. Às vezes eu continuo, adicionando que a hermenêutica trata de teorias para interpretar textos corretamente. “Hermenêutica e Interpretação” são derivadas da mesma palavra grega. Apesar de “hermenêutica” não ser uma palavra comum em português, “interpretação” é”. Logo adiante Schmidt (2013, p. 12) revela a compreensão de Gadamer sobre a hermenêutica: “Para Gadamer, a hermenêutica é a teoria filosófica do conhecimento que afirma que todos os casos de compreensão envolvem necessariamente tanto interpretação quanto aplicação.” Sobre a compreensão de Gadamer sobre a hermenêutica LAWN (2007, p. 65) afirma: “Em Verdade e Método, com o subtítulo de “Esboços de uma hermenêutica filosófica”, Gadamer estabelece uma hermenêutica filosófica através do pensamento de que todos os aspectos do entendimento humano pressupõem uma dimensão hermenêutica; neste sentido, a hermenêutica é universal.”

Hermenêutica Filosófica”, contudo, o editor compreendeu que o título não era claro, daí a alteração. A proposta da hermenêutica filosófica de Gadamer é claramente propor uma alternativa ao discurso científico baseado na asserção de que somente é possível uma experiência da verdade a partir da elaboração de um método científico (SCHMIDT, 2013, p. 141).

Gadamer se deparou com um mundo dominado pelo discurso das ciências exatas. Um mundo no qual somente era possível pensar a ciência a partir de um método. O problema enfrentado por Gadamer consistia em superar essa concepção dominante do conceito de ciência defendido pelo historicismo e pelo positivismo. Desse modo, diferentemente de Dilthey que se esforçou para elaborar um método para as ciências do espírito, Gadamer questiona a existência de um conhecimento válido universalmente obtido através de um método (GRODIN, 1999, p. 181).

A hermenêutica filosófica de Gadamer reavalia as noções de autoridade, tradição e preconceito com um propósito. Esse propósito não é ingênuo no sentido apenas de trazer à luz os significados perdidos. Em verdade, Gadamer, através da reavaliação desses termos, está fazendo uma crítica forte da Modernidade e de sua pretensão de obter a verdade através tão somente de um método. E, além de uma crítica ao mundo Moderno, de forma ambiciosa, Gadamer propõe uma alternativa possível com grandes consequências para o conhecimento filosófico (LAWN, 2007, p. 62-63).

Por fim, importa observar que a proposta de Gadamer não é substituir a tudo que está no mundo por um sistema novo e radical de filosofia. Seu objetivo é, na verdade, resgatar uma forma de entendimento diário e da experiência que fora esquecida no tempo. Para Gadamer, a hermenêutica – palavra de origem grega – está no centro de todas as formas de compreensão e se coloca como uma alternativa radical ao projeto de mundo representado pelo método. A hermenêutica filosófica é uma alternativa viável para o nosso relacionamento com o mundo, contudo, esteve adormecida pela crença do pensamento moderno – amplamente difundido e aceito – de que somente é possível alcançar o conhecimento por meio do método (LAWN, 2007, p. 63).

3.1.1 A Autoridade da Tradição e os Preconceitos

Anteriormente à consolidação do paradigma da ciência moderna, a verdade era analisada a partir dos critérios da tradição. Não obstante, esse binômio (tradição–autoridade) fora contestado fortemente pelos pensadores modernos, sendo que estes desenvolveram um novo critério de verdade consubstanciado na evidência racional frente ao sujeito (COSTA, 2008. p. 74).

Essa mudança promoveu uma revolução na história do pensamento, porque subverteu a lógica existente, até então existente, na relação entre indivíduos e as instituições. Em uma perspectiva tradicional, o indivíduo devia obediência à autoridade política e intelectual das instituições sociais, sendo que tal autoridade se baseava no divino e na natureza das coisas. De um lado oposto, o pensamento moderno contradiz toda essa lógica da tradição e coloca a razão como o único critério possível para se alcançar a verdade (COSTA, 2008, p. 74).

Gadamer, de forma provocativa, questiona o pensamento moderno e se esforça para reabilitar a tradição, uma vez que esta foi perdida com a divulgação de todas as crenças e doutrinas do Iluminismo. Para Gadamer, a tradição não pode ser refutada em favor de uma suposta razão imparcial, sendo necessário buscar o significado original de tradição. Apesar de existir um entendimento de tradição no sentido de repetição, em verdade, tradição possui um significado em Gadamer de passar adiante, contudo, passar adiante não significa mera repetição de uma prática, de um conhecimento. A tradição é constantemente reelaborada, reprocessada, reinterpretada. Daí, dizer-se que a razão não está fora da tradição, isto é, não é um ponto externo de observação, pelo contrário a razão é transmitida na tradição (LAWN, 2007, p. 53-54).

A tradição e a razão, portanto, não são variáveis que se excluem, dado que a razão está dentro de um contexto cultural e histórico. Logo é um erro pressupor que se deve esquecer a tradição, sacrificando, desse modo, a relação harmônica que deve existir entre o passado e o presente (SÁ, 2014, p. 70). Porém, é importante ressaltar que a tradição não é um conhecimento absoluto, porque nem tudo em uma

tradição pode ser considerado verdadeiro, contudo, a tradição é uma fonte provável de preconceitos legítimos (SCHMIDT, 2013, p. 149).

Em “Verdade e Método”, Gadamer discute como se dá a autoridade da tradição. O pensamento moderno entende que a autoridade de algo deriva tão somente daquilo que se pauta por uma racionalidade baseada em critérios de validade de conhecimento (SÁ, 2014, p. 70). Esse entendimento difundido pelo pensamento moderno colocou o conceito de autoridade em xeque. “Sobre a base de um esclarecedor conceito de razão e liberdade, o conceito de autoridade acabou sendo referido ao oposto de razão e liberdade, a saber, ao conceito da obediência cega (GADAMER, 2012a, p. 370)”.

Contudo, essa noção de autoridade como sujeição é incorreta, porque o fundamento de autoridade de uma pessoa não é oriundo de uma submissão ou de abdicação da razão, ao contrário, o fundamento último da autoridade é proveniente de um ato de reconhecimento e de conhecimento. Ou seja, reconhece-se que o outro está em um patamar de conhecimento acima de nós e, em decorrência disso, tem prevalência sobre o nosso juízo. Desse modo, a autoridade não é imposta, mas conquistada (GADAMER, 2012a, p. 370-371). Lawn (2007, p. 56) esclarece o entendimento de autoridade de Gadamer:

Algumas pessoas argumentam que a autoridade do professor não é nada mais que um poder arbitrário investido em agentes do estado, contendo concomitantes poderes de sanção e punição. (...) Gadamer alega que a autoridade genuína do professor, ou qualquer outra pessoa em posse da autoridade real, não acontece por mérito do investimento do poder social, mas sim da habilidade de levantar questões e fazer com que certos tópicos pareçam cruciais, importantes e merecedores de consideração (porque eles nos levam ao âmago daquilo que nós somos, dentro dos nossos limitados horizontes culturais). A autoridade real do professor está nas questões que o inspirado educador – mais um orientador socrático do que um instrutor dogmático – torna real, vital e importante àqueles em busca genuína do conhecimento. Isso é o que significa quando dizemos que um bom professor possui sua própria autoridade; a autoridade está nas questões que ele apresenta e não nas sanções que poderia apresentar aos indisciplinados e resistentes.

Nesse sentido, muito mais que uma imposição da autoridade, Gadamer almeja compreendê-la como um momento de diálogo no qual o discente tem algo a aprender com o professor para, em um determinado momento, superá-lo³³. Grodin (2012, p. 08) observa que Gadamer, ao refutar a arrogância do método, objetiva restaurar a virtude hermenêutica do diálogo entre o passado e o presente.

A reabilitação da autoridade da tradição permite a Gadamer se debruçar sobre o uso do termo preconceito. Gadamer utiliza a palavra preconceito para identificar as estruturas prévias da compreensão de Heidegger. “Em alemão, *vor* significa pré e *Urteil* significa juízo, portanto, em referência às estruturas prévias de Heidegger *Vorurteil* significaria, pré-juízos. Entretanto, no uso corrente alemão, *Vorurteil* significa preconceito (SCHMIDT, 2013, p. 146).” Com efeito, não fora despretensiosa a escolha do termo preconceito por Gadamer, uma vez que a conotação negativa do vocábulo preconceito veio surgir de forma inovadora no Iluminismo. Na medida em que o Iluminismo valorizava a razão em detrimento de uma autoridade, esta – a autoridade – era considerada um preconceito negativo. Logo, faz-se necessário o leitor apreender que o significado de preconceito na leitura de Gadamer possui uma nítida conotação neutra premeditada (SCHMIDT, 2013, p. 146-147).

A todo momento, os preconceitos e nossas estruturas prévias de compreensão herdadas da tradição influenciam nosso pensamento consciente ou inconscientemente. O significado das palavras, nossas crenças, nossos valores são fruto da influência dos preconceitos, sendo que estes estão tão internalizados em nossas mentes que sequer conseguimos nos desvencilhar da maioria deles (SCHMIDT, 2013, p.147). Schmidt (2013, p.147) leciona:

³³ O termo “superação” não deve ser tido como sinônimo de “ruptura”, porque ruptura significa rejeição total da autoridade da tradição. Essa diferença entre superação e ruptura pode ser extraída de várias passagens de “Verdade e Método” como se verifica no seguinte trecho: “Toda educação repousa sobre essa base e, mesmo no caso em que se alcança um estágio na educação quando a tutela perde a sua função com o amadurecimento gerado pela maioridade, momento em que as próprias perspectivas e decisões assumem finalmente a posição que detinha a autoridade do educador, esta chegada da maturidade na história de vida não implica, de modo algum, que nos tornemos senhores de nós mesmos, no sentido de nos havermos libertado de toda herança histórica e de toda tradição (GADAMER, 2012a, p. 372)”.

Por exemplo, ao ler a primeira sentença do parágrafo anterior,³⁴ seus preconceitos em relação à sintaxe e semântica em português estavam todos operando num nível que você não percebia. Você provavelmente compreendeu “preconceito” em sua conotação negativa normal. Talvez, no final da sentença, você tenha se perguntado como nossas estruturas prévias poderiam ser preconceitos. Talvez você tenha deixado uma nota mental para si mesmo, ou mesma. Agora, com sorte, você já adotou um novo preconceito em relação ao significado da palavra “preconceito”, pelo menos para o uso de Gadamer.

A partir de nossos preconceitos é que é possível compreender. Os preconceitos advêm de nossa tradição – passado – dentro do processo de aculturação. Por exemplo, ao nos ensinarem uma linguagem, adquirimos um conjunto de preconceitos, sendo estes o ponto de partida para a compreensão. Somente alguns desses preconceitos foram testados de modo consciente (SCHMIDT, 2013, p. 147-148).

Para Gadamer, é imprescindível se quisermos fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem reabilitar o conceito de preconceito e reconhecermos que há preconceitos legítimos. Daí o questionamento: qual o fundamento de legitimidade dos preconceitos; O que distingue preconceitos legítimos daqueles inúmeros cuja superação é o trabalho da razão crítica? (GADAMER, 2012a, p. 368).

Com efeito, o fato de ter-se como ponto de partida a tradição e a pré-compreensão (preconceitos) não significa dizer que se está preso ao passado de forma acrítica. Lawn (2007, p. 91) manifesta-se nos seguintes termos:

Gadamer considera a tradição como sendo, assim como o preconceito, parte de um plano de fundo para o nosso engajamento no mundo. Nunca pode se tornar um objeto de investigação, pois estamos sempre dentro dela e nunca podemos encontrar um ponto fora dela para testar sua validade. Para podermos juntar a tradição e a vida histórica (historicidade), e para podermos mostrar como somos inescapavelmente históricos e parte da tradição, porém não presos e seduzidos por ela, devemos voltar nossa atenção para um

³⁴ Schmidt (p. 146-147) faz menção ao trecho no qual ele revela o sentido do termo preconceito em Gadamer.

termo-chave na léxica de Gadamer, o “horizonte” e aquilo que ele chama de “fusão dos horizontes”³⁵.

Para Gadamer, deve-se dialogar constantemente com o passado de forma crítica, ou seja, o diálogo deve ser construído de forma questionadora, porém não se pode esquecer o legado do passado – a tradição³⁶.

Desse modo, a descoberta da verdade passa pelo diálogo com a tradição, tomando-se como legado seu conteúdo significativo, contudo, sem apropriar-se dos conceitos de forma acrítica, uma vez que o conceito é um aperfeiçoamento continuado (GADAMER, 2012a. p. 32-33).

Portanto, a compreensão deve ser considerada “menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermedeiam constantemente passado e presente (GADAMER, 2012a, p. 385)”. É essa a ideia que deve ser inserida na teoria hermenêutica, apesar disso, ela está impregnada pela ideia do método.

3.1.2 O Círculo Hermenêutico e a História Efetiva

O processo da compreensão acontece dentro do círculo hermenêutico. Dessa forma, o ato de interpretar um texto se opera do todo para as partes e vice-versa (SCHMIDT, 20013, p. 150). Assim, a compreensão de um texto passa por um projetar de sentido de um todo a partir de pré-compreensões, isto é, a partir de um sentido já determinado pela tradição. Contudo, essa primeira compreensão será constantemente revisada quando se aprofundar o sentido, sendo, portanto, transformada (GADAMER, 2012a, p. 356).

Esse movimento de projeção de ida e volta entre o todo e as partes é sempre provisório, uma vez que está em contínuo processo de alteração sempre

³⁵ No próximo tópico será trabalhada a compreensão de Gadamer sobre a “fusão de horizontes”.

³⁶ Na Filosofia Iluminista, defende-se a rejeição da tradição (passado).

que recebemos uma nova informação. “Dessa forma, passamos do particular para o contexto e do contexto para o particular de uma forma cíclica e contínua, motivo pelo qual o processo merece o nome de círculo hermenêutico (COSTA, 2008, p. 142)”. Daí, muito embora Gadamer utilizar a metáfora do círculo hermenêutico seria melhor fazer uso de uma espiral, uma vez que a metáfora do círculo passa a imagem incorreta de que retornamos ao mesmo lugar.

Sugere-se um exemplo para o leitor compreender o processo de compreensão na circularidade hermenêutica. Imaginemos um filme que possui um roteiro de qualidade e que, ainda, não se conheça o final. Algumas perguntas surgem: quantas vezes compreendemos o filme somente no final?; quantas vezes repassamos mentalmente as cenas iniciais do filme com o objetivo de rever como elas deveriam ser interpretadas? Essa situação ocorre, porque a compreensão de cada cena apenas ocorre dentro do contexto do filme completo. Porém, o filme é construído pela concatenação dos episódios particulares (COSTA, 2008, p. 140)

No momento inicial do filme, gera-se uma expectativa enorme de compreensão da cena a que estamos assistindo. As primeiras conclusões (projeções) são fruto de nossas pré-compreensões. Contudo, ao longo do tempo, diante de novas informações que temos contato, essas projeções de sentido irão ser modificadas, resultando em uma gradual alteração do sentido a qual se atribui o filme. Ademais disso, com a modificação de nossos sentidos sobre o filme, alteram-se as nossas compreensões sobre as cenas individualmente (COSTA, 2008, p. 140).

Nessa perspectiva, a distância temporal do intérprete em relação ao texto – ou ao filme - contribui de forma positiva para a compreensão do texto, porque permite descartar os preconceitos verdadeiros dos falsos preconceitos (GADAMER, 2012a, p. 395). Para Gadamer, interpretar um texto não significa reconstruir seu sentido original, significa, isso sim, ouvir o que o texto tem a nos dizer. Portanto, é equivocada a percepção de que interpretar é se colocar simplesmente no lugar do autor original – pensamento de Schleiermacher – porque o autor e o intérprete estão situados em tradições diversas e isso faz a diferença. Essa compreensão do texto pelo intérprete não é uma compreensão melhor, tampouco no sentido de conhecer melhor o texto em razão de definições mais iluminadas, nem também no sentido de

uma superioridade da interpretação. Compreender significa, na verdade, compreender diferente (GADAMER, 2012a, p. 392)³⁷.

A distância temporal entre o intérprete e o texto quanto maior for mais provável será a existência de preconceitos diferentes, sendo que a identificação inicial dos preconceitos diferentes questiona nossos próprios preconceitos (SCHDMIT, 2013, p. 153). Como se vê, a tradição influencia a compreensão em duas vertentes diferentes. Na primeira, herda-se o conjunto de preconceitos que advém do processo de aculturação e de aprendizado, sendo esses primeiros preconceitos nossas balizas interpretativas. Em uma segunda vertente, a própria tradição preserva uma gama de interpretações que herdamos ao longo do tempo. Essa compreensão da tradição anterior e da atual nos projeta para uma compreensão futura. A essa influência da história no ato de compreender Gadamer dá o nome de história efetiva ou efectual (SCHMIDT, 2013, p. 153).

É necessário esmiuçar mais. Quando se refere à história efetiva, Gadamer quer dizer que a situação do intérprete ou daquele que se coloca em uma posição de entender não é estática, como a ciência – no sentido de método – imagina ser. Ao contrário, Gadamer compreende que o intérprete é sempre, como integrante da tradição, o efeito de uma interpretação prévia. Nessa perspectiva, não existe uma situação ou posição neutra, uma vez que a interpretação é em si mesma o efeito da tradição sobre o presente. Logo, em Gadamer a soberania do sujeito é uma ficção, uma vez que ao invés de ser o sujeito controlador, está condicionado pela tradição (LAWN, 2007, p. 95)³⁸.

³⁷ Ainda referente à importância da distância temporal, Gadamer (2012a, p. 393) diz: “O tempo já não é, primariamente, um abismo a ser transposto, porque separa e distancia, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. Assim, a distinção dos períodos não é algo que deva ser superado. Esta era antes a pressuposição ingênua do historicismo, ou seja, que era preciso deslocar-se ao espírito da época, pensar segundo seus conceitos e representações em vez de pensar segundo os próprios, e assim se poderia alcançar a objetividade histórica.”

³⁸ É claro na compreensão do termo história efetiva uma crítica de Gadamer à possibilidade de se alcançar a verdade unicamente pelo método, como propugna a ciência moderna. Sobre essa concepção, Bleicher (1992, p. 158), logo após lecionar sobre a história efetiva em Gadamer, ressalta: “Esta força pode ser ignorada face à confiança objectivista em métodos de interpretação – só que não desaparecerá como resultado, fazendo-se sentir por detrás do observador ingênuo; mas pode igualmente ser aproveitada para chegar à verdade que nos é acessível, não obstante todas as limitações que nos são impostas pela finitude da nossa compreensão.”

Portanto, a consciência do intérprete é resultado da tradição em um sentido amplo cujo significado é dizer que conscientes ou não nossos preconceitos adquiridos na história são “o pano de fundo e a base da qual compreendemos”. Em um sentido mais restrito, a consciência da história efetiva quer dizer que “percebemos reflexivamente ter uma consciência efetuada historicamente”. Essa consciência reflexiva da história efetiva resulta na percepção de que estamos dentro do círculo hermenêutico da compreensão e que nossa situação hermenêutica foi influenciada pela tradição por meio dos preconceitos adquiridos no curso da história (SCHDMIT, 2013, p. 153).

Como se vê, ocorre um diálogo³⁹ entre o horizonte passado e o horizonte presente. A expressão horizonte indica uma visão panorâmica de mundo a partir de uma perspectiva. Conforme Gadamer⁴⁰, (2012a, p. 399) “é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto.”

É dentro do diálogo entre o horizonte passado e o presente que se dá a fusão de horizontes. Com a fusão não se chega a um ponto estático, porque sua característica principal é ser dinâmica. Gadamer (2012a, p. 404) leciona:

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante transformação, na medida em que estamos obrigados a pôr constantemente à prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.

Nessa perspectiva, observa-se que não há uma supressão de horizontes, mas um entrelaçamento entre o passado e o presente, isto é, não ocorre uma sobreposição de um horizonte sobre o outro. Portanto, a verdade é construída dentro do diálogo entre o passado e o presente. Com efeito, o diálogo tem um papel de extrema relevância na filosofia hermenêutica de Gadamer, porque a

³⁹ A idéia de diálogo está constantemente presente na filosofia de Gadamer.

⁴⁰ O termo “horizonte”, conforme o próprio Gadamer (2012a, p. 399), é utilizado introdutoriamente na Filosofia por Nietzsche e Husserl

compreensão é sempre possível através do diálogo, ou seja, o entendimento é dialógico por natureza. Para algumas pessoas, a fusão de horizontes pode ser uma arena de combate na qual o horizonte de uma suprimira o horizonte da outra. Contudo, para Gadamer diálogo significa ouvir o outro para adotar o horizonte do outro e expandir seu próprio horizonte. É desse diálogo dentro da tradição que se produz a verdade, portanto, a verdade é diálogo (LAWN, 2007, p. 96-97). Na experiência hermenêutica da compreensão, Gadamer traz três exemplos de diálogo na relação eu/tu (intérprete/texto).

A primeira relação é aquela na qual conhecemos as pessoas e, em decorrência disso, pensa-se, ingenuamente, que é possível prever o comportamento do outro. Essa forma de pensar a relação eu/tu se inspira fortemente na concepção de que é possível compreender a partir do método e na crença da objetividade alcançada pelo mesmo (GADAMER, 2012a, p. 468-469). Assim, “o intérprete assume a posição de um observador ideal e busca estar lendo apenas o que o texto diz” (SCHMIDT, 2013, p. 161).

Por sua vez, a segunda relação eu/tu se caracteriza pelo entendimento de que o intérprete reconhece o outro como pessoa. Nitidamente, é uma experiência do tu mais adequada que a anterior, porque, aqui, não se imagina ser possível reduzir o outro a um objeto de cálculo. É uma ingenuidade pensar que a observação do outro nos leva à compreensão dele em sua totalidade. O problema aqui é que, quando se compreende ser possível entender o outro melhor que ele mesmo, subtrai-se a legitimidade de suas próprias pretensões (GADAMER, 2012a, p. 469-470).

Por fim, a terceira relação eu/tu se reconhece o tu de fato como um tu, ou seja, não se desconsidera os propósitos do tu. Deixa-se, assim, que o tu realmente nos diga algo, isto é, o intérprete deve escutar o texto que está imerso na tradição tem a dizer. É imprescindível para isso ocorrer que exista uma abertura na relação eu/tu que permita o diálogo franco. Não há nessa relação uma relação de submissão, o que se busca é que o texto tem algo a dizer. Essa é a compreensão de como ocorre o diálogo na hermenêutica (GADAMER, 2012a, p. 469-470). Portanto, reitera-se, ocorre uma fusão entre o horizonte do texto e o horizonte do intérprete.

Mas, registre-se, a fusão de horizontes é, porém inconcebível sem a mediação da linguagem. Ora, “a compreensão tem de ser vista como uma interpretação e essa interpretação é a forma explícita da compreensão” (BLEICHER, 2012, p. 161). A filosofia tradicional consciente de que a linguagem nos prega surpresas buscou a verdade fora da linguagem. Contudo, Gadamer, influenciado pela filosofia da linguagem entende a compreensão como um processo linguístico (COSTA, 2008, p. 149). Portanto, a linguagem é uma presença constante na hermenêutica filosófica de Gadamer.

3.1.3 A Crítica de Habermas à Hermenêutica Filosófica: O Conservadorismo da Tradição

Uma crítica bastante contundente à hermenêutica filosófica de Gadamer realizada por Habermas diz respeito ao seu suposto conservadorismo. Muito embora Habermas entenda que Gadamer traçou um caminho alternativo para o positivismo nas ciências sociais, Habermas vê na hermenêutica filosófica um aprisionamento ao *status quo*, porque não haveria espaço para a crítica (LAWN, 2007, p. 168)⁴¹.

Para Habermas, Gadamer estaria correto ao asseverar que o intérprete está dentro de uma tradição com sua herança de preconceitos, sendo que, justamente, por conta disso, a compreensão não pode sair da tradição para requerer uma compreensão objetiva. Porém, Habermas entende que Gadamer não conseguiu perceber o poder da reflexão que se constrói na compreensão. Habermas defende que uma reconstrução baseada na reflexão da tradição permite o esclarecimento de como um preconceito fora aceito. Se dentro desse processo de reconstrução se

⁴¹ No mesmo sentido, SCHMIDT (2013, p. 189-201): “Jürgen Habermas afirma que a hermenêutica filosófica é incapaz de criticar a tradição porque Gadamer subestima o poder da reflexão. A hermenêutica de Gadamer deve ser modificada para incluir uma crítica da ideologia. (...) Habermas (1929-) concorda com a crítica de Heidegger e Gadamer à autocompreensão objetivista, sua crítica do positivismo em relação às ciências sociais e sua afirmação de que toda compreensão começa com as estruturas prévias da compreensão que implicam a historicidade da compreensão.” O próprio Habermas (2009, p. 259) em “A Lógica das Ciências Sociais” assevera: “Gadamer ainda segue o impulso de um Burke, um impulso que ainda não tinha se voltado contra o racionalismo do século XVIII; ele é animado pelo conservadorismo daquela primeira geração, uma geração convencida de que uma verdadeira autoridade não precisa se mostrar como autoritária.”

verificar que se sedimentou ilegitimamente um preconceito dentro da tradição é possível que o intérprete através da autorreflexão rejeite o preconceito e critique a tradição (SCHMIDT, 2013, p. 202).

Em verdade, Habermas é um defensor do Iluminismo, bem como de seu projeto de liberdade e emancipação. Para Habermas, Gadamer com sua hermenêutica filosófica acabou por abolir a ideia de uma razão universal que possibilitaria a crítica e a confrontação de posições opostas em uma relação dialógica (LAWN, 2007, p. 168-169).

Gadamer retruca as críticas de Habermas sobre seu projeto filosófico ao dizer que a fusão de horizontes garante em certa medida uma evolução do entendimento (LAWN, 2007, 169). As considerações de Gadamer (2011, p. 312-313) são as seguintes:

É evidente que a expressão que utilizo, às vezes, dizendo que importa aderir à tradição, favorece mal-entendidos. Não significa uma preferência pelo tradicional, ao qual deveríamos nos submeter cegamente. A expressão “adesão à tradição” significa, antes, que a tradição não se esgota no que sabemos de nossa própria tradição e da qual temos consciência, de tal modo que pudéssemos suspendê-la mediante uma consciência histórica adequada. A mudança do vigente é uma forma de adesão à tradição não menos que a defesa do vigente. A tradição se dá numa constante mudança. A “adesão” a ela impõe-se como formulação de uma experiência, em virtude da qual nossos planos e desejos sempre se adiantam à realidade, como se não tivesse ligação com essa. O que importa, então, é fazer a intermediação entre as antecipações do desejável e as possibilidades do factível, entre o mero desejo e o querer real, isto é, conformar as antecipações no material da realidade. (...) Isso me parece tão evidente que fico assombrado que meus críticos, tanto Gielgel quanto no fundo o próprio Habermas, repitam que, insistindo em minha hermenêutica, pretendo contestar a legitimidade da consciência revolucionária e da vontade de mudança.

Como se vê, a reabilitação da autoridade da tradição não significa como pretende afirmar Habermas que a hermenêutica filosófica seja caracterizada pelo conservadorismo, isto é, pela submissão à tradição.

Em verdade, no debate entre Gadamer e Habermas ocorreu um aprendizado mútuo. Impulsionado por Habermas, acabou Gadamer desenvolvendo mais o

aspecto crítico de sua filosofia hermenêutica. Por sua vez, a partir das objeções de Gadamer, criou-se um ambiente estimulante para Habermas desenvolver sua teoria do agir comunicativo (GRODIN, 1999, p. 219-220).

3.2 O Pensamento Jusfilosófico de Dworkin

Dworkin é, sem dúvida, um dos mais influentes teóricos no Brasil. Seus livros, artigos, palestras, etc, são citados em várias obras produzidas em solo nacional, inclusive, em acórdão do Supremo Tribunal Federal. A maioria dos seus livros já foram traduzidos para o português ou já se encontravam traduzidos para o espanhol e amplamente divulgados no país. Aliás, o reconhecimento de Dworkin não é somente em solo nacional, uma vez que seu pensamento fora difundido em vários países da América Latina, da Ásia (particularmente no Japão), da África e da Europa Continental, sem falar naqueles de tradição anglo-saxônica, as quais seus escritos constituem leitura obrigatória no campo do direito. Suas ideias influenciam o pensamento jurídico na Inglaterra e nos Estados Unidos não só no campo acadêmico, mas também entre juízes, promotores, advogados, em razão de sua dimensão prática. Se não bastasse isso, Dworkin se notabilizou por ser um dos principais intelectuais públicos norte-americanos, sendo seus textos e palestras direcionados, de um lado ao ambiente acadêmico, mas também ao grande público – o autor escreve textos no *The New York Review of Books* – daí seu pensamento jurídico-político se encontrar no centro do debate na Suprema Corte Americana. Na Inglaterra fora professor em Oxford e no University College of London e seu pensamento é presente nos tribunais superiores. Por fim, convém, ainda, ressaltar que na África do Sul a influência de seu pensamento é crescente. (Macedo Júnior, 2013, p. 28-29)⁴².

⁴² Sobre a influência do pensamento de Dworkin, Guest (2010, p. 1) afirma: “Pouco mudou minha opinião de que, pelo menos no que se refere a sua teoria jurídica, ele, mais que qualquer outro jurista no mundo, nos fornece insights originais de como o entendimento do direito em um nível altamente abstrato - teórico – é crucial para a feitura de bons argumentos jurídicos. Minha visão é apoiada consideravelmente pela existência de um número crescente de juízes – não apenas nas jurisdições anglo-americanas – que concordam com as visões de Dworkin sobre o argumento jurídico. Tenho em mente Arthur

Porém, uma advertência é necessária, o simples fato de ser muito lido não significa que Dworkin seja bem compreendido pelos seus leitores de um modo geral. Muito embora Dworkin se esforce no sentido de escrever de forma o mais facilitado possível para juristas, retirando-se seu texto de hermetismos ou tecnicidades filosóficas, ainda assim, é compreendido de forma equívoca, ainda que por especialistas ou por professores de filosofia e teoria do direito. A maioria das vezes é atribuído a Dworkin o rótulo de um paladino da moralidade no direito. Outras vezes o colocam como o criador de um método de interpretação baseado na ponderação ou de viés principiológico. Inserem-no também como um ideário do neoconstitucionalismo ou, ainda, como defensor da tese da existência de uma resposta certa para a interpretação jurídica (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 43).⁴³

Chaskelson, da Suprema Corte da África do Sul; o juiz Stephen Breyers, da Suprema Corte dos Estados Unidos; Lorde Hoffman, antigo Senior Law Lord da Câmara dos Lordes Britânica; o juiz Michael Kirby, da Suprema Corte da Austrália; e muitos outros da Malásia, Itália, Grécia, França, Alemanha, Noruega e Finlândia. Ele também despertou muito interesse na China e na América do Sul.” No mesmo sentido, Pérez (2014, p. 5-6) “En cuatro décadas, Dworkin se ha revelado un escritor muy prolífico, con una producción literaria que ronda las doscientas publicaciones entre conferencias, artículos, y libros. No solo estamos ante una bibliografía abultadísima sino que ésta representa una de las aportaciones más fecundas a la filosofía del derecho. Además de las numerosas reimpresiones de sus obras, de la traducción a numerosas lenguas y de la abultadísima bibliografía secundaria que ha generado, existe un acuerdo generalizado en el sentido de reconocer que, desde que saliese a la luz en 1977 *Taking Rights Seriously*, Dworkin ha protagonizado algunas de las polémicas que han tenido efectos más importantes en el desarrollo de la teoría del derecho de los últimos tiempos.”

⁴³ Na mesma linha, apontando, inclusive as dificuldades da correta leitura de Dworkin, Pérez (2014, p. 06-07) considera: “Pero que Dworkin sea un autor muy popular no significa que sea suficientemente bien conocido. El hecho de que a menudo su pensamiento haya sido objeto de interpretaciones erróneas y malentendidos puede explicarse, en mi opinión, a la luz de ciertos rasgos asociados a su obra. Me gustaría llamar la atención sobre tres de ellos. En primer lugar, estamos ante un escritor muy fecundo. Aunque en el grueso de su producción no faltan libros, Dworkin se ha revelado ante todo un articulista prolífico, que además no desdeña incursiones en ámbitos temáticos que trascienden la esfera estrictamente académica. Más aún, buena parte de los libros por él publicados no obedecen a un diseño sistemático, sino que son más bien colecciones de artículos publicados al hilo de incitaciones muy diferentes. Eso hace que en ocasiones no sea inmediatamente perceptible el nexo sistemático que, sin embargo, presta unidad teórica a contribuciones suyas dispersas. Además, Dworkin construye su teoría recurriendo asiduamente a una terminología y, en general, a um “utillaje” teórico muy original, que dificulta considerablemente la tarea de situar sus ideas dentro de un marco de discusión más convencional. Esto es particularmente visible en la relación que Dworkin establece com las teorías rivales: él elabora su teoría del derecho y su teoría política en gran medida a partir de la crítica de posiciones adversas, pero muy a menudo construye sus propios contrincantes a la medida de sus necesidades argumentales, y eso crea problemas a la hora de identificarlos en el panorama histórico-filosófico. Finalmente, Dworkin tiende a situar la discusión en el nivel más profundo de los supuestos de fondo, allí donde convergen

Uma leitura apressada, por exemplo, leva à compreensão de que Dworkin é o primeiro autor a defender a incorporação de princípios ao direito e à interpretação jurídica, o que não é correto, porque outros estudiosos de renome nacional e internacional, muito antes de Dworkin, já haviam sinalizado nesse sentido. Portanto, a incorporação dos princípios jurídicos ao direito não corresponde à originalidade do pensamento de Dworkin. Ademais disso, a diferenciação entre regras e princípios não é um ponto central e original do seu pensamento, pois diversos pensadores positivistas contribuíram com teorias jurídicas que se encaminharam no papel de reconhecer os princípios no ordenamento jurídico. Não por outra razão, Dworkin deixou de lado a tentativa de explicar sua teoria através da dualidade entre regras e princípios⁴⁴ em textos posteriores ao seu livro “Levando os Direitos a Sério” (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 44-45)⁴⁵.

Outro ponto incompreendido pela maioria dos leitores é a afirmação precipitada de que Dworkin advoga a existência de uma resposta correta para casos jurídicos difíceis (*hard cases*). Diante dessa afirmação, logo, tratam os leitores mais desavisados de refutar sua tese simplesmente com a observação da existência na prática jurídica de divergências quanto à aplicação do direito - a compreensão dessa asserção só é possível se refutada uma concepção fisicalista⁴⁶ da verdade (MACEDO JÚNIOR, 2013, 46-47).

A seguir, analisar-se-á o pensamento de Dworkin⁴⁷, elucidando alguns conceitos-chaves que contribuirão para nossa pesquisa.

cuestiones fundamentales de teoría del derecho, filosofía política y filosofía moral, disolviendo las barreras disciplinares convencionales que sirven de coordenadas para las discusiones.”

⁴⁴ Coelho (2014b) afirma que do artigo “Modelo de Regras I” inserido no livro “Levando Direitos a Sério” decorreu uma série de equívocos quanto ao pensamento de Dworkin no Brasil, inclusive, imputando-lhe a descoberta de um método de como interpretar a exemplo de Robert Alexy. Streck (2013, p. 29-30) identifica, por exemplo, essa aproximação indevida entre os dois pensadores no julgamento pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais da Apelação nº 1.0596.03.0135872/001.

⁴⁵ Dworkin ira sofisticar seu raciocínio em livros posteriores como, por exemplo, no livro que muitos consideram sua obra prima “O Império do Direito”.

⁴⁶ O fisicalismo corresponde a uma concepção absoluta de mundo, sendo a linguagem física a única possível para se fazer ciência (MICHELON, 2004. p. 57; ABBAGNANO, 2012, p. 539-540).

⁴⁷ Claro que não é nosso objetivo analisar os inúmeros escritos e palestras de Dworkin, o que demandaria uma tarefa hercúlea, mas tão somente conceitos e pontos-chaves do seu pensamento que contribuam para nossa pesquisa.

3.2.1 A Interpretação Construtiva: De que forma o Direito se Assemelha à Literatura?

O primeiro capítulo do livro “O Império do Direito” – como já assinalado, considerado por muitos sua obra-prima – é intitulado: O que é Direito? É a partir desse problema que Dworkin irá desenvolver seu projeto filosófico que desembocará em uma discussão sobre a relação de implicação entre ética e moralidade em questões de justiça (FURQUIM, 2010, p.31).

Dworkin (2014, p. 05) ressalta a importância da pergunta:

Uma vez que é importante, como se vê nesses diferentes casos, o modo como os juízes decidem as causas, também é importante saber o que eles pensam que é o direito, e, quando divergem sobre esse assunto, o tipo de divergência que estão tendo também importa. Há algum mistério nisso? Sim, mas precisamos de algumas distinções para saber qual é esse mistério.

Convém destacar que uma crítica dirigida ao pensamento de Dworkin é que não há referência explícita a qual vertente do positivismo jurídico, dentre as várias teorias diferentes, conquanto relacionadas, que pretendem traçar a distinção entre direito e moral. E tampouco haveria uma caracterização correta do positivismo jurídico. Dentro dessa ótica, é obrigação esclarecer qual corrente ele critica e, ainda mais relevante por quê. Contudo, pode-se asseverar com certeza de que o Positivismo ao qual Dworkin reúne seus esforços de crítica é o do tipo harteano. Hart defende a tese de que o direito conceitualmente se distingue da moral, porque ele deriva de fontes⁴⁸. O direito, segundo Hart, é centralmente identificado a partir do reconhecimento do elo entre regras primárias e regras secundárias (GUEST, 2010, p. 120-121)⁴⁹.

⁴⁸ No mesmo sentido, Furquim (2010, p. 32) e Macedo Júnior (2013, p. 160).

⁴⁹ Apesar de a teoria do direito de Hart – particularmente seu livro “O Conceito de Direito” – não se encontre dentro do nosso corte epistemológico, far-se-á menção à sua teoria para melhor esclarecimento da teoria jurídica de Dworkin. Sobre a regra de reconhecimento de Hart, Guest (2010, 120-121) esclarece: “Essas regras são identificadas pela sua ligação com um conjunto de critérios, que ele denomina regra de reconhecimento, cuja identidade se

Uma compreensão do direito a partir de uma simples questão de fato, ou seja, a partir do pressuposto de que o direito é a produção legislativa realizada pelas instituições jurídicas, a exemplo das legislaturas, das câmaras municipais e das decisões dos tribunais realizadas no passado é refutada. Se assim fosse, bastaria uma simples consulta aos arquivos para definir o que é o direito, ou seja, não haveria divergências (DWORKIN, 2014, p. 10). Logo, como já afirmado, vê-se que Dworkin se volta contra uma teoria do direito baseada nas “fontes”. Para a tese das fontes, uma questão legal é normativa tão somente quando ela é oriunda de uma fonte social que incorpora questões morais na lei (FURQUIM, 2010, p.32). Portanto, ataca-se uma diretriz central e distintiva do positivismo jurídico, a saber: a separabilidade entre direito e moral. Dito de outro modo: a tese consistente no reconhecimento de que o conceito de direito é totalmente independente de qualquer vínculo com a moral (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 157-158).

A partir da negativa dessa perspectiva – identificação do direito nas fontes oficiais - Dworkin defende que a verdadeira divergência do direito é teórica, ou seja, o desacordo quanto ao direito aplicado não deriva de uma inquietude quanto à fonte do direito. Dworkin (2014, p. 08) preceitua:

A divergência empírica sobre o direito quase nada tem de misteriosa. As pessoas podem divergir a propósito de quais palavras estão nos códigos da mesma maneira que divergem sobre quaisquer outras questões de fato. Mas a divergência teórica no direito, a divergência quanto aos fundamentos do direito, é mais problemática. Mais adiante, neste capítulo, veremos que advogados e juízes têm, de fato, divergências teóricas. Divergem, por exemplo, sobre o que o direito realmente é, sobre mesmo quando estão de acordo sobre quais leis foram aplicadas, e sobre o que as autoridades públicas disseram e pensaram no passado. De que divergência se trata? Como nós próprios julgaríamos quem tem o melhor argumento.

encontra nos fatos da prática oficial. Portanto, o direito é distinguido da moralidade por ser identificável, finalmente, nos fatos históricos da prática oficial. Embora Hart permita a possibilidade de incorporação do julgamento moral na decisão do que é o direito, isto só ocorre em virtude de ser especificamente assim incorporado por referências às fontes de direito providas de autoridade. Em outras palavras, é a fonte do direito que determina a sua identificação, não o seu conteúdo moral.” Convém, ainda, assinalar que a importância de Hart no pensamento jurídico não se resume à simples tradução do pensamento de Kelsen, Hart promove uma ruptura com a concepção de objetividade fundamentada numa concepção absoluta do mundo (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 60).

Como se vê, para Dworkin o direito deve ser compreendido como um conceito interpretativo⁵⁰ cujo melhor sentido se encontrará na prática argumentativa. Sua preocupação reside na tarefa de colocar o melhor argumento possível para justificar o direito. Existe, por assim dizer, uma distância diminuta entre a concepção de “melhor sentido possível” de algo e a moralidade. Dito de outra forma, Dworkin volta-se para a justificação moral do direito, porque para ele o direito exige uma justificação moral (GUEST, 2010, p. 16-17).

Para evitar equívocos, cabe, desde logo, um esclarecimento, a moralidade que Dworkin fala não é aquela concernente ao indivíduo, isto é, o que o indivíduo isoladamente pensa sobre o direito, mas uma moralidade política. A moralidade defendida por Dworkin se fundamenta no seu princípio fundamental, qual seja, o de que as pessoas devem ser tratadas com igual consideração e respeito⁵¹. No momento em que se constrói um sentido ao direito, é necessário reconhecer que o melhor sentido expressa igual consideração pelas pessoas (GUEST, 2010, p. 17).

⁵⁰ “O direito, para Dworkin, é uma prática interpretativa porque o seu significado enquanto prática social normativa é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem. Ele não é um sistema de regras *tout court*. Ele envolve uma complexa teia de articulações de práticas de autoridade, legitimação e argumentação. As práticas de argumentação, tão típicas do dia-a-dia dos juristas, são exemplos da forma como o conceito de direito é um conceito controvertido e disputado, tal como o conceito de cortesia com respeito a mulheres (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 210)”.

⁵¹ É fato que a teoria jurídica de Dworkin pode ser estudada separadamente da sua teoria política, contudo, cabe a advertência de que a expressão “tratar as pessoas com igual consideração e respeito” envolve uma compreensão de sua complexa teoria política consubstanciada no liberalismo igualitário (GUEST, 2010, p. 26)”. Um aprofundamento de sua teoria política demandaria uma pesquisa própria, mas cabe uma observação: o título de sua obra prima “O Império do Direito” não é em vão, Dworkin entende que estamos no “Império do Direito”, ou seja, direitos são trunfos (COELHO, 2014b). Portanto, Dworkin combate a idéia utilitarista representada na possibilidade de sacrificar direitos de uma minoria em razão simplesmente da vontade da maioria, porque devemos (GUEST, 2010, p. 67; Dworkin, 2011, p. 298). Didaticamente explica Silva (2009, p. 205): “De forma muito resumida, na concepção de Dworkin, uma democracia constitucional tem necessariamente duas dimensões: à da política, na qual os membros de uma comunidade decidem em conjunto questões relativas aos interesses coletivos; e a dimensão dos princípios, relativa à proteção dos direitos individuais dos cidadãos. No fórum dos princípios, cujo *locus* por excelência é o Judiciário – ou, mais precisamente, o tribunal de cúpula do Judiciário ou um tribunal constitucional -, esses direitos servem como trunfos contra decisões de política. Daí a justificação de um controle de constitucionalidade dos atos políticos: garantir os direitos individuais contra a política e contra maiorias circunstanciais. Seria a garantia de direitos que conferiria legitimidade ao controle de constitucionalidade.”

Porém, é necessário cautela, porque dizer que entre duas interpretações rivais – construídas argumentativamente - deve ser acolhida aquela que atenda ao princípio fundamental, não significa abertura para que o intérprete afirme o que quiser na tentativa de tratar as pessoas como iguais – esse é um erro comum (GUEST, 2010, p. 17).⁵² Nesse sentido, é um contrassenso, de certo modo, a fundamentação teórica do neoconstitucionalismo⁵³ se reportar à teoria de Dworkin.

Com isso, ao contrário do que muitos imaginam, Dworkin não comunga de que os juízes possuem discricionariedade para decidir de forma livre e irrestrita. A decisão de um juiz é limitada, ainda que não exista uma resposta definitiva nas práticas jurídicas existentes, o juiz deve refletir substancialmente sobre qual decisão, no que concerne à igualdade, adequa-se melhor ao direito estabelecido.⁵⁴

Na medida em que Dworkin refuta a tese das fontes do Positivismo e, mais importante, repele uma compreensão do direito descritiva e avaliativa – isto é,

⁵² Quando tratarmos da integridade, observar-se-á que ela servirá como um limitador às interpretações possíveis.

⁵³ Sobre o termo “neoconstitucionalismo” Streck (2012, p. 35-36) faz uma observação importante para nossa pesquisa, muito embora não seja o tema central da mesma: “(...) passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse “neoconstitucionalismo” acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo e neopositivismo. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual).”

⁵⁴ No mesmo sentido, Furquim (2010, p. 33): “Dworkin afirma que na teoria hartiana o direito consiste apenas de regras, nunca de princípios. Tal distinção tem relação com o poder discricionário do juiz na decisão de casos difíceis. Para Dworkin, mesmo nesses casos os juízes têm limites para seu poder discricionário, mesmo quando não temos regras e devem utilizar princípios legais.” Por outro lado, em sentido oposto, Hart possuía uma postura diferente, a saber: “Dworkin caracteriza o positivismo jurídico de Hart com base em outras duas postulações básicas, apresentadas em “O Conceito de Direito”. A primeira delas é a tese da obrigação, que afirma que temos uma obrigação de fazer algo quando existe uma regra jurídica que assim determine. (...) Quando, pelo contrário, houver vagueza ou indeterminação, os juízes agem discricionariamente. Essa segunda observação constitui a tese da discricionariedade, que afirma que, ao menos nos casos difíceis, os juízes agem discricionariamente, não seguindo uma regra jurídica, mas sim criando uma nova regra jurídica e, assim, legislando intersticialmente. Neste caso, a sua decisão, por não ter o seu conteúdo determinado por uma regra, não será certa ou errada, do ponto de vista jurídico (Macedo Júnior, 2013, p.161).”

como já afirmado, da existência de uma separação entre o direito e a moral – fica a pergunta: o que Dworkin propõe?

Pois bem, Dworkin irá se utilizar do exemplo da cortesia para argumentativamente esclarecer ao leitor seu pensamento jurídico. Segundo ele existem conceitos que são compreendidos pela descrição do objeto, a exemplo de um livro, porque não precisamos conhecer o conteúdo de um livro para identificá-lo como um livro. Contudo, a mera descrição não é suficiente para a compreensão de outros conceitos como a cortesia, porque esta necessita de um juízo de valor para compreendê-la totalmente.

Para Dworkin, o empreendimento da interpretação das práticas sociais é extremamente complexo e que ocorre em contextos diferentes, sendo possível identificar três tipos de interpretações: a interpretação científica, a conversacional e a interpretação artística. Na interpretação científica, o cientista coleta os dados necessários a sua pesquisa e depois os interpreta. Por sua vez, na interpretação conversacional, o ouvinte interpreta o falante a partir dos sons ou sinais que ele faz. Por fim, na interpretação artística, a crítica literária interpreta a obra de arte com o objetivo de justificar um propósito. No entendimento de Dworkin é a interpretação artística que se assemelha à interpretação de uma prática social (DWORKIN, 2014, p. 60-61)⁵⁵.

A diferença entre a interpretação científica e a conversacional é mais simples de ser notada. A distinção principal é que nenhuma dessas espécies de interpretações exige “a proposição de interesses humanos ou objetivos ou princípios”. Isso é evidente na interpretação científica e acredita-se que seja essa o tipo de interpretação que um positivista considere a correta (GUEST, 2010, p. 37).

Naturalmente, uma maior dificuldade de distinção se observa quanto à dualidade interpretação artística e a conversacional, uma vez que o objeto da interpretação não é claramente dissociado dos propósitos da linguagem. Para compreendermos o que uma pessoa quer dizer, precisamos entender os propósitos humanos inerentes à linguagem. Na interpretação conversacional, busca-se revelar

⁵⁵ Dworkin atribui à interpretação das práticas sociais e à interpretação artística como formas da interpretação criativa (2014, p. 61)

o que realmente o autor quis dizer com suas palavras, o que não ocorre na interpretação artística (GUEST, 2010, p. 37).

Realçando a diferença entre a interpretação conversacional e a criativa, Dworkin (2014, p. 64) defende que:

a interpretação criativa não é conversacional, mas construtiva. A interpretação das obras de arte e das práticas sociais, como demonstrarei, na verdade, preocupa-se essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imaginam que pertençam.

Conforme já estabelecido anteriormente, uma interpretação criativa não significa um apoderamento do texto pelo intérprete de modo que o interprete da forma que lhe aprouver, porque a interpretação criativa é construída dentro dos condicionamentos da história e da crítica contra a própria história (DWORKIN, 2014, p. 75). Para Dworkin, a interpretação construtiva se desenvolve em três etapas diferentes: a pré-interpretativa, a interpretativa e a pós-interpretativa.

Com o objetivo de compreender essas etapas imaginem que em determinada sociedade seja uma prática social corriqueira que exige que os homens se curvem diante das mulheres – uma cortesia. Nessa sociedade hipotética, a prática do ato de curvar-se perante as mulheres é aceita sem se buscar um sentido para a prática, sendo aceita como uma regra social. Quando se identifica uma regra social sem análise do seu sentido, Dworkin assevera que se está diante de uma compreensão pré-interpretativa da regra social consubstanciada no ato de os homens curvarem-se perante as mulheres (GUEST, 2010, p. 34)⁵⁶.

⁵⁶ Primeiro deve haver uma etapa “pré-interpretativa” na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. (...) Coloco “pré-interpretativo” entre aspas, porque, mesmo nessa etapa, algum tipo de interpretação se faz necessário. As regras sociais não têm rótulos que as identifiquem (DWORKIN, 2014, p. 81)

Após essa análise, passa-se para a fase interpretativa, nela se iniciará um questionamento sobre o sentido da regra social de cortesia. As pessoas começarão a se perguntar por que devem obediência à regra⁵⁷, sendo que se iniciará uma discussão entre os participantes sobre o acerto ou desacerto e sobre sua aplicação a casos concretos do cotidiano. Assim, essa etapa interpretativa é caracterizada por duas partes, na primeira tem-se o questionamento sobre o sentido da prática social da cortesia consubstanciada no ato de curvar-se perante as mulheres e, em um segundo momento, o entendimento de sua extensão a casos específicos (GUEST, 2010, p. 34).

Por fim, na etapa pós-interpretativa – reformadora – o intérprete ajustará o seu entendimento daquilo que referida prática requer das pessoas. Por exemplo, poderá se imaginar que além de curvar-se perante as mulheres como sinônimo de respeito, as pessoas deveriam, também, curvar-se perante soldados que regressaram da guerra.

Como se vê, cada fase da interpretação construtiva leva a uma percepção diferenciada do conceito da prática de cortesia, contudo, isso não nos conduz a uma afirmação de que inexistente uma resposta certa. Dworkin combate o ceticismo⁵⁸, seja ele exterior ou interior. No ceticismo interior, “ninguém pode estar realmente certo sobre uma questão de direito, uma vez que não existem padrões objetivos de imparcialidade e justiça (MEYER, 2008, p. 325).” Por seu turno, para o ceticismo exterior, também chamado de arquimediano, considera-se “que as proposições não podem ser verdadeiras, porque não há nada aí no mundo – um ponto de alavancagem – em virtude de que essas proposições podem ser mostradas verdadeiras (GUEST, 2010, p. 154)”. No ceticismo externo, o intérprete se vê como um observador equidistante da prática.

⁵⁷ “A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática (DWORKIN, 2014, p. 81)”

⁵⁸ “Com esse termo, que significa busca, entende-se a tese de que é impossível decidir sobre a verdade ou a falsidade de uma proposição qualquer. Ceticismo não tem nada a ver com relativismo ou com as doutrinas segundo as quais tudo é verdadeiro ou tudo é falso, uma vez que estas pretendem fornecer um critério de decisão que Ceticismo nega existir (ABBAGNANO, 2012, p. 151)

Diferentemente do que uma leitura apressada de Dworkin pode sugerir, ele não pensa que existe uma única resposta certa, porém não admite que não exista nenhuma resposta certa (GUEST, 2010, p. 159).⁵⁹ A resposta correta é aquela que melhor justifica a prática social de determinada comunidade. Desse modo, a ideia de resposta correta em Dworkin deve ser compreendida da seguinte forma:

eu, Dworkin, gostaria de criticar decisões judiciais de maneira séria e consistente; criticar significa avaliar a correção ou incorreção; ainda que não seja possível identificar, de uma vez por todas, qual a decisão correta, criticar implica a pretensão de correção; portanto, a resposta correta é o pressuposto da possibilidade de crítica da argumentação jurídica (RODRIGUEZ, 2011, p. 76)

Dentro dessa perspectiva, a metáfora do juiz Hércules não significa a exigência de que o juiz real possua todos os atributos dele, mas consiste na exigência de que o intérprete do direito, especialmente o juiz real, aja como Hércules⁶⁰, isto é, procure ser o melhor crítico para justificar a prática interpretativa (RODRIGUEZ, 2011, p. 77).

3.2.2 O Direito como Integridade

⁵⁹ “Está claro que Dworkin não é um subjetivista total, inserindo seus próprios valores em vidas alheias. Isso é uma visão rasa, mas muito popular, de qualquer pessoa que expresse seus pontos de vista com veemência. Está claro, também, que ele está longe de postular que há uma resposta correta para todas as questões morais, enterrada em algum lugar à espera de que encontremos (GUEST, 2010, p. 161)

⁶⁰ Guest (2010, p. 51) faz a defesa da metáfora do juiz Hércules: “Hércules é um juiz ideal, de forma que, não faz sentido supor que ele realmente exista. Esse ponto é muito banal, mas é surpreendente o quão comum é a crítica a Dworkin por essa via. (De qualquer modo, as coisas podem existir em mundos ideais e não devemos supor que a única forma de existência é no mundo real, se de fato a coisa existir). A idéia de um economista do mercado perfeito é, de maneira semelhante, um ideal. Nós julgamos as imperfeições do mercado no mundo real por referência ao ideal sem sentirmos que há necessidade de dizer que há mercados perfeitos no mundo real. Então por que deveríamos ficar incomodados com o fato de uma pessoa tal como Hércules não existir?”

Dworkin elaborará sua concepção do direito como integridade em contraposição a duas concepções de direito: o convencionalismo e o pragmatismo.

O convencionalismo é a versão interpretativa do positivismo. Nesse sentido, ele advoga a tese de que para compreender as práticas jurídicas é imprescindível aderir às convenções jurídicas, sendo que para Dworkin sua justificação se baseia na possibilidade de que as pessoas conheçam o direito previamente, ou seja, de forma clara (GUEST, 2010, p. 192)⁶¹. Contudo, o problema do convencionalismo é que, muito embora ele sustente a necessidade de que o direito seja claro, ao menos casos difíceis, o juiz é autorizado a criar o direito, uma vez que inexiste uma convenção sobre o caso proposto (discrecionabilidade judicial)⁶². Além do mais, o convencionalismo, na concepção de Dworkin, erra ao não se preocupar com a questão da legitimação do direito.

Por outro lado, Dworkin, apesar de entender que o pragmatismo⁶³ consegue dar melhores respostas à compreensão do que é direito, também não merece ser acolhido. Isso porque o pragmatismo nega as convenções do passado, ou seja, não aceita convenções motivo pelo qual o juiz que adere ao pragmatismo possui a máxima flexibilidade possível no tocante à compreensão do que seja a melhor decisão – é uma concepção cética do direito. O juiz que aceita o pragmatismo não

⁶¹ A importância desse debate é reverenciada por Habermas (2003, p. 247) quando diz que o problema da segurança e da legitimidade no direito é uma problema central da teoria do direito que, após a superação das teses do direito natural consubstanciadas na subordinação do direito a padrões supranormativos, é estudada em três vertentes: a hermenêutica jurídica, o realismo e o positivismo jurídico.

⁶² Segundo o próprio DWORKIN (2014, p. 159): “Um juiz consciente de seu convencionalismo estrito perderia o interesse pela legislação e pelo precedente exatamente quando ficasse claro que a extensão explícita dessas supostas convenções chegasse ao fim. Ele então entenderia que não existe direito, e deixaria de preocupar-se com a coerência com o passado; passaria a elaborar um novo direito, indagando qual lei estabeleceria a legislatura em vigor, qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade no futuro). Macedo Júnior (2013, p. 161), mais uma vez, enfatizando que as críticas de Dworkin são direcionadas ao positivismo de Hart explica: “(...) juízes têm a obrigação de aplicar uma regra sempre que dela possa extrair de forma clara uma obrigação. Quando, pelo contrário, houver vagueza ou indeterminação, os juízes deverão agir discricionariamente. Essa segunda observação constitui a tese da discrecionabilidade, que afirma que, ao menos nos casos difíceis, os juízes agem discricionariamente, não seguindo uma regra jurídica, mas sim criando uma nova regra jurídica e, assim, legislando intersticialmente. Neste caso, a sua decisão, por não ter o conteúdo determinado por uma regra, não será certa ou errada, do ponto de vista jurídico.”

⁶³ É uma versão do Realismo Jurídico que enfatiza as práticas judiciais e o modo como os juízes decidem os casos concretos. Um dos seus maiores representantes é Richard Posner (RAMOS, 2013, P. 306)

decide conforme uma coerência principiológica e, portanto, sua discricionariedade decisória é irrestrita. Se é assim, pode-se dizer que o pragmatismo é o lado oposto do convencionalismo (GUEST, 2010, p. 199).

Feitos esses breves comentários sobre as duas correntes às quais Dworkin se opõe, cabe-nos trazer as principais características da proposta de Dworkin de compreensão do direito como integridade.

O conceito de direito como integridade de Dworkin é associado ao conceito de comunidade, isto é, para a compreensão do direito como integridade é necessário compreender o que ele entende por integridade, bem como sua definição de comunidade personificada.

Para Dworkin, existe um compromisso político das pessoas com um governo e uma Constituição – estrutura política – diferentemente do que ocorre em estados de natureza na qual não há nenhum compromisso. Mas, independentemente disso, existem alguns ideais que são compartilhados pelos dois modelos: equidade, justiça e o devido processo legal adjetivo. Contudo, Dworkin entende que existe outro conceito que merece atenção, qual seja, o conceito de integridade política, “ou seja, a ideia de que o Estado tenha uma só voz e aja de forma coerente com seus cidadãos baseado em princípios, ou, de forma mais simplista, de que devemos tratar os casos semelhantes da mesma maneira (FURQUIM, 2010, p. 53).” A integridade é um conceito que está acima dos demais ideais, isto é, ele se diferencia da equidade e da justiça. “O ideal da integridade deve ser respeitado, ainda que haja dissonância quanto ao conceito de justo” (FURQUIM, 2010, p. 53).

A integridade, para Dworkin, impõe-se ao Legislador e ao Juiz. Em relação ao legislador, impõe-se na medida em que exige dele uma obediência aos princípios jurídicos da comunidade de forma coerente. E, por outro lado, a integridade se coloca diante do juiz⁶⁴, porque impede o juiz de decidir sem qualquer preocupação com a totalidade do direito, isto é, exigem também do magistrado coerência principiológica no ato de julgar. Portanto, o direito como integridade responde a questões que o convencionalismo e o pragmatismo foram incapazes de responder.

⁶⁴ A atenção maior de Dworkin é com a integridade no direito.

Com efeito, por trás do conceito de integridade de Dworkin existe uma nítida preocupação com a legitimidade do direito. Segundo Dworkin (2014, p.232):

Um Estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendem impor-lhes deveres. (...) Mostrarei que um Estado que aceita a integridade como ideal político tem um argumento melhor em favor da legitimidade que um Estado que não a aceite. (...) Oferece-nos, em particular, um forte argumento em favor de uma concepção do direito que considere a integridade fundamental, porque qualquer concepção deve explicar por que motivo o direito é a autoridade capaz de legitimar a coerção.

É claro que existem alternativas para a justificação do direito, a exemplo do contrato social. Mas Dworkin entende que essa justificação é insuficiente. Desse modo, a concepção de comunidade em Dworkin merece nossa atenção, porque, como por meio da interpretação ele vincula o argumento moral ao jurídico, a ideia de comunidade o interessa especialmente. Nesse sentido, Dworkin imagina três tipos de comunidade:

A primeira é uma comunidade de fato ou circunstancial, ou seja, o elo entre as pessoas é territorial, geográfico. Portanto, não é uma comunidade verdadeira, porque não existe um laço comunitário entre as pessoas – Dworkin (2014, p. 252-253). A união das pessoas é meramente circunstancial e caracterizada pelo egoísmo, porque se unem em prol de objetivos próprios sem qualquer interesse recíproco.

Por sua vez, o segundo modelo é o de regras. Nele, as pessoas aceitam a regras que a priori foram acordadas previamente pelos comunitários – um contrato. Esse é o modelo abraçado pelo convencionalismo. Significa dizer que não existem direitos além do contratado, ou seja, do convencionado. Volta-se à questão do egoísmo na medida em que ele pode emergir no momento no qual as regras se exaurem.

No modelo de princípio, as pessoas reconhecem que estão ligadas umas as outras por princípios⁶⁵ comuns e não apenas por regras, portanto, existem direitos

⁶⁵ Uma compreensão equivocada sobre a teoria jurídica de Dworkin é resumi-la à diferença entre regras e princípios, principalmente, quando se observa que a doutrina nacional coloca

anteriores às regras⁶⁶ – direitos que não estão catalogados. Dworkin (2014, p. 254-255) afirma que a comunidade baseada no modelo de princípios:

É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível. Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.

Para Dworkin, o sucesso de uma interpretação construtiva reconhece a integridade como um ideal político diferenciado que, por vezes, solicita um compromisso com outros ideais, sendo que uma comunidade que aceita o modelo de princípios observa na integridade uma melhor justificação política que os demais modelos (DWORKIN, 2014, p. 259-260).

como princípios os já positivados e, de outro lado, Dworkin trabalha com a ideia de que existem princípios (direitos) não positivados que regem a comunidade. Afora isso, a doutrina nacional não enfatiza a diferença entre princípios (direitos) e “políticas” que são metas a serem alcançadas – essa diferença é um pouco esquecida. Pedron (2011, p. 182) lembra que uma confusão teórica que se faz é “equiparar” a teoria de Dworkin ao pensamento de Robert Alexy, porque para Dworkin a diferença entre regras e princípios não é morfológica. Em segundo lugar Dworkin não associa regras a um raciocínio subsuntivo e os princípios a uma ponderação. Por fim, Dworkin não realiza uma equiparação funcional entre princípios e valores. No mesmo sentido, Ricoeur (2008a, p. 161), também, reconhece a distinção entre as teorias de Dworkin e Robert Alexy, uma vez que Dworkin tem uma concepção do direito indissociável de uma “teoria política substantiva”, afastando-o de uma teoria formal da argumentação jurídica proposta por Alexy. “A estratégia empregada por especialistas da argumentação jurídica, tais como Alexy e Atienza, é muito diferente”.

⁶⁶ Muito se especula se Dworkin seria um positivista ou um jusnaturalista, mas a conclusão é que sua teoria do direito como integridade não se enquadra em nenhuma dessas duas correntes do pensamento jurídico. E, justamente, pela importância de sua teoria é que o debate contemporâneo sobre o direito exige a leitura de Dworkin. Sobre Dworkin, Guest (2010, p. 14) relata: “Todo ano um aluno me diz: ‘Achei interessante a sua aula sobre Dworkin, mas diga-me, por favor, em resumo, ele é um positivista ou um jusnaturalista?’”. Por um longo tempo, em nível acadêmico superior, a interpretação de Dworkin foi marcada pelo pressuposto de que ele deve ser um ou outro, um pressuposto, que devia ter se tornado desnecessário com a publicação de *Law’s Empire*, em 1986.” No mesmo sentido de Guest, Perez (2014, p. 21) afirma: “A mi juicio, el pensamiento de Dworkin no puede catalogar-se de o yusnaturalista ou positivista, sino que se sitúa más allá de este modo de organizar las discusiones em teoria del derecho. Que la posición del autor no responde claramente a ninguna postura ortodoxa es algo que se manifiesta claramente cuando examinamos el tratamiento que ofrece del viejo problema de las relaciones entre derecho y moral.”

Contudo, uma observação é necessária, Dworkin pergunta se a integridade significa tão somente coerência, isto é, decidir casos assemelhados do mesmo modo. Sua conclusão é que coerência não significa submissão ao passado, ou seja, às decisões anteriores. Dentro do ideal de integridade da comunidade é possível revisar decisões antecedentes em prol dos princípios estruturantes do sistema como um todo (Dworkin, 2014, p. 264)⁶⁷.

Logo, observa-se que atrelada à ideia do direito como integridade em uma comunidade de princípios está associada à disposição do juiz - a metáfora do juiz Hércules – de agir coerentemente com os princípios da comunidade principiológica, porém, quando necessário, deve exercer seu papel crítico quanto à tradição, o que não significa se desgarrar da coerência narrativa. Essa exigência da coerência normativa crítica está clara no exemplo de Dworkin do romance em cadeia, quando “o juiz deve interpretar o direito, imaginando que é um romance escrito por vários autores, à medida que a história se desenrola mais limitada vai ficando a sua liberdade. Mas, mesmo assim, o juiz poderá dá sua contribuição (FURQUIM, 2010, p. 63).

Dentro dessa perspectiva, ao abraçar a integridade, Dworkin (2014, p.274) refuta o convencionalismo e o pragmatismo:

O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que lei é lei, bem como o cinismo do novo realismo. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessas prática, a coerência de princípios que a integridade requer.

⁶⁷ Em outro trecho, Dworkin (2014, p. 273) reforça sua tese: “A história é importante no direito como integridade: muito, mas apenas em certo sentido. A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas da história do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar.

Portanto, deve-se observar que a interpretação construtiva, a comunidade de princípios e a integridade no direito são conceitos que se entrelaçam dentro da teoria jurídica de Dworkin, sendo que há dentro do contexto de sua teoria jurídica uma nítida atenção para a discricionariedade judicial – o ideal da integridade é um anteparo à discricionariedade judicial defendida pelo positivismo em menor grau e pelo pragmatismo jurídico (realismo) em maior grau.

3.3 Zonas de Confluência da Filosofia Hermenêutica de Gadamer e da Teoria Jurídica de Dworkin

Se Gadamer influenciou decisivamente Dworkin é necessária uma pesquisa mais aprofundada, mas o certo é que existem pontos de convergência entre a hermenêutica filosófica de Gadamer e a teoria do direito de Dworkin (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 281) assevera:

Essa tradição hermenêutica⁶⁸, ainda hoje, mais forte na Europa Continental do que no ambiente intelectual anglo-saxão⁶⁹, também marcará profundamente os destinos da teoria do direito do século XX. Não foi objetivo deste livro mostrar como isso se deu, mas antes mostrar como alguns de seus efeitos também são perceptíveis no pensamento de Dworkin – em particular, com base nos trabalhos de Hans-Gadamer e Paul Ricoeur⁷⁰. Esse efeito talvez não tenha se expressado em termos de influência (afirmá-lo dependeria de outra investigação), mas sim como respeito ao reconhecimento das afinidades entre o pensamento desses autores, em particular com relação à idéia de interpretação e à concepção interpretativista do direito. É, inclusive, a tratar desses conceitos que Dworkin indica mais claramente suas referências diretas a esses autores.

Coelho (2014a, p. 34), em um caminho idêntico à compreensão de Macedo Júnior, adverte que é possível visualizar em Dworkin a influência de Gadamer, ao

⁶⁸ O autor se refere à hermenêutica filosófica.

⁶⁹ No ambiente anglo-saxão, prevalece a filosofia analítica (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 280).

⁷⁰ Em alguns textos, Ricoeur dialoga com a teoria jurídica interpretativa de Dworkin como, por exemplo, no texto “Interpretação e/ou Argumentação reunidos na coletânea “O Justo 1” (2008a, p. 153-173)

menos em um sentido epistêmico, ou seja, no sentido de que existem afinidades entre o pensamento de Dworkin e de Gadamer.

Revelada a existência dessa polêmica – o grau de influência que Gadamer exerce no pensamento de Dworkin – o importante para este trabalho é verificar que Gadamer e Dworkin defendem uma postura interpretativa que ao mesmo tempo em que reconhece os condicionamentos da história (tradição e integridade) luta contra ela – uma hermenêutica crítica.

Com efeito, discorda-se da leitura que Pedron (2011, p. 159) faz sobre a hermenêutica filosófica de Gadamer, bem como de sua conclusão sobre o pensamento de Dworkin no tocante à obra filosófica de Gadamer: Conforme Pedron (2011, p. 159):

Igual conclusão⁷¹ é levanta por Dworkin (1999), que assume positivamente as influências da hermenêutica gadameriana, mas que não olvida a importância de manter o viés crítico assinalado por Habermas. Por isso mesmo, a presente pesquisa reconhece méritos da proposta desenvolvida por Gadamer, mas igualmente, não pode se fazer de cega para as críticas habermasianas.

Pois bem, o erro dessa leitura – negação do aspecto crítico ao pensamento de Gadamer – é afirmar que Dworkin conclui que as críticas dirigidas de Habermas estão corretas. Com efeito, essa interpretação é equivocada e, ao que parece, baseia-se tão somente na visão do próprio Habermas sobre a teoria jurídica de Dworkin. Habermas (2003, p. 260-261) dedica a parte final de sua obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade volume I” ao estudo da teoria jurídica de Dworkin, sendo relevante para nossa compreensão o seguinte trecho:

O modelo de Dworkin tem precisamente esse sentido: trata-se de um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração. Fazendo uma referência à minha crítica a Gadamer, Dworkin caracteriza seu procedimento como hermenêutico-crítico como uma “interpretação construtiva” que explicita a racionalidade do processo de compreensão através da referência a um paradigma ou a um fim.

⁷¹ Submissão da hermenêutica filosófica de Gadamer à tradição sem criticá-la.

A referência indicada por Habermas – nota de rodapé – na qual Dworkin menciona Gadamer e o próprio Habermas é a nº 02, capítulo II (Conceitos de Interpretação) da obra “o Império do Direito” em que Dworkin (2014, p.63) relata:

(...) Os mestres contemporâneos que deram continuidade ao debate, como Gadamer e Habermas, tomam direções diferentes, Gadamer acha que a solução de Dilthey pressupõe o aparato hegeliano que Dilthey ansiava por exorcizar (...). Acredita que a consciência histórica arquimediana que Dilthey imaginou possível, livre daquilo que Gadamer chama, no sentido especial que dá ao termo, de preconceitos, é impossível, que o máximo que podemos esperara alcançar é uma “consciência histórica efetiva” que pretende ver a história não a partir de nenhum ponto de vista específico, mas sim compreender como nosso ponto de vista é influenciado pelo mundo que desejamos interpretar. Habermas, por sua vez, critica Gadamer por sua visão demasiado passiva de que a direção da comunicação é de mão única, que o intérprete deve esforçar-se por aprender e aplicar aquilo que interpreta com base no pressuposto de que está subordinado a seu autor. Habermas faz a observação crucial (que aponta mais para a interpretação construtiva do que para a conversacional) de que a interpretação pressupõe que o autor poderia aprender como intérprete (...). O interminável debate prossegue, dominado especialmente pelo pressuposto que descrevo no texto: de que a única alternativa ao entendimento causa-e-efeito dos fatos sociais é o entendimento conversacional com base no modelo do *verstehen*.

Na passagem, não se visualiza um endossamento por Dworkin da crítica de Habermas consistente na falta de abordagem crítica de Gadamer contra a tradição, mas tão somente uma exposição do embate entre os dois pensadores. Aliás, ao contrário do que Habermas e Pedron concluem, Dworkin não acata a crítica de Habermas. É o que se extrai do seguinte trecho de “O Império do Direito” (2014, p. 75):

Não nego o que é óbvio, isto é, que os interpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa à qual não podem escapar totalmente. A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, nem isso está sugerido na ideia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado a melhor imagem possível. Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas.

Com efeito, se Gadamer, como afirma Dworkin, “reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas” está claro que Dworkin não aceita as críticas de Habermas dirigidas a Gadamer. No mesmo sentido defendido aqui Costa (2008, p. 408) acentua que em Dworkin a questão da legitimidade da interpretação é mensurada em termos de coerência narrativa cujo objetivo é fazer uma ponte entre a expectativa de segurança, uma vez que as decisões do presente devem ser compreendidas a partir das decisões passadas, e uma abertura para o futuro, haja vista que as decisões do passado são analisadas a partir dos valores do presente. Desse modo, observa-se em Dworkin uma idêntica moldura como aquela proposta por Gadamer na medida em que o sentido de um texto é dado a partir de uma perspectiva interna de um sujeito imerso na história, isto é, na tradição, porém, não preso definitivamente ao passado – a luta entre o passado e o presente aponta para a construção do futuro.

Diante do exposto, verifica-se que os conceitos de Gadamer e Dworkin abraçam os condicionamentos da história, porém, não se submetem a ela definitivamente. Dessa forma, os binômios tradição/fusão de horizontes e integridade/interpretação construtiva são congêneres, o que demonstra uma afinidade, ainda que epistêmica, entre a filosofia hermenêutica de Gadamer e a teoria jurídica de Dworkin.

Por fim, como se argumentará adiante, uma compreensão da mutação constitucional a partir do reconhecimento da historicidade da interpretação é uma teoria legitimadora da mutação constitucional que supera a teoria do poder constituinte dito difuso ou permanente, a fim de preservar a própria coerência narrativa da teoria do poder constituinte.

3.4 Objetividade e Verdade em Gadamer e Dworkin

Gadamer e Dworkin são tachados de relativistas pelos seus críticos. Em verdade, essa não é uma proposição correta. Aliás, rotulá-los de relativistas é

desconhecer o modo como os dois teóricos enfrentam o problema da objetividade no campo do conhecimento.

Para Gadamer, é possível uma objetividade, mas não em um sentido ahistórico e absoluto como pregado pela filosofia analítica⁷², porque para essa corrente filosófica qualquer coisa que muda com a passagem do tempo histórico significa essencialmente uma negativa da verdade. Nessa perspectiva – da filosofia analítica – a verdade é infinita e imutável (LAWN, 2007, p. 89).

Com efeito, o próprio Gadamer (2012b, p. 517-518), em uma entrevista que concedeu a Grodin, encarrega-se de rechaçar essa crítica nos seguintes termos:

A ciência, que é poder e que reivindica possuir alguma coisa, não passa de uma forma de saber. Mas há ainda outra forma de saber, e é essa que eu gostaria de defender: encontrar a palavra certa para a ocasião certa, exatamente essa precisão. Era esse o antigo e venerado conceito de retórica. Esse mal-entendido, portanto, é de fato uma confusão. Parece-me ser uma afirmação natural e evidente quando afirmo que em todo lugar onde nasce a cegueira através de um procedimento de medida e pela lógica, a real cegueira não reside nesse saber, mas em considerar esse saber como sendo a totalidade. É isso que eu defenderia. Minha experiência fundamental foi a mesma também na ciência da arte e, em geral, nas ciências do espírito. O que me atraía nessas coisas não era precisamente o que se pode alcançar através da metodologia. É, antes, novamente, essa presença simbólica. Como quando nos reconhecemos na história.

Como se vê, Gadamer combate é a objetividade racionalista que pretende um conhecimento totalizante e apreendido única e exclusivamente através de um método, como se não fosse possível elaborar conhecimento fora do que se denominou método das ciências exatas. Portanto, não se trata de afirmar que qualquer asserção é verdadeira – relativismo absoluto – mas, isto sim, de refutar a pretensão consubstanciada na apreensão do conhecimento de forma ahistórica e

⁷² Sobre a aproximação teórica entre a filosofia analítica e a filosofia continental, Costa (2008, p 135-136) relata: “Essa postura anticientífica e historicista é tipicamente qualificada como a *filosofia continental*, em oposição à *filosofia analítica* de matriz tipicamente anglo-saxã. Porém, por mais que essa divisão persista até os dias de hoje, sendo caracterizáveis diferenças fundamentais na formação típica dos filósofos e dos estilos de discurso envolvidos no labor filosófico, as linhas de força que inspiram esses grandes modelos passaram a se encontrar com bastante frequência, especialmente no período que se seguiu ao fim da Segunda Guerra Mundial.”

totalizante como pretende Descartes. A tradição, lembre-se, é o balizamento para impedir o subjetivismo, porque não se parte do zero, ela – a tradição – tem algo a dizer.

O discurso científico propõe uma análise do mundo a partir de um ponto externo a partir do qual se ordena o mundo mediante relações de causalidade, explicitando uma ordem objetiva dos fatos do mundo. Por seu turno, a Hermenêutica rechaça a possibilidade da elaboração de um saber a partir de uma externalidade e de uma objetividade, ao menos em um sentido ahistórico (COSTA, 2008.p 16).

Para o discurso científico a verdade ultrapassa todos os contextos, ou seja, é ahistórica. É, portanto, um discurso, como já dito construído a partir de um olhar externo. De outro lado, para a hermenêutica, a partir de um discurso interno, a verdade é mensurada dentro de um contexto historicamente determinado e linguisticamente definido, o que, certamente, impede uma compreensão da verdade como uma objetividade incondicional, mas como uma objetividade relativa a uma determinada tradição cultural (COSTA, 2008.p 17).

No mesmo sentido, Dworkin também não é um relativista e não apregoa um subjetivismo. Dworkin (2001, p. 257) consciente das objeções de seus críticos ao texto “De que Maneira o Direito se Assemelha à Literatura” traça alguns comentários sobre as críticas dirigidas, porém, como ele próprio afirma, essa discussão sobre verdade e objetividade não lhe parece fundamental.

A principal crítica colocada é quanto à impossibilidade de se verificar se a descrição de interpretação de Dworkin pode ser boa ou má, verdadeira ou falsa, ou seja, para os críticos não existe qualquer objetividade em sua teoria (DWORKIN, 2001, p. 253). Apesar das críticas, a objetividade para Dworkin no campo da moral, da arte e do direito deve ser pensada como a busca incansável da melhor resposta (GUEST, 2010, p. 17)⁷³. Essa é a compreensão possível dentro desses campos do

⁷³ As palavras de Dworkin (2001, p. 258): “Na verdade, penso que toda questão da objetividade, que domina tanto a teoria contemporânea nessas áreas, é um tipo de embuste. Deveríamos ater-nos a nosso modo de ser. Deveríamos responder por nossas próprias convicções, da melhor maneira possível, prontos a abandonar às que não sobreviverem à inspeção reflexiva. Deveríamos apresentar nossos argumentos aos que não compartilham nossas opiniões e, de boa-fé, parar de argumentar quando não houvesse mais argumento adequado.” E continua (2001, p. 263): (...) a questão do que independência e realidade constituem, para qualquer prática, é uma questão dentro dessa prática, de modo que a

conhecimento, daí para Dworkin a questão da verdade e da objetividade como colocada pelos seus críticos possui um interesse secundário, como já afirmado anteriormente.

Na verdade, tanto Dworkin como Gadamer superam e refutam o conceito de ciência na acepção de um conhecimento absoluto e ahistórico⁷⁴. Não por outra razão, Dworkin (2014, p. 64-65) compreende que mesmo na interpretação científica existe uma um grau de teoria construtiva (interpretação construtiva) na medida em que os dados coletados são avaliados e contestados até que prevaleça a melhor interpretação.⁷⁵

Portanto, a preocupação com a formulação de um conhecimento absoluto (o interesse pela única resposta certa) – seria melhor dizer a angústia - em se estabelecer uma interpretação universal e a-histórica remonta ao fato de que o direito, muito embora inserido no campo das ciências do espírito, labora com a necessidade de uma resposta para a resolução de conflitos. Mas essa angústia não deve servir como um desestímulo à teoria, ao contrário, ela deve servir como estímulo ao aprimoramento diário de forma dialógica do direito, como reza Gadamer e Dwokin.

3.5 A COMPREENSÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E DA DECISÃO DO STF NA RCL 4335/AC A PARTIR DA FILOSOFIA HERMENÊUTICA DE GADAMER E DA TEORIA JUSFILOSÓFICA DE DWORKIN: É PRECISO OUVIR O TEXTO.

questão de se os julgamentos morais podem ser objetivos é por si só, moral, e a questão de se existe objetividade na interpretação é, por si só, interpretativa,”

⁷⁴ Abbagnano (2003, p. 157-161) se reporta a concepções de ciência no decurso da história. Uma delas – a concepção tradicional - é representada por Descartes e significa a possibilidade de um conhecimento baseado na “garantia absoluta de verdade, sendo, portanto, como conhecimento o grau máximo de verdade”. De outro lado, uma concepção de vanguarda que vê como garantia de validade da ciência a sua autocorrigibilidade, ou seja, não há uma garantia absoluta de verdade.

⁷⁵ Dworkin (2014, p. 65) em nota de rodapé faz uma alusão a Thomas Kunh. Certamente, a referência se dá em razão de Kunh (2011) compreender a possibilidade de superação dos paradigmas científicos dominantes em determinado período histórico, o que demonstra uma superação ou, ao menos, crítica do conceito tradicional de ciência .

Como se viu no capítulo inicial (capítulo 2), a teoria de um poder constituinte difuso ou permanente é contraditória com a própria noção de poder constituinte e da soberania popular. Nesse sentido, a filosofia hermenêutica de Gadamer e a Filosofia Jurídica de Dworkin ao abraçarem a historicidade da compreensão se somam para possibilitar uma melhor justificativa da mutação constitucional. Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 353-354) comentando historicidade da interpretação advertem:

Sem embargo, se é certo que o texto constitucional não pode ser ignorado ou revogado por mutações, não é menos certo que a sua leitura deve abarcar mudanças substanciais ocorridas na sociedade, a serem recepcionadas pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário por meio da interpretação. (...) Isto é não só desejável, mas também inevitável. É desejável por permitir que a Constituição se atualize historicamente. É inevitável porque a definição do escopo das normas constitucionais em muitos casos não deflui de maneira imediata de seus dispositivos, já que estes possuem uma textura aberta.

A fusão de horizontes (Gadamer) e a interpretação construtiva (Dworkin) possibilitam a superação da teoria do poder constituinte difuso ou permanente por uma compreensão melhor, de forma que é possível pensar na evolução histórica da interpretação constitucional e, portanto, do processo mutacional, sem reivindicar a existência de um poder constituinte difuso e permanente.

Com efeito, a fusão de horizontes e a interpretação construtiva possibilitam o exercício da reflexão crítica e, por consequência, a superação da compreensão da norma constitucional por um novo modo de compreender, contudo, imprescindível dizer que isso não conduz a um relativismo absoluto, isto é, não é possível dizer que qualquer coisa é mutação constitucional, bem como não é permitido afirmar que ocorreu uma suposta eficácia expansiva das decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade sem a intervenção do Senado Federal.

O próprio Hesse, expressamente com base em Gadamer, defendeu que é necessário respeitar os limites do texto constitucional. Às vezes, não é possível superar o texto sem ofender a própria integridade da constituição, o que exige uma alteração formal do texto constitucional.

Ora, embora por fundamentos diversos, os votos dos Ministros Gilmar Mendes (mutação constitucional), Eros Grau (mutação constitucional) e Teori Zavascki (eficácia expansiva das decisões do STF), sem dúvida, mitigaram, na prática, por meio de uma decisão judicial⁷⁶, o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.⁷⁷ Em resumo, parafraseando o Ministro Sepúlveda Pertence, pode-se dizer que ocorreu um decréscimo da participação do Senado Federal no sistema de controle difuso de constitucionalidade via decreto judicial. Nesse sentido, Oliveira (2014c, p. 03) assevera:

Toda essa discussão está na ordem do dia, levando-se em conta as recentes tendências da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Vale dizer, prevalecendo o entendimento adotado pela maioria dos ministros no julgamento da Reclamação 4.335/AC e da ADI 4.650/DF, não há dúvidas de que a arquitetura da separação dos poderes que oferece contornos de nosso modelo constitucional está sofrendo um processo de reforma. E, é importante frisar, isso não está acontecendo na perspectiva de um planejamento adequado, cuidando para evitar rachaduras em nosso edifício democrático. Pelo contrário, no modo como estamos fazendo, a reforma está seguindo mesmo é a lógica do “puxadinho”. Na Rcl 4335/AC a maioria decretou, embora por diferentes motivos, o enterro da remessa ao Senado (art. 52, inciso X da CF/1988) como um instrumento de verificação política das decisões de inconstitucionalidade exaradas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade. Ressalte-se que, mais além do aspecto pragmático que reveste o problema da generalização dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal nos casos de suspensão da execução da lei, o instituto da remessa ao Senado deve ser encarado, também, como uma possibilidade de controle da atividade do STF pelo Senado.

⁷⁶ A soma dos Votos dos Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau e do Ministro Teori Zavascki – seguido pelos Ministros Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello – formaram a maioria.

⁷⁷ Os motivos são diferentes, mas o resultado é o mesmo. Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 353-354) criticaram os Votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau anteriormente à divulgação do Voto do Ministro Teori Zavascki, mas que são também a ele extensíveis, porque, segundo os doutrinadores citados na proposta da mutação constitucional e da “abstrativização” (eficácia expansiva): “O respeito ao texto constitucional é uma das razões que milita contra a aceitação da tese pendente de julgamento no STF, e sustentada na Corte pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, no sentido de que teria ocorrido uma mutação constitucional relativa ao papel do Senado Federal no controle concreto de constitucionalidade, previsto no art. 52, X, da Carta de 1988. Apesar de o referido preceito constitucional atribuir ao Senado Federal a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF”, os mencionados Ministros sustentam que, em razão da crescente “abstrativização” da nossa jurisdição constitucional, não faria mais sentido envolver o Senado Federal no processo tendente à suspensão da eficácia da lei cuja inconstitucionalidade tenha sido reconhecida pelo STF, em sede de controle incidental.”

Na verdade, o modo como foram desenhados os votos dos Ministros destacados acima remonta fortemente a influência do paradigma da subjetividade, uma vez que o conceito de mutação constitucional, bem como a denominada eficácia expansiva das decisões do STF perpassam pela total subjetividade assujeitadora do intérprete. De forma didática, Libâneo (2014, p. 01-02) divaga sobre o paradigma da consciência (subjetividade):

O paradigma da consciência sustenta-se na idéia de que o sujeito, na busca do conhecimento e na orientação da ação humana, baseia suas decisões numa intencionalidade subjetiva soberana. É essa intencionalidade consciente que dá sentido às nossas ações e que nos torna autônomos e livres para tomar decisões, já que somos sujeitos cognitivos e éticos. Prevalece, na relação sujeito-objeto, a ação do sujeito sobre o objeto, em que o sujeito torna-se quase absoluto, autônomo, na construção do conhecimento e do pensamento. No extremo, esse paradigma defende a autonomia das idéias, o primado explicativo das idéias, a auto-suficiência do sujeito pensante, frequentemente sem considerar as condições históricas e objetivas que envolvem a construção do conhecimento. Por causa disso, a filosofia da consciência ou do sujeito tende a privilegiar uma única linguagem, a linguagem da razão, o conhecimento organizado, o modelo, a visão sistemática da realidade, enfim, a ciência. Ou seja, sempre, sempre há um conhecimento verdadeiro, traduzido em teorias interpretativas da realidade.

Esse paradigma da consciência deve ser superado porque o intérprete se assenhora do texto sem observar a tradição e a integridade do direito. Como disse Gadamer, é preciso ouvir o outro, isto é, é imprescindível ouvir o que o texto tem a dizer. Nessa linha de raciocínio, Streck (2013, p. 17) assevera que a linguagem⁷⁸

⁷⁸ Libâneo (2014, p. 01-02), novamente de forma didática, esclarece o paradigma da linguagem: “O paradigma da linguagem coloca a linguagem como questão central da filosofia, da ciência, da arte. É a linguagem que constitui o mundo humano. A questão central passa a ser: a partir do quê vamos dando sentido às coisas, como se transmitem significados, como esses significados se transformam em cultura. A ideia é de que os sentidos que atribuímos às coisas vão dando forma às nossas experiências, vão se constituindo em linguagem. Os vários universos de significado daí decorrentes, uma vez compartilhados em cada grupo social, vão formando a cultura. Verifica-se, pois, que nesse paradigma, antes da relação sujeito-objeto, há a linguagem. A linguagem é a primeira realidade humana. A intersubjetividade precede a relação sujeito-objeto. A compreensão do real se dá pela relação intersubjetiva, dialogal, de modo que se compreenda o real na trama das experiências culturais e subjetivas.”

deixa de ser a terceira coisa que se coloca entre o sujeito e o objeto para se colocar como condição de possibilidade. “A linguagem é o que está dado, e, portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsista (Selbstsüchtiger), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento.” Streck (2013, p. 23-24)⁷⁹ alerta, ainda, sobre a influência do paradigma da subjetividade no cenário jurídico nacional, bem como sobre a má compreensão do pensamento de Dworkin e Gadamer:

Ainda outro lembrete necessário: pode-se dizer que, tanto na operacionalidade *stricto sensu* como na doutrina, são perceptíveis, no mínimo, dois tipos de manifestação do paradigma da subjetividade (filosofia da consciência), que envolve exatamente as questões relativas ao ativismo, decisionismo e a admissão do poder discricionário. O primeiro trata do problema de forma mais explícita, “assumindo” que o ato de julgar é um ato de vontade (para não esquecer o oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito de Kelsen); ainda nesse primeiro grupo devem ser incluídas as decisões que, no resultado, implicitamente trata(ra)m da interpretação ao modo solipsista. São decisões que se baseiam em um conjunto de métodos por vezes incompatíveis ou incoerentes entre si ou, ainda, baseadas em leituras equivocadas de autores como Ronald Dworkin ou até mesmo Gadamer, confundindo a “superação” dos métodos com relativismos e/ou irracionalismos.

A tradição do constitucionalismo brasileiro é no sentido de dar relevância ao papel do Senado Federal, exercendo este o controle político das decisões do Supremo Tribunal Federal. Se não bastasse a tradição ser no sentido inverso ao decidido pelo Supremo, é também correto dizer que a decisão do Tribunal quebra a integridade e coerência do sistema ao deixar de lado o texto constitucional e decidir ao seu bel-prazer, quando nem mesmo a Emenda Constitucional nº 45 aboliu da configuração constitucional brasileira a relevante participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.

⁷⁹ Noutro texto (“Verdade e Consenso”) Streck (2012, p. 43) demonstra a mesma preocupação: “ Por isso, a afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido (Sinngebung) ao texto” nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a atribuir sentidos de forma discricionária/arbitrária, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem existência autônoma). Como bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática (veja-se, aqui, a importância que o mestre alemão dá ao programa aristotélico de uma *praktische Wissenschaft*). Isso não quer dizer, de modo algum, que a interpretação da lei seja uma tradução arbitrária, fruto de um intérprete solipsista.”

A decisão do Supremo Tribunal Federal na Rcl 4335/AC é um típico exemplo do pragmatismo jurídico⁸⁰ combatido por Dworkin, porque preocupado com a questão numérica de processos de índole individual sem repercussão geral ou não objeto de súmula vinculante desconsidera o texto constitucional e cria o direito sem qualquer vinculação à Constituição. Apesar de não ser objeto específico de nosso estudo, convém ressaltar que a decisão da Rcl 4335/AC é fruto de um ativismo judicial que nos últimos anos ganhou força no Supremo Tribunal Federal. Segundo Dworkin o ativismo judicial é uma forma de pragmatismo jurídico. Nas palavras do próprio Dworkin (2014, p. 451-452):

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Antes da decisão da Rcl 4335/AC, Ferraz (2013, p. 1067) demonstrou preocupação com o rumo que a discussão tomava na Corte Suprema ao dizer que seria necessária uma reforma constitucional, a fim de evitar que o Supremo lançasse mão de “uma mutação inconstitucional” e tornar-se letra morta o texto expresso da Constituição. O fato é que a tese da mutação constitucional levantada pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau somada à tese defendida pelo Ministro Teori Zavascki da eficácia expansiva das decisões do STF acabou, como já alertado, realmente, por tornar o texto do art. 52, X, da Constituição letra morta, constituindo-se, na verdade, em uma “mutação inconstitucional velada”, uma vez que tornou o papel do Senado Federal dispensável para emprestar eficácia vinculante e *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade que não foram objeto de súmula vinculante.

Por fim, fica uma questão em aberto: Por que o Poder Legislativo, após presenciar, o esvaziamento de uma competência constitucional expressamente

⁸⁰ No sentido de ser uma decisão ativista CAMPOS (2014, p. 308-309), SANTOS (2013, p. 16), STRECK (2012, p. 51-55),

assegurada pela tradição do direito constitucional brasileiro e reiterada, também, expressamente, pela Constituição de 1988 não consegue, no âmbito do diálogo interinstitucional entre os poderes, evitar que o Supremo Tribunal Federal através de uma decisão restrinja a participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade? O próximo capítulo desenvolverá essa problemática e suas complexas nuances, bem como defenderá a possibilidade de uma compreensão dialógica do processo de mutação constitucional que para se efetivar de forma plena precisa do resgate da política.

4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: OBSTÁCULOS E DIFICULDADES DA CONSTRUÇÃO DE UM DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL.

No capítulo 2, afirmou-se que a relação entre a jurisdição constitucional e a democracia se torna problemática em duas situações: (1) no momento em que a jurisdição constitucional se consubstancia no fórum central de debates de questões políticas, sociais e morais ou (2) quando se considera o judiciário como monopolizador da última palavra em sede de interpretação constitucional.

Esse cenário eufórico promove consequências gravíssimas no jogo democrático. Em primeiro lugar, porque projeta uma imagem de relevância de apenas um ator da jurisdição constitucional dentre outros agentes da concretização constitucional. Por sua vez, cria-se, também, a figura de juiz constitucional dotado de uma sabedoria onipotente. Com efeito, se não se deve criar uma visão idealizadora do Legislativo como a voz do povo, certamente, é um erro pensar que os juízes constitucionais são sempre homens virtuosos e sábios, insuscetíveis ao erro⁸¹, e preocupados essencialmente com valores constitucionais fundamentais e com a democracia (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 36)⁸².

Como se vê, a questão é muito complexa, porém, um caminho alternativo conciliatório parece ser o melhor para o equacionamento do problema. Desse modo, a proposta de um diálogo interinstitucional, em uma linha gadameriana, entre os

⁸¹ Um bom exemplo, certamente, da falibilidade humana do juiz constitucional é o caso do nepotismo no Brasil. Toda a discussão sobre o nepotismo se iniciou a partir de um órgão de composição plural, no caso o CNJ, criado pela denominada reforma do judiciário (Emenda Constitucional nº 45), ou seja, a decisão não partiu exclusivamente de atores genuinamente do judiciário (juízes).

⁸² No mesmo sentido, Garapon (1996, p. 23) relata: “O juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem gerir de forma diferente a complexidade e a diversidade que geram. Privado das referências que lhe conferem uma identidade e estruturam a sua personalidade, o indivíduo procura, no contacto com a justiça, uma protecção contra o desmoronamento interno. Perante a decomposição do político, é doravante ao juiz que se pede a salvação. Os juízes são os últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada pelos seus antigos titulares.” Na mesma perspectiva, Maus (2014) e Mendes (2008).

poderes oferece um melhor percurso, uma vez que prega um compartilhamento de poder, ou seja, nem todo poder aos juízes nem todo poder ao legislador.

Esse pensamento, obviamente, difere da visão tradicional sobre interpretação constitucional no sentido de a “última palavra” cabe ao Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, por exemplo, manifesta-se o Ministro Celso de Mello no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477554:

A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a Proteção das Minorias - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.

Discorda-se do entendimento do Ministro Celso de Mello. Com efeito, a casuística⁸³ demonstra que existem casos nos quais o Supremo não dá a última palavra sobre a interpretação constitucional. As decisões da Corte por vezes acabam gerando fortes reações na sociedade e nos demais poderes, o que leva o

⁸³ Mendes (2008, p. 237-249) cita, como exemplos, a reforma da previdência e tributação dos inativos, a reforma do judiciário e o Conselho Nacional de Justiça, a reforma administrativa, a cláusula de barreira, a licença-maternidade, o direito de greve e a fidelidade partidária. Dentre os casos, talvez, o mais relevante para nossa compreensão seja o da tributação dos inativos. O Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2.016 liminarmente suspendeu a cobrança de contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas entendendo que a Emenda Constitucional nº 20/1998 não permitia a cobrança. Anos depois, já no governo Lula, o Tribunal firmou entendimento pela constitucionalidade da cobrança de inativos constitucionalizada pela Emenda Constitucional nº 41/2003. Souza Neto e Sarmento (2013, p. 406-407) citam, como exemplo, a declaração de inconstitucionalidade da Instituição do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) progressivo pelo STF e a posterior edição da Emenda Constitucional nº 29, permitindo a progressão.

Supremo a mudar sua orientação jurisprudencial (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 402; MENDES, 2008, p. 224-256)⁸⁴.

Convém salientar, ainda, que uma concepção dialógica da interpretação constitucional não é incompatível com o direito das minorias. Aliás, deferir o monopólio da última palavra ao Judiciário não significa necessariamente a garantia dos direitos das minorias. Souza Neto e Sarmento (2013, p. 403) ao dissertarem sobre os direitos das minorias e sua compatibilização com uma posição dialógica afirmam:

É verdade que um dos papéis institucionais mais importantes de uma Corte Constitucional é proteger os direitos das minorias diante dos abusos das majorias. O insulamento da Corte diante do processo eleitoral lhe confere uma importante vantagem institucional comparativa em face do Legislativo e do Executivo para desempenhar essa relevante função contra-majoritária. Mas existem cenários em que a atuação do Judiciário pode se dar contra os direitos das minorias, que estejam sendo promovidos na arena política. A Suprema Corte norte-americana no século XIX, por exemplo, atuou em favor da manutenção da escravidão no país, bloqueando iniciativas legislativas voltadas à sua limitação.

Por sua vez, se não bastasse a casuística dizer o contrário, não é de bom alvitre atribuir a um órgão, seja qual for, a possibilidade de dar a última palavra sobre a interpretação constitucional – no caso específico nosso sobre a mutação constitucional. Isso porque o STF não é composto de seres infalíveis, desse modo, decisões oriundas da Suprema Corte podem se constituir em decisões erradas, tanto quanto decisões provenientes do Legislativo e do Executivo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 402).

Aqui, não se está a falar da possibilidade de o Congresso Nacional vir, por exemplo, como na experiência constitucional do Canadá⁸⁵ “a reeditar o ato

⁸⁴ No sentido, também, de que o STF não possui a última palavra, diz Mendes (2008, p. 227-228): “Do ponto de vista procedimental, a Constituição brasileira de 1988 reserva ao STF a última palavra provisória não só para o controle de leis, mas inclusive de emendas constitucionais.” Na mesma linha, relata Ramos (2013, p. 335-336): “Quanto ao cenário brasileiro, nos parece que o arranjo constitucional não consagra de modo categórico a supremacia judicial. No máximo, é possível defender uma supremacia moderada, visto que estão contemplados o controle judicial forte de constitucionalidade das leis juntamente com um procedimento relativamente simples de alteração da Carta. A postura contida do Judiciário na apreciação de emendas constitucionais confirma a afirmação anterior.” Também defendendo a possibilidade Oliveira (2011), Campos (2014) e Silva (2009).

normativo declarado judicialmente inconstitucional e imunizá-lo temporariamente contra futuras decisões judiciais de inconstitucionalidade (e renovar, se quiser, essa “imunidade” a cada cinco anos) (SILVA, 2009, p. 217)”. Nossa engenharia constitucional atual não contempla tal situação. Em verdade, o que se quer alertar é que muito embora a decisão do Supremo em matéria de controle de constitucionalidade seja definitiva, o debate em torno da questão constitucional não se esgota em si mesmo na decisão constitucional, uma vez que ela perdura no campo dos embates políticos e sociais (SOUZA NETO, SARMENTO, 2013, p. 404).

E, registre-se, dentro do embate político e social é factível que o Legislativo reedite o ato normativo declarado inconstitucional, uma vez que em matéria de controle de constitucionalidade o Parlamento não fica vinculado à decisão da Corte, consoante expressamente disposto nos artigos 103, §2º⁸⁶ e 103-A⁸⁷ da Constituição Federal, muito embora o novo e repetido texto venha provavelmente a ser declarado inconstitucional⁸⁸.

⁸⁵ A experiência canadense demonstra que a possibilidade de o Legislativo superar as decisões judiciais não significa a inexistência de controle, tanto que historicamente o Legislativo quase nunca utilizou tal expediente. Esse quase desuso da prerrogativa se deve ao elevado custo político do Legislativo se voltar contra a decisão de declaração de inconstitucionalidade judicial (SILVA, 2009 p. 218)

⁸⁶ “Art. 103, §2º. “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

⁸⁷ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas, federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

⁸⁸ Apesar da literalidade dos dispositivos mencionados, a título de reforço, cita-se em doutrina: Souza Neto e Sarmento (2013, p. 404), Marinoni (2012, p. 994) e Silva (2011, p. 61). Essa compreensão é historicamente referenciada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme o acórdão a seguir: E M E N T A: RECLAMAÇÃO – PRETENDIDA SUBMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO AO EFEITO VINCULANTE QUE RESULTA DO JULGAMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DOS PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE – INADMISSIBILIDADE – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE O LEGISLADOR EDITAR LEI DE CONTEÚDO IDÊNTICO AO DE OUTRO DIPLOMA LEGISLATIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, PELA SUPREMA CORTE – INVIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO, NESSE CONTEXTO, DO INSTRUMENTO PROCESSUAL DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSOS E AÇÕES JUDICIAIS EM GERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O efeito vinculante e a eficácia contra todos (“erga omnes”), que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle

Mas esse cenário de nova declaração de inconstitucionalidade pode ser alterado caso o STF venha a refletir sobre os novos argumentos elencados pela Casa Legislativa e sofra os constrangimentos da opinião pública (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 405; MENDES, 2008, p. 228). Nesse caso, o Legislador sequer necessitaria de recorrer à edição de uma emenda constitucional para alterar o próprio texto constitucional.

Uma perspectiva dialógica da mutação constitucional via interpretação judicial promove o melhor dos dois mundos, uma vez que absorve a dinâmica das relações institucionais no percurso de construção do sentido constitucional, permitindo que o fenômeno da mutação constitucional ocorra de forma desvinculada de uma perspectiva excessivamente judicialista. Desse modo, evita-se, assim, a “necessidade de uma escolha binária entre modelos que está sujeita, de um lado, a objeções relativas à legitimidade democrática (supremacia judicial), e de outro, a críticas que dizem respeito à crise de representação (supremacia parlamentar) (RAMOS, 2013, p. 348)”.

Contudo, é necessário um alerta no caso brasileiro: o esvaziamento dos espaços democráticos públicos de debate acaba por gerar uma crise no sistema representativo, especialmente, nas Casas Legislativas, permitindo o avanço do Poder Executivo e, mais recentemente, do Poder Judiciário nas lacunas deixadas pelo Legislativo. Por sua vez, a própria crise da democracia representativa dificulta, também, o desenvolvimento com maior efetividade de um diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e o Legislativo e os demais atores da sociedade capaz de criar as condições necessárias para a contemplação de mutações constitucionais e, portanto, da interpretação constitucional, sustentadas em alicerces democráticos.

Enquanto uma prática dialógica propugna um engajamento político, isto é, a participação ativa do cidadão na vida política do Estado, na atualidade, assiste-se,

normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF. Doutrina. Precedentes. Inadequação, em tal contexto, da utilização do instrumento processual da reclamação.(AgR na Rcl 13019)

como dito, ao esvaziamento da política (RAMOS, 2013, p. 337-338). Daí, certamente, a compreensão da mutação constitucional e da interpretação constitucional de um modo geral em uma perspectiva dialógica encontrar dificuldade para se estabelecer e ampliar. O esvaziamento do espaço político de discussão revela, inclusive, porque o Senado Federal não estabeleceu um diálogo interinstitucional com o Supremo quando da decisão da Rcl 4335/AC, haja vista que ali ocorreu informalmente uma supressão das competências da Casa Legislativa – aliás o art. 52, X, da Constituição se constitui – depois da decisão é melhor dizer se constituía - num verdadeiro canal de diálogo institucional entre a Corte e o Legislativo em nossa história constitucional.⁸⁹

Portanto, se o resgate da política é um antecedente necessário à construção da mutação constitucional em uma visão dialógica, é de bom alvitre analisar quais as condicionantes⁹⁰ que acabaram por levar a democracia brasileira ao estado de crise em que se encontra. O primeiro passo é fazer uma curta digressão no tempo para observar a evolução do sistema democrático para, em um segundo momento, declinar as condicionantes atualmente presentes que provocaram – ou provocam - a crise atual e, registre-se, mais uma vez, dificultam a plena realização de um diálogo institucional na construção do processo de mutação constitucional.

4.1. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DEMOCRÁTICO: DEMOCRACIA DIRETA, INDIRETA (REPRESENTATIVA) E SEMIDIRETA

A Atenas da Grécia Antiga é, indubitavelmente, o berço da democracia. Nela, o povo se reunia nas praças pública (Ágora) com o objetivo de discutir

⁸⁹ Silva (2009, p. 226-227) assim se manifestava sobre o art. 52, X, da CF antes da decisão do STF na Rcl 4335/AC: “Uma possibilidade de diálogo já existente no Brasil é aquela que pode ocorrer no momento final do controle difuso. Após a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, ainda vinculada a um determinado caso concreto, compete ao Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição, suspender a execução, com efeitos para todos, da lei declarada inconstitucional pelo STF. Inúmeros autores sustentam que o Senado Federal não é obrigado a realizar essa suspensão da lei (...).”

⁹⁰ Não é pretensão nossa esgotar as condicionantes, até porque o fenômeno é extremamente complexo e demandaria uma outra pesquisa, mas trazer à baila algumas causas.

diversos temas da vida política e decidir através de assembleias o destino da cidade-estado, bem como influenciar, decisiva e diretamente, na condução da atividade legislativa, executiva e judicial (BONAVIDES, 2011, p. 288; SANSON, 2007, p. 58; OLIVEIRA, 2014a, p. 14) .

Desse modo, pode-se dizer que a democracia direta ateniense aproximou-se ao máximo da busca incessante do ideal democrático, qual seja, o povo governar-se a si mesmo, formando uma vontade geral. É, indubitavelmente, o melhor exemplo de democracia direta (SANSON, 2007, p. 62)

Contudo, não obstante a criação grega do ideal democrático, a crítica moderna sobre a democracia ateniense é no sentido de que o direito de participação democrática era de uma parcela reduzida de homens livres em detrimento da imensa maioria de escravos. (BONAVIDES, 2011, p. 288).

Diante desse panorama, os críticos mais rigorosos asseveram a inexistência de uma verdadeira democracia, haja vista seu caráter excludente, e a definem como uma aristocracia democrática ou uma democracia da minoria, o que é uma contradição em termos. Entretanto, demonstra-se inegável o legado histórico da Grécia para o mundo (BONAVIDES, 2011, p. 289).

Aliás, a existência da escravidão fora uma das condicionantes necessárias para a realização da democracia grega. É que a dedicação dos escravos aos trabalhos não intelectuais permitia aos homens públicos a participação integral dos debates ocorridos em praça pública. Outra condicionante que propiciou a fertilização do ideal democrático na Grécia antiga fora o enaltecimento da vida na cidade. A preservação da cidade-estado levava aos gregos a participarem ativamente das assembléias em que se discutiam a preservação do Estado e o combate aos inimigos – povos bárbaros especialmente e outros povos de cultura helênica (BONAVIDES, 2011, p. 289).

Esse dado da realidade, qual seja, a participação efetiva do povo nas decisões sobre o destino da *polis* criou um sentimento de que Estado e cidadão eram uma realidade ontológica única na qual a vontade do Estado era a vontade do cidadão e vice-versa. Ou seja, a compreensão grega é de que Estado e cidadão formavam uma simbiose.

Portanto, nessa quadra da história da humanidade, a vontade do Estado presentava com exatidão a vontade do povo. Havia, por assim dizer, um processo de convergência que promovia, como já dito, uma realidade voluntária ontológica indissociável entre o cidadão e o Estado.

Mas, se a democracia da cidade-estado se demonstrou no percurso da história como a criação humana mais próxima da perfeição de uma teoria ideal de governo, o tempo histórico demonstrou a necessidade de superação de seu modelo por razões eminentemente de ordens práticas. Ora, a participação integral do cidadão nas decisões da polis era possível no ambiente das cidades-estados, contudo, no cenário atual, a democracia ateniense é, certamente, impossível de se realizar.

Uma das razões dessa constatação empírica é a enorme dificuldade, se não impossibilidade existencial, de se reunir milhares de cidadãos em praça pública para discutir, sugerir e delinear os rumos do Estado Moderno – imagine-se uma reunião do povo chinês. Portanto, razões de ordem demográfica e espacial são obstáculos insuperáveis para se atingir o ideal democrático nos moldes preconizados e vivenciados pelo povo grego (BONAVIDES, 2011, p. 294; SANSON, 2007, p. 65-66).

O modelo de democracia representativa (indireta) se demonstra, indubitavelmente, não o melhor dos modelos, mas um instrumento útil à realização da democracia, dada a inaplicabilidade da democracia direta no mundo moderno, entretanto, é mais suscetível a críticas que o sistema da democracia direta frutificado na Grécia Antiga. Para Ely (2010, p. 103) “a democracia representativa talvez seja, antes de tudo, um sistema de governo apropriado àquelas situações nas quais por algum motivo é impraticável que os cidadãos participem diretamente do processo legislativo.”

Apesar de o sistema representativo se demonstrar como um instrumento pragmático de realização do ideal democrático, no mais das vezes, ocorre uma cisão entre a vontade do eleito e a vontade do cidadão⁹¹. O direito ao voto surge nesse

⁹¹ É que na democracia representativa há uma criação de uma ficção, vale dizer, pressupõe-se que a vontade dos representantes é uma mera extensão da vontade geral do povo (representados), contudo, a experiência histórica demonstra que contingenciamentos

contexto como uma forma de apenas o representante que se divorciou da vontade do eleitor. Segundo Ely (2010, p. 103-104):

Os constituintes deram-se conta de que mesmo imagens ideais precisam de mecanismos que garantam sua aplicação (...). A principal força concebida para esse fim foi o voto: as pessoas do povo, em nome de seus próprios interesses, escolheriam os representantes cujos interesses se harmonizassem com os seus e, mediante a decisão crítica de reelegê-los ou não, assegurariam que os representantes lhes permanecessem fiéis e sobretudo que não se esquivassem dos rigores das leis que eles mesmos aprovassem. (...) Se a maioria achar que está sendo sujeita a um tratamento injusto por parte dos representantes, terá sempre a capacidade – independente de estarem eles se isolando do povo, formal ou informalmente – de tirá-los do cargo.

Diante dessa perspectiva histórica, evoluiu-se no sentido de mudar métodos clássicos da democracia indireta em uma tentativa de aproximação com a democracia direta ateniense. O plebiscito, o referendo, a iniciativa e o direito de revogação são mecanismos formatados para atenuar o descompasso existente entre a vontade do povo e a vontade dos seus representantes. Essa mescla de elementos é a democracia semidireta (BONAVIDES, 2011, p. 95).

O sistema de democracia semidireta contribui para o aperfeiçoamento da democracia representativa, uma vez que, como já alertado, revela-se impossível um retorno ao sistema grego da antiguidade pelos motivos já declinados.

Portanto, a oportunização da participação popular através do referendo, da iniciativa de lei e outros instrumentos atenuam a possibilidade de se formar um hiato entre a vontade do povo e de seus representantes.

Não obstante, a democracia semidireta minorar o principal problema da democracia representativa, isto é, o divórcio entre a vontade do eleitor e o agir político do representante, a democracia encontra-se fragilizada pela falta de participação popular ativa. Mouffe (2014, p. 11) questiona:

de ordem econômica e política, muitas vezes, desvirtuam essa pretensa simetria de vontades, ocorrendo uma cisão entre a vontade do povo e a vontade do representante.

O que é uma “sociedade democrática”? É uma sociedade pacificada e harmoniosa onde as divergências básicas foram superadas e onde se estabeleceu um consenso imposto a partir de uma interpretação única dos valores comuns? Ou é uma sociedade com uma esfera pública vibrante onde muitas visões conflitantes podem se expressar e onde há uma possibilidade de escolha entre projetos alternativos legítimos?

Mouffe (2014, p. 11) demonstra preocupação com a passividade democrática e se demonstra adepta da segunda visão, isto é, é um erro pensar “que uma boa sociedade é aquela na qual os antagonismos foram erradicados e onde o modelo adversarial de política se tornou obsoleto.” Desvelar as causas desse passivismo político é nosso próximo desafio⁹².

4.2 A Crise da Democracia Representativa e o Esvaziamento dos Espaços Públicos de Discussão

Obviamente, sugerem-se inúmeras variáveis⁹³ para o esvaziamento dos espaços públicos de discussão e, por consequência, para a crise democrática em um sentido de cidadania passiva. A escolha do binômio globalização-individualização e da educação como objetos de estudo não é aleatória. No caso do binômio globalização-individualização, deu-se a escolha porque é um fenômeno mundial. Por outro lado, a escolha da questão educacional se deve ao fato de que tradicionalmente se faz uma correlação entre comportamento político e educação, sendo que no caso brasileiro, apesar do encaminhamento para uma universalização da educação, não se teve um crescimento do grau de participação política.

⁹² Diante do quadro de crise da democracia representativa, algumas propostas são lançadas para revitalizar o ideal democrático, a exemplo da democracia participativa, como propõe Boaventura Santos (2010, p. 270-271) e o modelo agonístico (MOUFFE, 2014)

⁹³ Carvalho (2008, p. 07-08) ao falar sobre as expectativas frustradas quanto à realização de uma cidadania efetiva após a redemocratização no Brasil relata: “Já 15 anos passados desde o fim da ditadura, problemas centrais de nossa sociedade, como a violência urbana, o desemprego, o analfabetismo, a má qualidade da educação, a oferta inadequada de serviços de saúde e saneamento, e as grandes desigualdades sociais e econômicas ou continuam sem solução, ou se agravam, ou, quando melhoram, é em ritmo muito lento. Em consequência, os próprios mecanismos e agentes do sistema democrático, como as eleições, os partidos, o Congresso, os políticos, se desgastam e perdem a confiança dos cidadãos.”

4.2.1 A Contribuição da Globalização e da “Individualização” para a Crise da Democracia Representativa

A existência de um homem essencialmente político na cidade-estado fora favorecida pela existência da já anunciada escravidão, ou seja, enquanto o cidadão (homem livre) se preocupava e participava das decisões da *polis*, o escravo era a locomotiva que permitia a subsistência material do cidadão.

Essa categoria - homem político - nos dias atuais deixou de existir para contracenar com homem econômico, vale dizer, o ser humano voltou-se, primeiramente, para o suprimento de suas necessidades básicas (trabalho, alimentação, vestuário, etc) para, em um segundo momento de sua existência, dedicar-se à participação das decisões dos rumos do Estado (BONAVIDES, 2011, p. 293-294).

Dessa forma, o grau de participação política do cidadão nas decisões fundamentais dos rumos da nação deixou de ser essencial para ser sopesado em cada Estado de acordo com o grau de organização da sociedade civil – a participação do povo, no atual estágio da sociedade civil, é diferente entre, por exemplo, países de desenvolvimento tardio e países desenvolvidos.

Muito embora a apolitização da sociedade brasileira e consequente crise do sistema representativo seja potencializada pelas peculiaridades da nossa história recente, o esvaziamento do espaço político não é um fenômeno único e exclusivamente brasileiro, em verdade, insere-se dentro de um quadro institucional mundial de esvaziamento dos espaços públicos de discussão social fruto de nossa sociedade globalizada e de massas em que as regras do jogo político foram substituídas pelos ditames da economia – o “Mercado”.

Ao refletir sobre a situação do indivíduo na sociedade moderna Bauman (2000. p. 79) assevera que “explícita ou implicitamente, as instituições políticas vigentes vivem hoje um processo de abandono ou diminuição do seu papel de criadoras de códigos e agenda.”

Com efeito, não há uma agenda pública no sentido de se estabelecer o que fazer para melhorar a situação do mundo, das pessoas, ou seja, um projeto comum de vida em prol do bem comum. Portanto, os indivíduos não se entrelaçam em busca da melhoria das condições de vida, ou seja, não existe uma busca da transformação da sociedade através do agir político. Nesse sentido, já não existe mais uma distinção entre as questões de natureza privada (pessoais) e o espaço público de discussão (a Ágora).

Para Bauman (2001, p. 90-91), um bom exemplo da redefinição da fronteira entre questões de interesse privado e de interesse público são os programas televisivos de entrevistas (talk show). Nesses programas, observa-se que as pessoas falam abertamente sobre sua intimidade, o que nos leva a afirmar que há uma redefinição da esfera pública, sendo que problemas de natureza privada são revelados e transmitidos para o grande público que os aceita amplamente.

A partir dessa análise do conteúdo dos programas televisivos, Bauman (2001, p. 91) demonstra sua preocupação com seus reflexos em nossa sociedade:

A consequência que pode ser considerada mais interessante é o desaparecimento da “política como a conhecemos” – da Política com P maiúsculo, a atividade encarregada de traduzir problemas privados em questões públicas (e vice-versa). É o esforço dessa tradução que hoje está se detendo. Os problemas privados não se tornam questões públicas pelo fato de serem ventilados em público; mesmo sob o olhar público não deixam de ser privados, e o que parece resultar de sua transferência para a cena pública é a expulsão de todos os outros problemas “não privados” da agenda pública. O que cada vez mais é percebido como “questões públicas” são os problemas privados de figuras públicas. A tradicional questão da política democrática – quão útil ou prejudicial para o bem-estar de seus súditos/eleitores é o modo como as figuras públicas exercitam seus deveres públicos – foi pelo ralo, sinalizando para que o interesse público na boa sociedade, na justiça pública ou na responsabilidade coletiva pelo bem-estar individual siga no caminho do esquecimento.

Sobre essa falta de uma agenda política e a redefinição da arena privada e pública, Bauman (2000, p. 71) relata:

O “público” foi despojado de seus conteúdos diferenciais e ficou sem agenda própria – não passa agora de um aglomerado de problemas e preocupações privados. É uma colcha de retalhos de anseios pessoais por ajuda para dar sentido a emoções e estados de espírito privados ainda inarticulados, por instruções sobre como falar dessas emoções em linguagem que os outros entendam e por conselho sobre como lidar com a série de experiências que os indivíduos acham tão difíceis de encarar. A lista de “questões” públicas não difere da de “questões pessoais” nem aquela lista é mais rica que “a soma de suas parcelas”.

Mas como se chegou a esse estágio? Bauman (2000, p. 80) observa que no passado os governos nacionais concentravam “poder” e “política”. Basicamente, a ideia de poder é a capacidade de fazer coisas pela comunidade e, por sua vez, sua concepção de política significa a capacidade de decisão do que fazer. No mundo atual, ocorreu um divórcio entre “poder” e “política”.

A culpa da descrença na democracia nos dias atuais não deve ser atribuída tão somente à classe política. É certo que os políticos podem recair em mentiras, em afirmações distorcidas, mas existem duas variáveis mais fortes para explicar o esvaziamento dos espaços públicos de discussão (BAUMAN, 2011, p. 168). A primeira é a globalização e a segunda a “individualização”. Descreve Bauman (2011, p. 169):

Quanto a esse feitiço, dois processos paralelos e intimamente relacionados fazem dele o que é. O primeiro é a globalização em aparência incontrollável que tira o poder dos políticos, e a economia (a reprodução dos meios de subsistência) do controle político. O segundo é um processo complexo canhestamente chamado “individualização”, que consiste em tornar “defasadas”, uma a uma, todas as redes de segurança socialmente construídas e atendidas numa época em que os indivíduos são chamados a se mover, cada qual por si mesmo, e a serem corajosos e audaciosos ao fazê-lo. O primeiro processo priva o interesse e o envolvimento na política de muito de seu sentido prático, e, portanto, de sua atração. O segundo torna improvável que o interesse na política se expresse de alguma forma relevante.

Como se vê, para Bauman há pouco o que fazer diante do processo de globalização (primeiro processo), porque os governos são locais enquanto que os problemas são globais. Isto é, as instituições políticas foram criadas dentro do território do Estado, sendo que não evoluíram para uma estrutura extraterritorial – ou

seja, global – daí a inexistência de uma agenda política globalizada (BAUMAN, 2000, p. 80). Desse modo, é necessário superar o Estado-nação e criar um governo que supere as fronteiras territoriais do Estado-nação.

Apesar da polissemia do termo, a ideia principal que o vocábulo carrega em si é a transmissão do caráter de indeterminação, indisciplina e de autopropulsão dos temas mundiais. Em resumo, seu significado maior é “a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo (BAUMAN, 1999, p. 67)”.

Quanto ao segundo processo, ou seja, o processo de “individualização”, seu significado é justamente a perda do sentimento de comunidade. Houve uma fragmentação do sentimento comunitário e, em consequência, diluiu-se a capacidade humana de agregação em razão de uma agenda comum (BAUMAN, 2000, p. 83). Segundo Bauman (2011, p. 170):

Não admira que os indivíduos por decreto do destino deixem de perceber como poderiam misturar seus problemas individualmente sofridos e reapresentá-los como causa comum. Menor ainda é a capacidade de perceber como as chances de sobrevivência, para não falar nas possibilidades de atingir o ápice das coisas, poderiam ganhar com a junção de forças e justificar o sacrifício que uma causa declara exigiria.

Esses dois processos – globalização e “individualização” - cooperam entre si no sentido de disseminarem a crença na inexistência de alternativas. Desse modo, a questão mais proeminente atualmente não é saber quem são os agentes da política, mas sim saber quem “são aqueles capazes de reunir política e poder” (BAUMAN, 2011, p. 170).

É incorreto pensar que a modernidade produziu maior liberdade individual para o ser humano, ao menos em um sentido de se criar uma agenda comunitária para tentar resolver os problemas e as dificuldades do mundo. Para Bauman (2000, p. 84):

O que se segue do argumento acima é que a passagem para o estágio final da modernidade ou para a condição pós moderna não

produziu maior liberdade individual – não no sentido de maior influência na composição da agenda de opções ou de maior capacidade de negociar o código de escolha. Apenas transformou o indivíduo de cidadão político em consumidor de mercado.

Atualmente, é difícil encontrar jovens envolvidos em uma agenda comunitária para resolver os problemas do país, o que se observa é que as pessoas estão voltadas para o consumismo e se esquecem de construir uma agenda política em benefício do bem comum de forma fraterna⁹⁴.

Conforme Bauman (2001, p. 23), a desintegração das redes sociais de ação coletiva são, diversas vezes, aceitas e lamentadas como resultados colaterais não previstos na nova fluidez⁹⁵ do poder cada vez mais dotado de mobilidade. Mas na verdade, a desintegração é uma ação voluntária que é condição e, simultaneamente, resultado da nova técnica de poder, “que tem como ferramentas principais o desengajamento e a arte da fuga.” Bauman (2001, p. 23) consigna:

Para que o poder tenha liberdade de fluir, o mundo deve estar livre de cercas, barreiras, fronteiras fortificadas e barricadas. Qualquer rede densa de laços sociais, e em particular uma que esteja territorialmente enraizada, é um obstáculo a ser eliminado. Os poderes globais se inclinam a dismantelar tais redes em proveito de sua contínua e crescente fluidez, principal fonte de sua força e garantia de sua invencibilidade. E são esses derrocar, a fragilidade, o quebradiço, o imediato dos laços e redes humanos que permitem que esses poderes operem.

⁹⁴ No mesmo sentido, Carvalho (2008, p. 228), observando o cenário brasileiro, relata: “Mas há também sintomas perturbadores oriundos das mudanças trazidas pelo renascimento liberal. Não me refiro à defesa da redução do papel do Estado, mas ao desenvolvimento da cultura do consumo entre a população, inclusive a mais excluída. Exemplo do fenômeno foi a invasão pacífica de um shopping Center de classe média no Rio de Janeiro por um grupo de sem-teto. A invasão teve o mérito de denunciar de maneira dramática os dois brasis, o dos ricos e o dos pobres.(...) Os sem-teto reivindicavam o direito de consumir. Não queriam ser cidadãos, mas consumidores.”

⁹⁵ Bauman utiliza a metáfora com sólidos e líquidos para demonstrar a volatilidade das relações sociais no mundo atual. A partir dessa metáfora, ele cria os conceitos de modernidade sólida e modernidade líquida. A modernidade sólida tem seu começo com as transformações clássicas e decorre de um conjunto estável de valores sociais e culturais. Por sua vez, atualmente, vivenciamos a modernidade líquida, onde tudo é volátil, ou seja, as relações sociais (família, amigos, afinidade política, etc) (SANTOS, 2014, p. 155-157).

Arendt (2010, p. 64), na mesma linha de Bauman, também demonstra preocupação com desmobilização social e a desvalorização da política como um instrumento de ação na medida em que observa uma patente desconstrução de um interesse coletivo:

O que torna a sociedade de massas tão difícil de ser suportada não é o número de pessoas envolvidas, ou ao menos não fundamentalmente, mas o fato de que o mundo entre elas perdeu seu poder de congregá-las, relacioná-las e separá-las. A estranheza de tal situação assemelha-se a uma sessão espírita na qual determinado número de pessoas, reunidas em torno de uma mesa, vissem subitamente, por algum truque mágico, desaparecer a mesa entre elas, de sorte que duas pessoas sentadas em frente uma a outra já não estariam separadas, mas tampouco teriam qualquer relação entre si por meio de algo tangível.

Portanto, o atual estágio histórico-social é marcado pela globalização e pela individualização. A suplantação do homem político pelo homem econômico em um quadro social marcado pela superposição da economia em relação à política é uma forte variável explicativa do déficit de legitimidade do Legislativo e seu enfraquecimento, o que dificulta, mas não impossibilita por completo o desenvolvimento de um constante diálogo entre o Legislativo e o Judiciário na construção de processos de mutação constitucional.

4.2.2 Educação e Cidadania no Brasil: O Declínio da Participação Política após a Redemocratização

Outra variável importante para se compreender o esvaziamento do espaço público de discussão, especialmente, do caso brasileiro é, certamente, o fator educacional. No Brasil, após a redemocratização, ocorreu um declínio da participação política, ao invés, de um avanço em direção a um engajamento mais ativo da população nas questões de natureza pública.

Evidentemente, o itinerário histórico de nosso sistema educacional nos possibilita compreender melhor como, apesar da expansão da educação no Brasil,

especialmente, nas últimas décadas, ocorreu um declínio nas taxas de participação política.

4.2.2.1 As Influências dos Modelos de Ensino Jesuítico, Francês e Alemão no Macrossistema de Ensino Brasileiro

4.2.2.1.1 A Gênese do Ensino Brasileiro: a Educação Jesuítica

Os primeiros centros educacionais brasileiros foram criados pelos jesuítas a partir de modelos de ensino já construídos e efetivados em outros países com forte influência do Cristianismo. O modelo objetivava a divulgação da doutrina religiosa da Igreja Católica, preocupada em difundir seus princípios, haja vista a reforma protestante assombrar o continente europeu.

As escolas jesuíticas eram arquitetadas desde as primeiras séries até o ensino superior. Basicamente, havia um currículo básico que se dividia em dois grandes grupos. O primeiro constituía-se no *Trivium*, este contemplava os estudos de Gramática, Retórica e da Dialética. E o segundo se denominava *Quadrivium* o qual era composto pelo estudo da Aritmética, da Geometria, da Astronomia e da Música (PIMENTA; ANASTASIOU, 2010, p. 144-145).

O método de ensino jesuítico fora elaborado a partir do método escolástico cuja origem data do século XII e o modelo parisiensis, como se chamava a formatação pedagógica da Universidade de Paris – Inácio de Loyola, juntamente com os demais fundadores da Companhia de Jesus foram estudantes da Universidade de Paris. Em tais modelos de ensino, as aulas eram repassadas através da língua latina sendo que nas aulas os discentes eram responsáveis pelas denominadas *reportationes*, que são transcrições cuja finalidade se resumia à memorização dos temas através de exercícios. Nesse contexto, os alunos deveriam, ainda, usar um caderno para *loci communes* no qual se anotavam de forma ordenada, os temas expostos (PIMENTA; ANASTASIOU, 2010, p. 145).

Com efeito, para a promoção da educação jesuítica se exigia muito da capacitação do professor (um sacerdote), uma vez que o êxito do ensino dependia de sua formação. Por sua vez, para os jesuítas o sucesso do ensino dependia da manutenção da ordem e da disciplina, tanto pelo lado docente como pelo discente.

Pimenta e Anastasiou (2010, p.147) se pronunciavam da seguinte forma sobre o ensino jesuítico:

A base estava na unidade e hierarquia da organização dos estudos, na divisão e na graduação das classes e programas em extensão e dificuldade, não se permitindo passar uma etapa mais avançada sem que a anterior estivesse totalmente dominada. O conhecimento, tomado como algo posto, indiscutível, pronto e acabado, devia ser assim repassado, e a memorização era concebida como operação essencial e recurso básico de ensino e aprendizagem. O material de ensino era comum a todas as escolas jesuíticas, independentemente do país em que se encontravam, e estava contido no documento chamado *Ratio Studiorum*, cabendo aos professores apenas cumpri-lo.

Como se observa, a única função do professor se resumia a repassar o conhecimento através de aulas expositivas ao discente sem promoção de um debate sobre a validade do conhecimento transmitido para se verificar sua veracidade. Por seu turno, a condição do aluno no ensino jesuítico era apenas de objeto do conhecimento, isto é, não se visualiza no aluno um ser a construir o conhecimento e a reelaborá-lo. Sua missão era simplesmente memorizar os conteúdos ensinados, resolver os exercícios aplicados após as aulas expositivas e se submeter à avaliação docente (PIMENTA; ANASTASIOU, 2010, p. 147).

Ao contrapor a metodologia jesuítica ao nosso atual modelo educacional, visualiza-se muita semelhança entre o modelo educacional jesuítico descrito e aplicado com base no *Ratio Studiorum* e o atual, claro que com as ressalvas do atual contexto histórico vivenciado em nosso País (PIMENTA; ANASTASIOU, 2010, p. 147).

Segundo Pimenta e Anastasiou (2010, p. 147):

O modelo jesuítico encontra-se, pois, na gênese das práticas e modos de ensinar presentes nas universidades, configurando-se como um *habitus*, isto é, um conjunto de esquemas que permite engendrar uma infinidade de práticas adaptadas a situações sempre renovadas (...). O *habitus* permite a incorporação de alterações nos discursos e não nas práticas, instala-se e acaba sendo modificado apenas superficialmente, num avanço que fica presente muito mais no discurso do que na alteração da visão formal do conhecimento e, conseqüentemente, da memorização como metodologia na e da sala de aula.

A partir dessa ótica, ainda forte no cenário nacional, para ensinar basta ter o conhecimento da disciplina a lecionar, expor o conteúdo para os discentes, ter o controle da turma e avaliar, sem o domínio de técnicas de ensino.

Portanto, como se verifica, existia uma prática educacional monológica – e esse discurso monológico, ainda, como já dito é muito poderoso – em detrimento de uma concepção dialógica do processo de aprendizagem.

4.2.2.1.2 O Modelo Universitário Francês e o Alemão

Enquanto a América Espanhola teve a criação da primeira universidade nos idos de 1538, no Brasil a construção do ensino superior começou apenas a partir de 1808 com a criação das escolas isoladas, ainda no período colonial, já no prenúncio da independência. Essas escolas adotaram o modelo de ensino francês cuja preocupação essencial era a formação de burocratas para ocuparem o serviço público estatal, o que atendia os reclamos da elite (PIMENTA; ANASTASIOU, 2010, p. 148-149).

A influência desse modelo era tão presente à época que se tinha uma atenção especial para o aprendizado do idioma francês, sendo que, até mesmo, era propalada a idéia da criação de escolas para mulheres, nos moldes das existentes na França, com o desiderato de formá-las para o casamento com os diplomatas. (PIMENTA; ANASTASIOU, 2010, p. 149-150).

Em relação ao ensino, sua visão e compreensão se assemelhavam em muito ao arquétipo inaugurado pelo ensino jesuítico. Nesse sentido, PIMENTA e Anastasiou (2010, p. 150):

Com respeito à sala de aula, esse modelo não alterava as características próprias do modelo jesuítico. A forma pela qual se efetiva a relação entre professor, aluno e conhecimento se mantém. O professor é o transmissor do conhecimento e, no estudo das obras clássicas, a aceitação passiva da memorização do conteúdo pelo aluno como sua obrigação primordial, a força da avaliação como elemento essencialmente classificatório são características do ensino na universidade. Reforçam-se aí elementos do ensino jesuítico, que refletem aquele conjunto de valores e atendem aos objetivos napoleônicos, em que o processo de “condicionamento” pretendido é preservado com uma metodologia tradicional, com uma pedagogia de manutenção, não havendo intencionalidade para criação de conhecimento (PIMENTA; ANASTASIOU, 2010, p. 150).

Diante desses apontamentos, vê-se que no modelo francês, seguindo os passos da estrutura jesuítica de ensino, inexistia uma atitude educacional no sentido de emancipação do discente enquanto criador do conhecimento. Continuava-se, de forma propositada, a ensinar de forma a impedir posturas de reflexão sobre o conteúdo exposto nas aulas. Portanto, também, aqui, a característica precípua do modelo era o processo de aprendizagem baseado em um monólogo.

Outro modelo que influenciou a formação do ensino superior no Brasil fora sem dúvida o alemão. Sua origem data do final do século XIX, sendo que seu surgimento ocorre em meio a um processo de construção no momento em que a nação alemã se vê atrás da França no processo de industrialização (PIMENTA; ANASTASIOU, 2010, p. 150).

Como se viu atrasada em relação ao processo de industrialização (Revolução Industrial), colocou-se como meta o desenvolvimento industrial nacional a partir da pesquisa científica, a fim de alavancar a nação alemã como potência industrial. Desse modo, a universidade ganhou extrema importância, porque ficara sob sua responsabilidade a produção do conhecimento. Basicamente, os centros universitários se dividiram em dois campos: os chamados institutos cujo propósito era a formação profissionalizante e os denominados centros de pesquisa cuja

finalidade primordial era a construção do conhecimento (PIMENTA; ANASTASIOU, 2010, p. 150- 151).

Dentro dessa perspectiva, professor e aluno são agentes de produção do saber, ou seja, quebra-se o paradigma jesuítico e francês de que o aluno deve apenas repetir o conhecimento imposto pelo professor. Um reflexo do modelo alemão no Brasil certamente foi a edição no ano de 1968 da Lei 5.540 que dividiu o ensino superior em dois eixos: o primeiro, direcionado à graduação consubstanciado em um ensino profissionalizante – constituindo-se em uma -reafirmação do modelo francês - e o outro à pós-graduação, responsável pelo desenvolvimento das pesquisas (PIMENTA; ANASTASIOU, 2010, p. 152-153).

Não obstante as mazelas do ensino, o certo é que existia uma efervescência de produção de conhecimento crítico antes da institucionalização da Ditadura Militar em 1964, contudo, após seu advento não se encontrou terreno fértil para se desenvolver com a instalação do regime ditatorial a partir de 1964. Mais uma vez, estimulou-se a reprodução do conhecimento de forma acrítica e sem análise do contexto histórico social de nossa sociedade.

Os parâmetros educacionais contidos na Lei 5.540/68 vigoraram até o advento da nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação, qual seja, a Lei 9.394/96. E, ainda, ecoam no nosso sistema educacional fortes resquícios do método de ensino jesuítico e francês, o que impossibilita, por vezes, a construção do saber. “No entanto, experiências com novas formas de enfrentamento dos quadros teórico-práticos dos cursos de graduação vêm sendo feitas, ainda que sejam numericamente minoritárias (PIMENTA; ANASTASIOU, 2010, p. 154-155)”⁹⁶.

4.2.2.2 A Expansão do Ensino e a Baixa Qualidade: O Decréscimo da Participação Política

⁹⁶ Mago (2009) propõe com base em Gadamer, por exemplo, uma proposta educacional a partir do diálogo entre professor e aluno.

Além do discurso monológico que caracteriza, como visto, historicamente, nosso sistema educacional, outro grave problema é a supervalorização da quantidade em detrimento da qualidade, especialmente, nas últimas décadas.

Gil (2009a, p. 19), por exemplo, ao falar sobre a qualificação dos professores demonstra sua preocupação:

Durante muito tempo, não se manifestou em nosso país preocupação com a formação do professor para atuar no Ensino Superior. As crenças amplamente difundidas de que “quem sabe sabe ensinar” e “o bom professor nasce feito” contribuíram para que a seleção de professores para os cursos superiores fosse determinada principalmente pela competência no exercício da profissão correspondente. Assim, ocorreu com os cursos de Direito, Medicina e Engenharia instalados ao longo do século XIX e início do século XX.

Na mesma perspectiva, Bazzo (2006, p. 37) salienta a importância da formação inicial e continuada dos docentes como uma forma de melhoria do ensino superior, contudo, demonstra sua preocupação com a dificuldade de vingar tal sugestão ante a visão neoliberal de mercantilização do conhecimento.

Para Chauí (2001, p. 55), no modelo neoliberal, a universidade deixa de exercer um papel de criação e reflexão crítica do conhecimento – universidade enquanto instituição social - e passa a possuir um papel de formação de mão-de-obra para o mercado sem se preocupar com a formação de um ser humano crítico, sendo que as palavras de ordem são treinamento e adestramento – universidade enquanto entidade administrativa. “A universidade, exatamente como a empresa está encarregada de produzir incompetentes sociais, presas fáceis da dominação e da rede de autoridades (...) tanto menos se deve ensinar, tanto menos se deve aprender”.

Em verdade, o Brasil, desde a colonização portuguesa, sempre teve um déficit educacional enorme. Schlegel (2010, p. 90), especificamente falando da cobertura educacional na Primeira República alerta:

A Primeira República pouco fez para recuperar o atraso. Países vizinhos com trajetória econômica comparável, como Argentina e Uruguai, aproximaram-se da universalização dos níveis escolares mais básicos antes da Primeira Guerra Mundial; no Brasil, O Recenseamento de 1920 apontou que apenas 20% das crianças de 7 a 14 anos sabiam ler e escrever, ou seja, perto de 80% não haviam frequentado a escola.

Não obstante, é certo que ocorreu uma expansão espetacular da educação no Brasil nas últimas décadas. O ensino fundamental, por exemplo, atingiu virtualmente sua universalização. A pergunta que deve ser feita é se essa expansão promoveu um ganho em termos de participação política, uma vez que a perspectiva predominante, ou seja, convencional na Ciência Política é de que a “educação, entendida como aprendizado formal e estruturado, é dos fatores mais relevantes como determinante do comportamento político do cidadão (SCHLEGEL, 2010, p. 90)”.

Schlegel (2010, p. 299) conclui, após a análise de pesquisas compreendidas no intervalo entre 1989 e 2006, que a expansão da educação nas últimas décadas comprova a tese da correlação entre educação e comportamento político, conforme amplamente aceito. Porém, ressalva que, no caso brasileiro, os impactos foram menores do que se esperava. “Tudo considerado, os resultados desaconselham apostas na educação como panaceia capaz de promover uma cidadania superior e fazer superar os déficits democráticos no Brasil. Em uma frase: a educação importa, mas sozinha não resolve.”

De forma exemplificativa, a possibilidade de um universitário possuir um comportamento político ativo e efetivo em 1993 era 3,6 vezes maior do que um indivíduo com ensino fundamental incompleto. Já no ano de 2006 esse valor reduziu para 1,6 vezes. Em 1989, um cidadão com o ensino médio completo possuía 66% mais chances de optar pela democracia a outros regimes, qualquer que fosse o regime indicado, sendo feita a comparação com um indivíduo que não possuía o diploma do ensino de primeiro grau. A análise estatística dos dados coletados a partir da segunda metade dos anos 2000 demonstra ser impossível diferenciar indivíduos com essas duas situações educacionais em questão de opção pela democracia (SCHLEGEL, 2010, p. 299).

Essa tendência de declínio do engajamento político se verificou com maior relevância no ensino médio. Segundo Schlegel (2010, p. 299):

Esse nível de instrução foi o que registrou maior expansão proporcional de matrículas entre o fim da década de 1980 e os anos 2000. Foi também o que teve maiores perdas em termos de qualidade nesse período, aferida por avaliações governamentais com resultados comparáveis no tempo. É o que apresenta as maiores encruzilhadas em matéria de discussão de currículos adequados. Agora, há todos os indícios de que também em termos de agregar disposição de participar e apoiar a democracia os retornos desse ciclo de ensino decaíram no passado recente.

Com efeito, muito embora seja confirmada a relação existente entre educação e comportamento político, a constatação do declínio dos índices de participação política demonstra que a expansão da educação por si só não reflete satisfatoriamente a melhoria dos índices de participação política. Assim, fica evidente que a qualidade da educação, “entendida, como capacidade de desenvolver habilidades de raciocínio e retenção de conhecimentos nos alunos, é exemplo de dimensão que não pode ser desprezada quando se avaliam os efeitos políticos (SCHLEGEL, 2010, p. 300).”

Portanto, no caso brasileiro, apesar da expansão do sistema educacional, ocorreu um declínio da qualidade do ensino, o que resultou em um declínio dos retornos políticos oriundos da relação entre educação e comportamento político, contribuindo, por consequência, com uma crise em nossa democracia representativa no campo da legitimidade.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa objetivou analisar criticamente o fenômeno da mutação constitucional, ressaltando a necessidade de sua restrição conceitual. A partir da exposição doutrinária e da análise do julgamento da Rcl 4335/AC foram alcançados os objetivos inicialmente delineados.

Constatou-se que o tema da mutação constitucional tem seu nascedouro na doutrina alemã, sendo que Jellinek entendia que a norma constitucional deveria ceder em face da realidade fática, isto é, a constituição capitulava diante da constituição real. Por sua vez, coube a Hsü Dau-Lin o mérito de sistematizar o fenômeno da mutação constitucional, bem como de estudá-lo de forma específica. Já Konrad Hesse dá um passo à frente e procura estabelecer limites à mutação constitucional – de forma explícita faz referência a Gadamer.

Observou-se que a doutrina nacional associa a mutação constitucional ao denominado poder constituinte permanente ou difuso. Contudo, após um regresso histórico sobre a teoria do poder constituinte, rejeitou-se tal fundamento para reconhecer a própria historicidade do texto constitucional. Verificou-se na análise da Reclamação 4335/AC que o Supremo Tribunal Federal trata o conceito de mutação constitucional de acordo com sua conveniência, o que resulta na dificuldade de uma restrição conceitual e racionalização.

Ao final do capítulo 2, trabalhou-se a questão da relação entre o controle de constitucionalidade e a democracia, bem como se realizou uma digressão histórica sobre o papel do Senado Federal na tradição do constitucionalismo brasileiro. Nesse itinerário, constatou-se que o Senado Federal sempre teve uma participação relevante no controle difuso de constitucionalidade. Essa Casa Legislativa sempre serviu de mecanismo de controle à jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, sendo o art. 52, X, da Constituição Federal um canal de comunicação criado pelo constituinte originário com o desiderato de estabelecer um diálogo permanente entre o Parlamento e a Corte Suprema.

Após a constatação, especialmente, do uso pelo Supremo Tribunal Federal do conceito de mutação constitucional de forma aleatória, particularmente, no caso da decisão da Rcl 4335/AC, observou-se no terceiro capítulo que a hermenêutica filosófica de Gadamer e a teoria do direito de Dworkin se correlacionam com o propósito de impedir que o intérprete se apodere do sentido do texto constitucional e atribua-lhe qualquer sentido. Como disse Gadamer, é preciso ouvir o texto, porque o texto tem algo a dizer. Não é possível dizer qualquer coisa sobre o texto. E, como defende Dworkin, o intérprete está adstrito a uma comunidade de princípios. Com efeito, o juiz constitucional não pode criar o direito ao arrepio do texto constitucional ou negar-lhe eficácia, uma vez que é imprescindível manter a integridade e a coerência do direito. Em verdade, o que está por trás dos Votos dos Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau e Teori Zavascki na Reclamação 4335/AC é a adoção do paradigma da subjetividade na qual o sujeito se apodera do objeto – no caso o texto do art. 52, X, da Constituição Federal.

Com efeito, a defesa por Gadamer da tradição e de Dworkin da integridade não significa submissão ao passado de forma acrítica, é possível formular a crítica através da fusão de horizontes (Gadamer) e da interpretação construtiva (Dworkin), o que não se pode é dentro de uma visão pragmatista do direito o intérprete esquecer o texto e atribuir-lhe o sentido que melhor lhe aprouver.

Ressaltou-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal na Rcl 4335/AC sozinha pode representar pouco, porém observada a partir de uma visão sistêmica possui um simbolismo enorme, porque revela, bem como contribui para a crise de nossa democracia representativa. No Estado Democrático de Direito, todos estão submetidos à Constituição, inclusive, o Supremo Tribunal Federal, caso contrário trocaremos o governo do monarca pelo discurso monológico do juiz constitucional.

A decisão da Corte Suprema na Rcl 4335/AC, associada ao passivismo do Senado Federal, revela uma profunda crise no sistema de democracia representativa na qual a deslegitimação do Poder Legislativo permite o avanço da Corte. Independentemente dos acertos e desacertos da Suprema Corte, não é saudável para a democracia a superposição de um poder ao outro.

É dentro desse contexto – superposição do Supremo Tribunal Federal ao Legislativo – que a pesquisa defendeu a possibilidade de se estabelecer um diálogo interinstitucional entre o Judiciário e o Legislativo – bem como entre os demais intérpretes constitucionais – para legitimar os processos de mutação constitucional, sem, contudo, aceitar que esse diálogo desconsidere o texto da própria Constituição.

Não obstante a defesa de uma perspectiva dialógica de construção do processo de mutação constitucional na linha de Gadamer, bem como a constatação de que existem precedentes jurisprudenciais nos quais ocorreu um diálogo interinstitucional entre a Casa Legislativa e a Corte Suprema, ressaltou-se a dificuldade de se efetivar e ampliar o discurso dialógico no Brasil haja vista a crise de nossa democracia representativa.

Por fim, a partir do pensamento sociológico de Zygmunt Bauman observou-se que no novo cenário mundial os governos nacionais deixaram de concentrar “poder” e “política” – conceitos distintos para Bauman. Consoante Bauman, a globalização retirou do espaço político a capacidade de fazer as coisas (poder) e a capacidade de decidir o que fazer (política) em detrimento da economia globalizada – o poder agora se concentra nas mãos das empresas multinacionais. Já o processo da “individualização” é caracterizado pela destruição da capacidade dos indivíduos se agregarem em uma agenda comunitária que almeje o bem comum. Por sua vez, comprovou-se que há uma relação entre educação e comportamento político. Porém, a educação sozinha não promove a formação de cidadãos proativos, sendo imprescindível se ter uma educação de qualidade para a formação da cidadania ativa e efetiva.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bossi. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2ªed. São Paulo: Landy, 2005.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 11ª ed revista. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os Juízes Decidem os Casos Difíceis? A Guinada Pragmática de Richard Posner e as Críticas e as Críticas de Ronald Dworkin**. 287f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/pt-br.php> > Acesso em: 20 de setembro de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.

_____. **Mutação Constitucional**. In: MOREIRA, Eduardo Moreira; PUGLIESI, Márcio (coord). 20 Anos da Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013b.

BATEUP, Christine. **The Dialogue Promise**: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. Disponível em: < http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp > Acesso em 05 de novembro de 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas..** Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. **Em Busca da Política.** Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

_____. **Modernidade Líquida.** Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. **Bauman sobre Bauman.** Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2011.

_____. **Fronteiras do Pensamento.** Diálogos com Zygmunt Bauman. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=POZcBNo-D4A> > Acesso em 05 de novembro de 2014.

_____. **Nós Hipotecamos o Futuro.** Entrevista com Zygmunt Bauman. 23min. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=OcpD1pLdkoQ> > Acesso em 05 de novembro de 2014.

BAZZO, Vera Lúcia. **Algumas Reflexões sobre a Profissionalidade Docente no Contexto das Políticas para a Educação Superior.** In: COLAÇO, Thais Luzia (org). Aprendendo a ensinar direito o Direito. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea.** Lisboa, Portugal: Edições 70, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Poder Constituinte**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 171-220.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 05 de março de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em 03 de abril de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 13019 AgR**. Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 19 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+13019%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+13019%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4xmw7p>> Acesso em 04 de janeiro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 477554 AgR**. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 16 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+477554%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+477554%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d4woyu3>> Acesso em 04 de janeiro de 2015.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**: Elementos para una Definición In: MOREIRA, Eduardo Moreira; PUGLIESI, Márcio (coord). 20 Anos da Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Escritos sobre a Universidade**. São Paulo: UNESP, 2001.

COELHO, André Luiz Souza. **Dworkin e Gadamer: Qual a Conexão?** Disponível em:<file:///C:/Users/Defensor/Downloads/ARTG_DWORKIN%20E%20GADAMER%20QUAL%20CONEX%C3%83O%20(1).pdf> Acesso em: 20 de setembro de 2014a.

_____. **Levando os Direitos a Sério e Uma Questão de Princípio**. Palestra. 2014b. 02h47min. Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=5AGAGSdsVVE>> Acesso em: 20 de setembro de 2014b.

_____. **O Positivismo Jurídico depois de Dworkin: o positivismo inclusivo, exclusivo e normativo**. Palestra. 2014c. 02h35min. Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=TsRNJzo-lkA>> Acesso em: 20 de setembro de 2014c.

CÔELHO, Carolina Reis Jatobá; Silva, Christine Oliveira Peter da. **Mutação Constitucional: a atuação da “sociedade aberta” como protagonista na interpretação da Constituição Brasileira de 1988**. Disponível em:<<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1033/1110>> Acesso em: 20 de setembro de 2012.

CONJUR. **Controle de Constitucional**: Peluso e Debré trocam experiências sobre cortes. 13 de outubro de 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2010-out-13/ministro-peluso-discute-controle-constitucional-corte-francesa>> Acesso em: 13 de junho de 2013.

CORTÊS, Norma. **Descaminhos do Método**: notas sobre história e tradição em Hans-Georg Gadamer. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752006000200003>. Acesso em: 10 ago. 2014.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica.. 421f. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade

de Direito, Universidade de Brasília - Unb. 2008. Disponível em: <
<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp149009.pdf> > Acesso em: 20
 de junho de 2014.

COSTA, Álisson da Silva. **A Reclamação 4335-5 AC: Uma Crítica ao Realismo Jurídico presente na atual Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a proposta de Rodnald Dworkin do Direito como Integridade.** . Disponível em:
 <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2008/Discente/Alisson%20-%20artigo.pdf >
 Acesso em: 20 de junho de 2013.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución.** Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Föster. Oñati:IVAP, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** 3ª ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **O Império do Direito.** 3ª ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Rildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **A Justiça de Toga.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Fernando Santos. Revisão Técnica de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma Questão de Princípio.** Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Tradução Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMFMartins Fontes, 2010.

EISENBERG, José. **Para que Serve o Pragmatismo Jurídico?.** Disponível em <
<http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/Para%20que%20serve%20o%20pragmatismo%20jur%EDdico.pdf>> Acesso em: 20 de maio de 2014.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

FERRAZ, Carlos Adriano. **Observações Acerca de Um Modelo Pós-positivista de Fundamentação do Direito**: Dworkin e a Idéia de “Interpretação Construtiva”. Filosofia Unisinos. 2011. Disponível em < file:///C:/Users/Defensor/Downloads/1591-4448-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2014.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Art. 52, X, da CF**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1060-1067.

FURQUIM, Lilian de Toni. **O Liberalismo Abrangente de Ronald Dworkin**. 234f. Tese. (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, SP, 2010. Disponível em < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-02122010-111403/pt-br.php>> Acesso em: 20 de maio de 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12ª ed. Trad. Flávio Paulo Meure; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012a.

_____. **Verdade e Método II**: complementos e índice. 6ª ed. Tradução de Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2011.

_____. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Tradução Marco Antonio Casanova. 2ªed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012b.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget. 1996.

GIL, Antonio Carlos. **Didática do Ensino Superior**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2009a.

_____. **Metodologia do Ensino Superior**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009b.

GONÇALVES, Nicole Pilagallo da Silva Mader. **O Risco da Crise do Poder Legislativo para o Estado Democrático de Direito**: a necessária reconstrução da esfera pública, o resgate do político e a reformulação da democracia. 2009. Disponível em <
<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/229/222>>
 Acesso em: 20 de maio de 2014.

GRODIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

_____. **O Pensamento de Gadamer**. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Paulus, 2012.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A Lógica das Ciências Sociais**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol I. 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2002.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1986.

_____. **O Conceito de Direito**. 3ª Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.1991.

_____. **Limites da Mutação Constitucional**. In: Temas Fundamentais de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 147-171.

_____. **Constituição e Direito Constitucional**. In: Temas Fundamentais de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 01-22.

_____. **A Interpretação Constitucional**. In: Temas Fundamentais de Direito Constitucional.. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 101-122.

HOLGUÍN, Nelson Jair Cuchumbé. **El Aporte Filosófico de Gadamer y Taylor a la Democracia**: Actitud de Diálogo Abierto y Reconocimiento Recíproco. Disponível em < <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=209026868007> > Acesso em: 20 de junho de 2014.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Tradução Christian Förter. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KLAUTAU FILHO, Paulo. **Ronaldo Dworkin**: direito, justiça e a unidade de valor. Palestra. 01h08m. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=xSSVV046n30> > Acesso em: 20 de novembro de 2014.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.

KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. 11^a ed. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Trad Hélio Magri Filho. Petrópolis, RJ:Voices, 2007.

LIBÂNEO, José Carlos. **Do Paradigma da Consciência ao Paradigma da Linguagem**. Disponível em < https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=Do+Paradigma+da+Consci%C3%Aancia+ao+Paradigma+da+Linguagem > Acesso em: 20 de novembro de 2014.

LEMOS, Tayara Talita et al. **Mutação Constitucional e Democracia: Uma (Des)Construção Hermenêutica do Problema da Intervenção do Senado em Sede de Controle Difuso de Constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/franca.pdf> > Acesso em 14 de junho de 2014.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. 1^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org). **Direito e Interpretação**: Racionalidades e Instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999.

MACHADO, Igor Suzano. **Dworkin e os Desafios Contemporâneos à Epistemologia do Direito**. Disponível em < <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/11/12> > Acesso em: 20 de junho de 2014.

MAGO, Leonir Dal. **Gadamer**: Hermenêutica Filosófica e Educação. 2009. 132f. Dissertação. (Mestrado em Educação) – Universidade de Passo Fundo, RS. Disponível em < http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=183297 > Acesso em: 20 de junho de 2014.

MARINONI; Luiz Guilherme. **Controle de Constitucionalidade**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 707-1199.

MARMOR. Andrei. **Direito e Interpretação**. Ensaios de Filosofia do Direito. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade**: O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. Disponível em <
<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>> Acesso em: 20 de junho de 2014.

MEDEIROS, Orione Dantas de. **A Influência do Realismo Judicial no Julgamento da Reclamação Constitucional 4335-5/AC**: Rejeição da Mutação Constitucional prevista no art. 52, X da CF/88. ”. Disponível em <
<http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/view/2276/1301>> Acesso em: 20 de junho de 2014.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A Decisão no Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais**: separação de poderes e deliberação. 219f. Tese. (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, SP, 2008. Disponível em <
file:///C:/Users/Defensor/Downloads/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf> Acesso em: 20 de setembro de 2014.

_____. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da Reforma Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2012.

MORRIS, Clarence (org). **Os Grandes Filósofos do Direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução Reinaldo Guarany. Revisão da tradução Silvana Vieira, Claudia Beliner. Revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MOUFFE, Chantal. **Democracia, Cidadania e a Questão do Pluralismo**.

Disponível em <

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/viewFile/2015/1763>> Acesso em: 25 de novembro de 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. **O Senado Federal e o Controle Concreto de Constitucionalidade de Leis e de Atos Normativos: Separação de Poderes, Poderes Legislativo e Interpretação da CF 52, X.** . Disponível em <
<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/jurisdicao-constitucional-o-senado-federal-e-o-controle-concreto-de-constitucionalidade-de-leis-e-de-atos-normativos-separacao-de-poderes-poder-legislativo-e-interpretacao-da-cf-52-x>> Acesso em: 25 de novembro de 2014.

OLIVEIRA, Debora Gonçalves de. **As Possibilidades da Democracia Participativa no Estado Democrático de Direito**. 116f. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL, PR, 2009. Disponível em <
http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/debora_g.pdf> Acesso em: 25 de novembro de 2014a.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria da Constituição. 1ª ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

OLIVEIRA, Larissa Pinha de. **Parâmetros Hermenêuticos da Mutação Constitucional**. Dissertação. 143f. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, RJ, 2011 Disponível em <
http://www2.dbd.pucRio.br/pergamum/biblioteca/php/index.php?codObra=0&codAcesso=192088&posicao_atual=116&posicao_maxima=1401&tipo=bd&codBib=0&codMat=&flag=&desc=&titulo=Publica%E7%F5es%20OnLine&contador=0&parcial=&letra=P&lista=E> Acesso em: 18 de abril de 2014b.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. **Novas Tendências na Jurisprudência do STF e Juristocracia**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2014-abr-12/diario-classe-novas-tendencias-jurisprudencia-stf-juristocracia> > Acesso em: 25 de novembro de 2014c.

PEDRA, Adriano Sant' Ana. **Mutação Constitucional**: interpretação evolutiva da constituição na democracia constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012.

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. 2011. 228f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8QGKX9/tese_fl_vio_pedron___impress_o.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03 de dezembro de 2013.

PEREIRA, Thomaz H; Junqueira de A. Pereira. **Narrativa Histórica e Autoridade Constitucional**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-23/observatorio-constitucional-narrativa-historica-autoridade-constitucional>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2013.

PÉREZ, Maria Lourdes Santos Pérez. **Una Filosofía para Erizos**: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. Disponível em: < <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD43331996.pdf> >. Acesso em: 05 de setembro de 2014.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. Salvador: Editora Jus Podivum, 2009.

PIMENTA, Selma Garrido; ANASTASIOU, Léa das Graças Camargos. **Docência no Ensino Superior**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

POGREBINSCHI, Thamy. O que é Pragmatismo Jurídico?. Disponível em: < <http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>>. Acesso em: 03 de setembro de 2014.

RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação Constitucional**: constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá. 2013.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e Ideologias**. Tradução de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves. 1990.

_____. **O Justo 1:** a justiça como regra moral e como instituição. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008

_____. **O Justo 2:** a verdade e outros estudos. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008

RODRIGUES, Caio Farah. **Sentido, Valor e Aspecto Institucional da Indeterminação Jurídica**. 2011. 169f. Tese (Doutoramento em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06072012-085443/pt-br.php>>. Acesso em: 13 de março de 2014.

ROHDEN, Luiz. Gadamer. In: PERCORARO, Rossano (org). **Os Filósofos:** clássicos da Filosofia. 2ª ed. Vol III. Petrópolis, RJ: 2009.

SÁ, Waltenberg Lima de. **Fundamentos Filosóficos para Uma Crítica e Legítima Aplicação do Direito:** o operar do círculo hermenêutico na compreensão jurídica. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, 2014.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho; OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. **Gadamer e Dworkin:** confluências entre a Hermenêutica Filosófica e a Interpretação Construtiva do Direito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6788076842014c83>>. Acesso em 10 de março de 2014.

SANSON, Alexandre. **Dos Institutos de Democracia Semidireta (plebiscito, referendo e iniciativa popular como fontes de fortalecimento da cidadania ativa**. 2007. 180 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Plesbiteriana Mackenzie, São Paulo. Disponível em: http://www.mackenzie.br/stricto_deconomico_tesest.html?&cHash=3b9c4c94049098219d8a64776ea2cb9c&tx_ttnews%5Btt_news%5D=2683#.VL0dEdLF-qA>. Acesso em: 16 de outubro de 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 13ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, 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. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Distrito Federal. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10482/13900>>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.

SANTOS, Jucélia Bispo dos. **Bauman**: Modernidade e Conseqüências da Globalização. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000286#>>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.

SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização**: do pensamento único à consciência universal. 19ªed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Do Poder Constituinte e da Mudança Constitucional – Reforma e Mutação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 85-153.

SCHLEGEL, Rogério. **Educação e Comportamento Político**: os retornos políticos decrescentes da escolarização brasileira recente. 2010. 323f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-14102010-105934/pt-br.php>> Acesso em: 20 de junho de 2014.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis, RJ: Vozes. 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores. 2011.

SILVA, Vírgilio Afonso da. **O STF e o Controle de Constitucionalidade**: deliberação, diálogo e razão pública. 2009. . Disponível em: <http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf> Acesso em: 20 de junho de 2014.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: O Substrato Clássico e os Novos Paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

SOMBRA, Leite Laurenio. **Gadamer e Habermas: os atritos da linguagem**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/4223/3332>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum. 2013.

_____. STRECK, Lenio Streck; CATTONI, Marcelo Andrade; Lima, Martonio Mont`Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: mutação constitucional e limites da jurisdição constitucional**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso> Acesso em 14 de junho de 2013

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?**. 4ª ed revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O Realismo ou “Quando Tudo Pode Ser Inconstitucional”**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em 14 de junho de 2014.

_____. **Ok, O Juiz Não é Deus (juge n`est pas Dieu!)**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-20/senso-incomum-ok-juiz-nao-deus-juge-nest-pas-dieu-duvida>> Acesso em 25 de novembro de 2014.

_____. **Observatório do Observatório ou a Circulatura do Quadrado**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-04/senson-incomum-observatorio-observatorio-ou-circulatura-quadrado>> Acesso em 14 de junho de 2014.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Antônio Braz. **Breve Tratado da Razão Jurídica**. Sintra, Portugal: Editora Zéfiro, 2012.

TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus Neoconstitucionalismo**: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasiliis*. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación **Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución**: uma aproximación al origen del concepto. In: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20. n. 58. Enero-abril, 2000. Disponível em: < http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/REDC/58/REDC_058_111.pdf > Acesso em 14 de junho de 2014.

VARGAS, Denise Soares. **Mutação Constitucional via Decisões Aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Estudios Preliminar**. In: JELLINEK, Georg. Reforma y Mutación de la Constitución. Tradução Christian Förter. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____, **Uma Aportación Ejemplar a la Teoría de Las Mutaciones Constitucionales**: La Obra de Hsü Dau-Lin. In: DAU-LIN, Hsü. Mutación de la Constitución. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Föster. Oñati:IVAP, 1998.

VIEIRA, José Ribas; MASTRODI NETO, Josué; VALLE, Vanice Lírio do. **A Teoria da Mudança no Constitucionalismo Americano**: Limites e Possibilidades. In: DUARTE, Fernanda et al. Teoria da Mudança Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista de Direito FGV. Julho-dezembro/2008. Disponível em: < file:///C:/Users/Defensor/Downloads/35159-67952-1-PB%20(1).pdf > Acesso em 14 de junho de 2014.

