

# ALTERAÇÃO E MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO. O CASO BRASILEIRO.<sup>1</sup>

*Amendments and Mutation of Constitution. The Brazilian case.*

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>2</sup>

## SUMÁRIO

Introdução. 1. A mudança na Constituição. 2. O Supremo Tribunal Federal e as principais mudanças informais na Constituição de 1988. 3. Implicações e questionamentos.

## RESUMO

O objetivo do presente estudo é compreender o impacto na Democracia brasileira promovido pelas alterações formais da Constituição, ocorridas desde 1988, analisando se a legitimidade da democracia encontra-se assegurada através do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, na valoração das emendas durante a revisão judicial, assegurando sua eficiência no processo de controle da constitucionalidade.

## ABSTRACT

The objective of this study is understand the impact on Brazilian's Democracy promoted by constitution amendments, since 1988, analysing if the democratic legitimacy is ensured by the role undertaken by the Supreme Court during the judicial review, valuating amendments and assuring its efficacy in the constitutional control process.

**Palavras-chaves:** Constituição Federal – Emendas – Efetividade – Valor – Mutação Constitucional – Controle de Constitucionalidade – Democracia.

**Keywords:** Constitution – Amendments – Effectiveness – Value - Mutation Constitutional control of constitutionality – Democracy.

## INTRODUÇÃO

1. É fato notório que a Constituição brasileira – desde a sua promulgação, em 5 de outubro de 1988 – até hoje – setembro de 2012 – foi modificada por 76 Emendas (6 de revisão mais 70 ordinárias). Obviamente, portanto, teve ela o seu teor alterado em numerosos pontos importantes. O Poder Judiciário, por exemplo, sofreu mesmo uma reforma, por meio de uma emenda, exatamente conhecida por Reforma do Judiciário (Emenda nº 45/2004).

---

<sup>1</sup> É esta a terceira versão deste trabalho, em razão da correção de enganos e o acréscimo de novos aspectos. Certamente ainda virão outras pelas mesmas razões. Peço escusas por publicar um trabalho imperfeito, mas o faço para atender a interessados que, tendo-me ouvido sobre o assunto, querem ter nas mãos um texto mais preciso.

<sup>2</sup> Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP. Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (França). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

Ela, sem dúvida, por isso mudou. Contudo, não terá ela mudado sem que o fosse por alteração formal de seu texto?

Com efeito, de há muito os juristas já se aperceberam que as Constituições mudam, mesmo sem alteração do texto. A alteração formal produz mudanças que podem ser ditas mudanças formais, entretanto, a experiência aponta para o fato de que as Constituições também mudam – e quanto – informalmente, quer dizer sem alteração da sua letra. Sim, porque a mudança da Constituição – mudança de sentido – não provém apenas de alterações de sua redação.<sup>3</sup>

2. O presente estudo visa a examinar se a Constituição de 1988 mudou informalmente em aspectos significativos, e quanto. A questão não é despicienda, pois, no Supremo Tribunal Federal, já se chegou a sustentar que ela não somente mudou, mas sofreu mutação.

A resposta a essa questão envolve perquirições de, pelo menos, duas ordens – isto, não se deixando o estrito campo jurídico, pois, se se descesse ao da política, da sociologia, da história, muitas outras se imporiam.

A primeira delas é a análise do fenômeno da mudança constitucional, enfatizando a questão das mudanças não formais da Constituição. A última, o exame de algumas implicações doutrinárias e praticamente importantes. Entre elas se insinua outra, qual seja, a das mudanças operadas informalmente na Constituição brasileira no período 1988–2012 pelo Supremo Tribunal Federal, ou com a “sanção” deste, cujo papel primordial nessa ocorrência adiante se analisa.

## 1. A MUDANÇA NA CONSTITUIÇÃO<sup>4</sup>

3. Como é elementar, as Constituições escritas (documentais), somente podem ser alteradas por emendas, adotadas por um procedimento formal que a própria Constituição estabelece. Está nisto a chamada rigidez da Constituição que é generalizada nas Constituições escritas, sendo excepcional que admita estas alterações por força de leis adotadas pelo procedimento ordinário de legiferação. Obviamente, essas alterações formais levam (quando efetivas), a mudanças na Constituição, mudanças que, em decorrência de sua fonte, são chamadas de mudanças formais.

---

<sup>3</sup> Da distinção apontada torna-se claro que, neste trabalho, alteração e mudança não são sinônimos. Alteração é modificação no texto, mudança é modificação no sentido, significação, ou alcance. Para percebê-lo não é preciso recorrer às sutilezas da semiótica.

<sup>4</sup> Exponho neste texto ideias que hauri em muitas obras, entre as quais destaco as de Kenneth C. Wheare, *Modern Constitutions*, A.V. Dicey – *Law of the Constitution*, as dos colaboradores da obra coletiva *Les règles et principes non écrits en droit public*, coordenada por Pierre Avril e Michel Verpeaux, também Pierre Avril – *Les conventions de la Constitution* e entre os brasileiros Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da Constituição*, entre muitos outros. A estes autores é que devem ser creditados os méritos da contribuição, não pretendendo este trabalho senão divulgá-la, aplicando-a à experiência brasileira.

Entretanto – como já se assinalou na introdução – juristas mais sutis de há muito se aperceberam de que as Constituições mudam, efetivamente, no seu conteúdo normativo, sem que isso seja determinado por alterações formais. Ou seja, sofrem mudanças informais. O texto não é alterado, mas o seu sentido muda.

4. A mudança informal deriva de diversos motivos, alguns deles enumerados a seguir, não em caráter taxativo e sim exemplificativo.

Um primeiro a considerar é a **nova compreensão dos valores** que a inspiram.

Disto é exemplo, na jurisprudência brasileira, a extensão dada à “dignidade da pessoa humana”, inscrita como princípio fundamental da República, no Art. 1º, III. São incontáveis as decisões que, fundadas em interpretações não raro subjetivistas, reconhecem direitos com base nela, ainda os vendo como direitos absolutos e ilimitados. É o caso do direito à saúde.

Outro é a **reação em face de problemas insuspeitados** pelo constituinte. Aqui se põe – sempre como exemplo brasileiro – o caso das renúncias a mandato para evitar sanções. Isto, que se tornou frequente no plano parlamentar, eclodiu de modo estrondoso, quando, no *impeachment* do Pres. Collor, este renunciou para evitar a imposição da pena acessória de suspensão dos direitos políticos. Tal pena lhe foi assim mesmo aplicada, contrariando o posicionamento tradicional de que, não podendo ser imposta a pena principal – no caso a perda do mandato – não poderia ser aplicada a pena acessória – a suspensão. Certamente a percepção da fraude ditou esta solução.

Um terceiro pode ser visto na **aceitação de práticas** que geram convenções (na lição de Dicey<sup>5</sup>) ou até verdadeiros costumes. Assim ocorreu no Brasil, antes da Emenda nº 32/2001, com a reedição de medidas provisórias não aprovadas nem rejeitadas no prazo constitucional de trinta dias. Estas práticas podem, ademais, ser encaradas como a identificação de normas não escritas da Constituição, uma outra hipótese de mudança da Constituição.

Quarta hipótese é exatamente a referida **descoberta de normas não escritas, mas implícitas** na Constituição. Isto transparece do entendimento hoje adotado de que a renúncia de mandato parlamentar antes de instaurado procedimento punitivo não gera inelegibilidade. Ou, o reverso, de que pode o parlamentar perder o mandato por deixar o partido pelo qual se eleger.

Enfim, não se pode ignorar que o Estado contemporâneo sofre uma grande influência de instituições internacionais e por intermédio destas do direito internacional, especialmente em matéria de direitos fundamentais, o que se reflete não somente em alterações que trazem mudanças formais, contudo também em entendimentos novos que se assimilam a mudanças informais.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Na sua obra clássica – *Introduction to the study of the Law of the constitution* – ele aponta a existência das “convenções da constituição”.

<sup>6</sup> Reflexo disto está na Constituição brasileira, no disposto no art. 5º, § 3º, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e no novo entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal acerca da relação

5. É certo que, na maior parte das vezes, essas mudanças aparecem na jurisprudência e são justificadas como interpretação do texto. Há, sem dúvida, uma “zona cinzenta” a separar a interpretação e a criação – há toda uma escola que insiste em que toda interpretação envolve uma criação. Entretanto, a meu ver há criação toda vez que a pretendida interpretação extravasa o entendimento do texto, apontando normas tão distantes da redação escrita, que seria hipocrisia pretender serem deduzidas do texto escrito. Assim, por exemplo, quando se estende ao controle concreto de constitucionalidade o que é admitido para o controle abstrato, e vice-versa, como várias vezes o faz o Supremo Tribunal Federal. Ou quando é arrogado um poder que não está na esfera de competência deste.

Por outro lado, lembre-se que, nos Estados Unidos da América, forte e importante corrente entende que a Constituição de 1787 deve ser interpretada com o sentido básico que deflui da vontade dos *founding fathers*.<sup>7</sup>

Tal posicionamento, se radicalizado, petrifica a Constituição e supervaloriza a vontade do legislador – a *voluntas legislatoris* – que não se confunde necessariamente com a *voluntas legis*, como de há muito se admite entre nós. Esta última admite, respeitados certos parâmetros, como a finalidade da norma, a sua atualização a novos tempos. Esta, indubitavelmente, abre o campo para “interpretações criativas” – uso de expressão consagrada pelo Prof. Elival da Silva Ramos – que sempre se devem distinguir das criações travestidas de interpretações.

6. Deve-se observar, outrossim, que a identificação de normas não escritas “aumenta” ou “alarga” a Constituição. O melhor exemplo disto vem do direito constitucional francês.

Como se sabe, a Constituição de 1958 não contém nem declaração de direitos nem disposições sobre a ordem econômica e social. Apenas, seu Preâmbulo remete ao Preâmbulo da Constituição de 1946 que confirma a adesão aos princípios da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como aos que, em matéria econômico-social, nele são enunciados. Tais princípios vieram a ser aplicados pelo Conselho Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade e assim se desenvolveu na doutrina a tese do “*Bloc de constitutionnalité*”. Em termos simplificados, a concepção de que a Constituição francesa não se limita ao texto promulgado em 1958, mas inclui entre seus princípios e regras o que decorre dos referidos Preâmbulos. Assim sendo, como deflui da jurisprudência do referido Conselho, a fiscalização de constitucionalidade toma como parâmetro, em matéria de direitos fundamentais, a Declaração de 1789 que, portanto, é norma vigente.<sup>8</sup>

---

entre o direito internacional advindo de tratados e o direito interno – mesmo constitucional. Está aqui um ponto não abordado nesta versão deste trabalho, que forçosamente o será e uma outra for estabelecida.

<sup>7</sup> V. sobre o assunto, por exemplo, Cass Sunstein, *A Constituição parcial, passim*.

<sup>8</sup> Tal noção de que a Constituição é mais que o texto assim denominado, foi incorporada pelo pensamento jurídico espanhol. V. Louis Favoreu e Francisco Rubio Llorente - *El bloque de constitucionalidad*.

Por isto, na conhecida lição de Wheare “*Constitutions are not made, they grow*”.<sup>9</sup> “As Constituições não são feitas, elas crescem”.

7. Essa mudança informal tem como ator destacado, contudo não único, o Judiciário, principalmente a Corte constitucional. Entretanto, nem sempre é ele o autor da mudança, mas simplesmente quem chancela essas mudanças, reconhecendo-lhes valor de normas jurídicas efetivas e eficazes. No Brasil, todavia, o seu papel de agente se vem acentuando, conforme se analisará mais adiante.

Todos os Poderes, com efeito, mudam a Constituição quando desenvolvem práticas de relacionamento, especialmente o Executivo e o Legislativo. Assim, nos Estados Unidos, o Presidente da República não recebe do texto de 1787 a iniciativa legislativa, mas nem por isso deixa ele de ser autor de numerosíssimos projetos, formalizados sem a sua assinatura.

Outrossim, o Legislativo especialmente afeiçoa o processo legislativo. É o que, no Brasil, faz ele tornando letra morta o “juízo prévio sobre o atendimento (dos) pressupostos constitucionais” das medidas provisórias (Art. 62, § 5º da Constituição, com a redação da Emenda nº 32/2001).<sup>10</sup> Igualmente, aplicando normas regentes da elaboração da lei ao processo de adoção de Emendas constitucionais. Por exemplo, “esquecendo” as duas votações sobre todo o texto, conforme prevê a Constituição para as Emendas (Art. 60, § 2º), para fazê-lo apenas quanto ao que foi alterado na Casa “revisora”, o que se admite em relação aos projetos de lei (Art. 65, parágrafo único).

Igualmente, o Legislativo muda a Constituição quando adota leis interpretativas ou regulamentadoras que dão novo alcance a normas constitucionais. Bom exemplo disto é a Lei nº 9.868/99 que, ao regulamentar as ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, inovou em vários pontos. Além disto, admitiu claramente, contra uma longa tradição corroborada pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que nem sempre o ato inconstitucional é nulo e irritado, devendo ter os seus efeitos desconstituídos *ex tunc*. De fato, o Art. 27 dessa Lei permitiu a restrição dos efeitos da inconstitucionalidade, tanto no tempo, quanto na substância – a chamada “modulação” dos efeitos.

8. A mudança informal pode ir tão longe que configura, segundo aponta a doutrina, uma mutação constitucional<sup>11</sup>. Ou seja, o novo sentido está tão longe do original considerado em bloco que pode ser tido como exprimindo uma nova Constituição.

Indica-se como exemplo deste fenômeno o chamado Estatuto Albertino, de 1848. Este foi promulgado como Constituição do reino da Sardenha. Com a unificação italiana, tornou-se a Constituição da Itália e vigorou formalmente até 31 de

<sup>9</sup> Como se vê, este jurista já antecipou uma das ideias magnas da moderna teoria da autopoiese jurídica.

<sup>10</sup> Isto deu lugar há pouco (7 de março de 2012) a uma rumorosa declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4029, rel. Ministro Luiz Fux).

<sup>11</sup> O tema foi abordado em profundidade no Supremo Tribunal Federal pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, como se examinará mais adiante.

dezembro de 1947, quando cedeu lugar à vigente Constituição da República da Itália. Nesse longo século, tal Carta presidiu uma monarquia limitada, depois uma democracia representativa de regime parlamentarista, mais tarde um Estado fascista e foi invocada expressamente, em 1943, quando da destituição de Mussolini. Entretanto, deve-se ter em mente, por um lado, que se tratava, embora escrita, de uma Constituição flexível, portanto, alterável e alterada pela lei ordinária.

Sob sua égide, aliás, vieram à luz normas não escritas que Biscaretti di Ruffia denominou “*norme di correttezza costituzionale*”<sup>12</sup>, que serviram para muitas adaptações a uma realidade política – esta sim – incontestavelmente mutante.

## 2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS PRINCIPAIS MUDANÇAS INFORMAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

9. Na vigência da Lei Magna de 1988, sobretudo nos últimos dez anos, o Supremo Tribunal Federal vem tomando decisões que muito se afastam da letra da Constituição, seja no âmbito do controle abstrato, seja no âmbito do controle concreto, quer nas ações de controle de constitucionalidade, estritamente falando, quer nas ações que também o instrumentalizam, como o mandado de injunção. Assim, pode-se dizer que ele tem  **mudado**  a Carta fundamental. Tem ido muito além de negar validade a leis e atos inconstitucionais, vem ousando construir uma ordem constitucional, que reflete o seu entendimento acerca dos valores e princípios da Lei suprema. Nisto, evidentemente, assume um papel político (no sentido nobre do termo), porque contribui para a governança do Estado brasileiro.<sup>13</sup>

É o que se vai mostrar, indicando e analisando (sumarissimamente) algumas de tais decisões.

10. As primeiras decisões que mereceriam exame seriam as – já aludidas – em que o Supremo Tribunal Federal declarou possível a reedição de medidas provisórias não transformadas em lei pelo Congresso Nacional, sem que este expressamente as tivesse rejeitado. Elas, com efeito, foram das primeiras a mudar a Constituição. A questão, porém, perdeu importância com a promulgação da Emenda nº 32/2001 que a redefiniu e regulou. Entretanto, cabe lembrar que a redação primitiva do Art. 62 da Constituição não previa a reedição e dava a entender (claramente) a impossibilidade. De fato, o parágrafo único do Art. 62 dispunha sem obscuridade:

---

<sup>12</sup> Paolo Biscaretti di Ruffia, *Le norme della correttezza costituzionale*

<sup>13</sup> Na verdade, pode-se dizer que o Judiciário brasileiro, como um todo, vem assumindo um papel ativo na governança, não hesitando, por exemplo, em promover a concretização de políticas públicas ou a efetivação de direitos fundamentais. A análise deste fenômeno escapa à temática deste trabalho, mas trato dele em vários estudos, como “*O papel político do Judiciário na ordem constitucional*”, publicado na *Revista dos Advogados*, da AASP, número dedicado aos 20 anos da Constituição (ano XXVIII, setembro de 2008).

**“As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”** (sublinhei).<sup>14</sup>

A mudança feita pelo Supremo foi a adjunção de uma exceção – o reconhecimento de uma norma não escrita que diria – “exceto se não tiver havido deliberação sobre elas” (conquanto a não conversão já pudesse indicar a negativa...)

Ora, o impacto dessa exceção foi grave. Com efeito, transformou o Executivo em legislador de fato, pois lhe permitiu editar normas que, sem aprovação do Legislativo, se perpetuavam pelas reedições – às vezes por dezenas de vezes. Isto se obtinha em vista da obstrução da bancada governista e do acúmulo de medidas a votar pelo Congresso. Além disto, criou um fator de insegurança jurídica, visto que as normas editadas eram “provisórias” – em tese –, já que poderiam não ser convertidas em lei, perdendo eficácia *ex tunc* – nem se falando que, nas reedições não raro o Executivo alterava algumas das disposições do ato renovado...

11. Outra decisão do Supremo Tribunal Federal tomada esta sem qualquer fundamento constitucional, mas justificada pela necessidade e pela urgência foi o caso da fixação do número de vereadores.

A Constituição de 1988 atribui aos Municípios o poder de auto-organização, respeitados os princípios e normas que ela própria edita a respeito deles, bem como os que, na sua esfera de competência forem postos pelos Estados em que se integram (Art. 29).

Ora, a Constituição, na redação que perdurou até a Emenda Constitucional nº 58/2009, dispunha no inciso IV que:

O número de vereadores [seria] proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:

[...]

IV - número de vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes; b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos municípios de mais de cinco milhões de habitantes.

---

<sup>14</sup> Nem se fale do desinteresse do Supremo Tribunal Federal pela aferição da condição de urgência, posta pelo art. 62, *caput*, exigida como condição para a edição da medida provisória.

Considerando o seu poder de auto-organização e o fato de que a norma constitucional federal se referia a “limites”, muitos municípios fixaram no máximo permitido para cada nível populacional o número de vereadores a integrar sua Câmara legislativa.<sup>15</sup> Não levaram em conta em rigor matemático a proporcionalidade mencionada na disposição.

Tal fixação foi objeto de questionamento judicial, no controle concreto, e chegou por meio de recurso extraordinário<sup>16</sup> à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Este, num *leading case*,<sup>17</sup> julgou, em 2004, inconstitucional essa fixação, entendendo ser imperativa a proporcionalidade de rigor matemático entre a população e o número de vereadores em cada um dos níveis estabelecidos pela Constituição.<sup>18</sup>

Entretanto, nesse mesmo ano, iria ocorrer a renovação dos mandatos e não haveria tempo para que os municípios corrigissem a anomalia. Isto levou o Supremo Tribunal Federal a fazer com que o Tribunal Superior Eleitoral fixasse para as eleições o número de vereadores de cada município, o que este fez por meio de uma resolução<sup>19</sup>, baixada com apoio em norma do Código Eleitoral, que lhe permitia regulamentar o processo eleitoral. Nessa resolução, o critério foi o da estrita proporcionalidade, calculada matematicamente em cada caso.

Sem discutir a interpretação dada ao preceito constitucional – que, se menciona proporcionalidade, permite uma fixação entre “limites”, máximo e mínimo – não é excessivo apontar que nessa decisão foi habilitado o Tribunal Superior Eleitoral a substituir o poder municipal – no campo de autonomia deste na fixação do número de vereadores. Não se conhece qual a norma constitucional escrita que o justifique, embora razões de necessidade e urgência dessem cobertura à solução.

Incontestavelmente, porém, o Supremo Tribunal Federal concedeu a si próprio uma competência constitucional “extraordinária”, em caso de urgência.<sup>20</sup> Ou seja, a de se substituir a um ente político autônomo, ou, o que vem a dar praticamente no mesmo, a de designar um órgão que o substitua, no exercício de uma competência privativa expressamente conferida pela Constituição a outro órgão. E tal competência é a de auto-organização de um dos entes constitutivos da República brasileira – o Município.<sup>21</sup>

---

<sup>15</sup> Isto provocou na opinião pública, incitada pelos meios de comunicação de massa, uma forte onda de indignação pelo abuso e pelo acréscimo de despesa que acarretava.

<sup>16</sup> Na realidade, foram muitos os casos e os recursos extraordinários que concerniam ao mesmo tema.

<sup>17</sup> RE 197.917-8/SP, relator Min. Maurício Corrêa, referente ao município de Mira Estrela, julgado em 24 de março de 2004.

<sup>18</sup> Aponte-se que modulou o efeito da decisão, para que somente operasse ao renovarem-se as Câmaras, com o término do mandato dos vereadores em exercício.

<sup>19</sup> Resolução nº 21.802/2004.

<sup>20</sup> Se o Executivo o tivesse feito, certamente o Supremo Tribunal Federal teria decretado a inconstitucionalidade.

<sup>21</sup> Lembre-se o art. 1º, *caput*, da Constituição.

12. Mais. Numa temática política delicada – a da vinculação do eleito ao partido por que se elegera – o Supremo Tribunal Federal deu apoio ao Tribunal Superior Eleitoral, instituindo (ou reinstituindo, se o plano é histórico) a chamada fidelidade partidária.

Com efeito, em 2007, o Tribunal Superior Eleitoral respondeu a duas consultas indagando sobre a existência de vínculo entre o eleito e o partido pelo qual ele teria sido eleito, de tal modo que, deixando aquele esta agremiação, perderia o mandato. A primeira concernia aos eleitos em eleição proporcional – sistema adotado para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas dos Estados (ou do Distrito Federal), Câmaras Municipais.<sup>22</sup> Foi ela respondida afirmativamente, entendendo o Tribunal que o abandono do partido sem motivo legítimo importaria em tal perda. A segunda, aos eleitos em eleição majoritária – sistema previsto para o Senado Federal e a chefia dos Executivos, federal, estadual (e distrital) e municipal<sup>23</sup>. A resposta foi dada no mesmo sentido.

A primeira foi contestada no Supremo Tribunal Federal por meio de vários mandados de segurança, que, todavia, deram apoio à orientação do Tribunal Superior Eleitoral<sup>24</sup>. Ora, como sem tais decisões do Supremo a manifestação do Tribunal eleitoral não subsistiria, ao Supremo se há de imputar a responsabilidade pela instauração da fidelidade partidária sob a Constituição vigente.

Desdobramento disto foi o Tribunal Superior Eleitoral editar uma resolução que regula tal perda e o procedimento que a determinará.<sup>25</sup> (O que pode ser visto como exercício do poder de legislar, também sob a tutela do Supremo Tribunal Federal).

Para avaliar o alcance deste entendimento, é preciso levar em conta alguns pontos. O primeiro, que a Constituição não enuncia o abandono do partido como causa de perda do mandato. E, quanto aos parlamentares federais, ela trata da perda do mandato de modo minudente no Art. 55. Outro – que alimenta o critério interpretativo histórico – é que, sob o regime militar, se previu a perda do mandato por “infidelidade partidária”<sup>26</sup> – exclusivamente para os membros do Legislativo, nunca para os chefes do Executivo – e isto fora intensamente criticado na elaboração da Constituição em vigor. Indiscutivelmente, a intenção do legislador constitucional foi a de proscrever essa causa de perda de mandato. O terceiro ponto está no texto do Art. 17, § 1º da Lei Magna, o único que se refere a “disciplina e fidelidade partidária”. Este dispositivo, todavia, expressa a “autonomia” dos partidos “para definir sua estru-

---

<sup>22</sup> Consulta 1.398/2007, rel. Min. Asfor Rocha.

<sup>23</sup> Consulta 1.407/2007, rel. Min. Carlos Britto (integrante do Supremo Tribunal Federal).

<sup>24</sup> Mandados de segurança MS 26.602, Rel.: Min. Eros Grau; MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello; MS 26.604, Min. Cármen Lúcia.

<sup>25</sup> Resolução 22.610, de 25 de outubro de 2007. Republicada no D.O.U. de 11.03.2008.

<sup>26</sup> Constituição de 1967, com a redação da Emenda nº 1/69, Art. 152, § 5º, que subsistiu até a Emenda nº 25/1985.

tura interna, organização e funcionamento”, etc., “devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”. Assim, entendia-se que disciplina e fidelidade partidárias seriam questões *interna corporis*.

As respostas às Consultas, bem como os votos nas decisões do Supremo Tribunal Federal, são eruditas e eloquentes em matéria de doutrina política, exprimindo convictamente a ideia de que a democracia se faz pelos partidos e que, portanto, para fortalecer aquela, se deve fortalecê-los. Já a argumentação jurídica tem menos desenvolvimento, contentando-se em esgrimir pontos, como o monopólio partidário das candidaturas estabelecido pela Carta Magna, ou a índole do sistema de representação proporcional, dos quais não deriva, de modo inexorável, a perda do mandato dos infieis ao partido por que se elegeram.

Trata-se, como se vê, de decisões que alteram a estrutura da democracia representativa adotada pela Constituição, tomadas com base, sobretudo, em argumentação doutrinária.

13. Outra manifestação da assunção pelo Supremo Tribunal Federal do papel de legislador constituinte ocorreu a propósito do reconhecimento de relacionamentos homossexuais como “uniões estáveis”.<sup>27</sup> Em causa estava a interpretação do Art. 226, § 3º da Constituição que reconhece como entidade familiar “a união estável entre o homem e a mulher”, o que também faz o Código Civil no Art. 1.723.

Sem dúvida alguma, numa interpretação histórica, se pode demonstrar que a intenção do constituinte, ao inscrever no texto a menção a união estável entre **homem e mulher**, era exatamente a de impedir que uniões entre homossexuais alcançassem o *status* de “entidade familiar”. É o que resulta claríssimo dos Anais da Constituinte, ou seja, a referência a homem e mulher foi inscrita com o objetivo declarado de vedar o reconhecimento como entidade familiar das uniões homossexuais<sup>28</sup>.

Decidiu, todavia, o Supremo Tribunal Federal que o texto constitucional não excluía o reconhecimento de outra união estável, a de homossexuais, como entidade familiar. Tal posição tem tudo para ser entendida como uma mudança na Constituição, ao menos com significado a que ela se dava em 1988.

14. Outra mudança constitucional operada pelo Supremo Tribunal Federal está em haver ele se investido da competência para colmatar a omissão legislativa.

A preocupação com esta manifesta-se no texto constitucional, cujo Art. 103, § 2º prevê uma ação de inconstitucionalidade por omissão a ser julgada por essa Corte. Entretanto, esse texto especifica que, verificada a omissão “*de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias*”. Bem claro fica aí que quem colmataria a lacuna seria o Poder

---

<sup>27</sup> Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 132/RJ, em conjunto com a ADPF do mesmo número, sendo relator o Min. Ayres Britto, e por votação unânime.

<sup>28</sup> Neste sentido, v. Ives Gandra da Silva Martins, “A Constituição ‘conforme’ o STF”, em *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 23 de maio de 2011, p. 3.

competente – obviamente na hipótese de omissão legislativa o Poder Legislativo, não o Judiciário. A experiência mostrou que essa ação era inócua.

Noutra disposição, todavia, a Constituição também dispôs sobre a omissão. É o que está no Art. 5º, LXXI, no qual se prevê um mandado de injunção, “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Considerando esta norma auto executável, o Supremo, desde o início da vigência da Constituição, expediu tais mandados. Entretanto, à falta de regulamentação do instituto, nos primeiros tempos se restringiu à comunicação da omissão ao Poder competente. Aos poucos, porém, veio a dispensar para o exercício de direitos individuais a norma regulamentadora exigida pelo texto.

Mais recentemente, porém, assumiu de modo ostensivo a competência de suprir a omissão do legislador, fixando ele próprio o direito aplicável à matéria discutida. O caso em que isso se tornou flagrante é o da regulamentação do direito de greve do servidor público.

A Constituição de 1988 concedeu ao servidor público o direito de greve (Art. 37, VII), determinando, todavia, que seria “exercido nos termos e nos limites definidos em lei especial”. Entretanto, este dispositivo não fora regulado em 2007 – não o foi até hoje – pelo legislador. Disto, resultaram problemas, tanto para os que pretenderam usar desse direito – o que descambou para greves “selvagens” – como para a Administração Pública que não tinha orientação quanto a ele – e seus eventuais abusos.

Ora, entidades de servidores públicos que consideravam cerceado o direito de greve por falta de regulamentação impetraram mandado de injunção em face do Supremo Tribunal Federal. Este, ao julgá-lo, determinou fosse aplicada à greve de servidores públicos, o que está previsto na legislação sobre a greve no setor privado, acrescentando alguns parâmetros concernentes à especificidade dos serviços públicos.<sup>29</sup> Fê-lo, ademais, determinando tal aplicação não apenas relativamente aos impetrantes, mas a toda a categoria. Assim, assumiu o papel de legislador, inclusive fazendo *tabula rasa* da exigência constitucional de que uma lei “especial” dispusesse sobre a greve no setor público.

15. Esta postura de legislador, porém, já foi além, pois veio a dispensar até a omissão do legislador. Com efeito, merece registro a edição pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concreto, de normas de direcionamento geral. Foi o que se verifica, por exemplo, da decisão tomada no tormentoso caso da terra indígena, Raposa, Serra do Sol.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Cf. MI 712-8/PA, rel. Min. Eros Grau, MI 670-9/ES, Rel. Min. Maurício Correa, MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgados em 25 de outubro de 2007.

<sup>30</sup> Petição 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, julgada em 19 de março de 2009.

A delimitação desta área foi contestada perante essa Corte que a rejeitou a pretensão, mantendo o que fora estabelecido administrativamente. Contudo, a decisão teve o cuidado de explicitar **dezenove pontos** que deveriam pautar, não aquela demarcação que já estava feita, mas quaisquer demarcações outras.

Sem dúvida, editou com isto “lei”, no sentido material e formal do termo, fixando normas gerais, aplicáveis a todos os casos da espécie. Nenhuma necessidade jurídica o conclamava a fazê-lo, nem urgência havia que justificasse substituir-se a Corte judiciária ao Poder Legislativo.

16. Complete-se o quadro com as normas editadas como súmulas vinculantes. Estas, segundo prevê o texto do Art. 103-A da Constituição, se destinam a exprimir de modo consolidado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional. Têm ademais efeito vinculante. Assim, são verdadeiras leis constitucionais, inclusive porque vão servir para a aferição dos atos dos demais Poderes da República. Ora, o Supremo tem delas usado para estabelecer normas circunstanciadas, cujo fundamento é nitidamente apreciação de conveniência – juízo político. Disto, são exemplos claros a Súmula nº 11 – sobre o emprego de algemas – e a Súmula nº 13 –, sobre o nepotismo.

17. Vale referir-se à posição do Supremo Tribunal Federal no tocante à modulação dos efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade. Esta modulação, conforme já se indicou, não está em qualquer das disposições da Constituição brasileira. Ela, assim, já é por si só uma complementação desta, feita por lei ordinária, mas pacificamente aceita como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal<sup>31</sup>. A sua aplicação, por outro lado, configura – rigorosamente falando – uma mudança da Constituição, na medida em que afasta, ainda que pontualmente, uma norma da Lei Magna, para fazer subsistir um ato a ela contrário. Assinale-se, porém, que a Lei nº 9.868/99 que a prevê, não o faz senão relativamente a decisões no controle abstrato.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal vem operando a modulação também no controle concreto. Citem-se alguns casos significativos. Um é o da declaração de inconstitucionalidade nas questões – já mencionadas – relativas ao número de Vereadores. Nelas, pelo voto do Min. Gilmar Mendes, que invoca o princípio da segurança jurídica e as graves implicações para o sistema legislativo municipal, se restringiu o seu alcance no tempo, dando-lhes efeitos exclusivamente *pro futuro*.

Outro é o da fidelidade partidária – também já examinado – em que nos mandados de segurança que, no Supremo Tribunal Federal, coonestaram o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, foi fixado como termo a data da resposta à Consulta nº 1.398/2007.

---

<sup>31</sup> Antes da Lei nº 9.868/99, e mesmo sob a Constituição anterior, houve casos de modulação, como relata José Levi Mello do Amaral Júnior, no trabalho “*Da admissibilidade da restrição temporal dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade em controle concreto*”, lido em Encontro Luso-brasileiro de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em abril de 2010. Sirvo-me deste trabalho em todo este item do presente estudo. A ele, pois, o mérito da pesquisa.

Mais um veio no julgamento de um habeas corpus<sup>32</sup>, no qual foi reconhecida a inconstitucionalidade da norma que excluía a progressão no cumprimento de pena imposta com base na chamada *Lei dos Crimes Hediondos*, por violar a garantia constitucional da individualização da pena (Constituição Art. 5º, LXVI). Neste julgamento, foi explicitado que tal declaração não teria consequências jurídicas relativamente a penas já extintas na sua data, nem excluiria a apreciação pelo magistrado competente dos requisitos que presidem a progressão no cumprimento das penas.

18. Foi este último caso que suscitou o debate acerca de uma mutação na Constituição de 1988.

Isto se deu porque, no Acre, estimulados pela mencionada decisão, presidiários que cumpriam pena por crime hediondo reclamaram do juízo competente a progressão. Este a recusou, alegando que decisões no controle concreto têm efeitos exclusivamente *inter partes*, sendo expressa a Constituição de que a suspensão da execução de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no controle concreto depende de ato da competência privativa do Senado Federal (Constituição, art. 52, X), que inexistia no caso.

Dirigiram eles uma Reclamação ao Supremo Tribunal Federal.<sup>33</sup> No ensejo de seu julgamento, o relator, Min. Gilmar Mendes sustentou a procedência do pedido, alegando que à regra constitucional deveria ser dado novo entendimento, por força de uma mutação constitucional. Ou seja, teria havido “uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto”. Foi ele seguido nesta posição pelo Min. Eros Grau, também alegando tal mutação. Desta, resultaria que a norma constitucional deveria ser lida: “Compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal”. Entretanto, não chegou o Tribunal a tomar decisão, em razão de pedido de vista.

Depois, a questão foi superada pela edição da Súmula vinculante nº 26 que consolidou o entendimento de que se aplica ao cumprimento da pena, em caso de crime hediondo, a progressividade.

### 3. IMPLICAÇÕES E QUESTIONAMENTOS

19. A análise sumariamente feita nas páginas anteriores demonstra uma ponderável mudança da Constituição brasileira se comparada ao que significava ao ser promulgada<sup>34</sup>. Certamente, essa mudança – na opinião do autor – não chega a uma mutação, mas atingiu pontos importantes. Assim, a readoção da fidelidade

---

<sup>32</sup> Habeas Corpus nº 82.959-7/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, julgado em 23 de fevereiro de 2006.

<sup>33</sup> Reclamação nº 4.335/5.

<sup>34</sup> Claro está que para a generalidade dos que então a comentaram e não foram poucos.

partidária, a assunção da colmatação das omissões legislativas, a legiferação por súmulas, a extensão do entendimento sobre a união estável são bons exemplos disto.

Todos estes pontos são obra do Supremo Tribunal Federal, perto dos quais as mudanças originadas do Legislativo e do Executivo são “inocentes”. Reflete-se aí o papel político que esta Corte vem conscientemente assumindo, como, aliás, todo o Judiciário, hoje manifestamente “ativista”. A discussão sobre esse papel político e suas implicações e consequências ou riscos não é, todavia, o objeto deste trabalho<sup>35</sup>.

20. No tocante, entretanto, ao constituinte, há observações relevantes merecedoras de atenção e meditação.

A doutrina corrente, derivada de Sieyès, ensina que a Constituição é obra de um poder extraordinário – o poder constituinte – que emana diretamente do povo – o soberano – e somente pode ser modificada de acordo com a Constituição. Ou seja, por um poder (constituinte) derivado desta, de acordo com normas procedimentais definidas na Carta e limitadas ao que esta consente seja mudado. Decorre logicamente disto que toda mudança da Constituição teria de advir de alteração formal desta. Jamais por obra dos poderes constituídos – Legislativo, Executivo e Judiciário. Tudo isto, sob pena de ser inconstitucional a mudança e, portanto, nula e írrita.

É certo que tal doutrina suporta que a Constituição seja completada ou desdobrada pela lei, mas as mudanças disto decorrentes jamais alcançam o *status* constitucional e, destarte, não têm supremacia sobre as normas ordinárias, não podem servir para que estas sejam fulminadas por inconstitucionais.

Ora, essa doutrina é ao menos relativizada pela ocorrência de mudanças informais.

21. Em primeiro lugar, essas mudanças tornam claro que normas de valor constitucional no plano da efetividade muitas vezes provêm de poderes constituídos, aos quais o poder constituinte não outorgou competência para tanto. Há, pois, normas reconhecidas como constitucionais que não se vinculam diretamente ao poder constituinte, nem se justificam por uma derivação por ele admitida. É clara, portanto, a relativização da doutrina do poder constituinte que, no Brasil, é divinizada por muitos.

22. Em segundo lugar, as mudanças destacam uma faceta do controle de constitucionalidade que não foi prevista pelos seus articuladores originais, nem é muitas vezes devidamente enfatizada pelos juristas. Ou seja, o controle de constitucionalidade, concebido para guardar a Constituição, pode mudar e muda a Constituição.

Há mais de um século, já se disse que “a Constituição é aquilo que a Suprema Corte diz que ela é”.<sup>36</sup> No contexto, esta observação não significava mais do que

---

<sup>35</sup> Já o fiz noutros trabalhos. Por exemplo, no já referido artigo “*O papel político do Judiciário na ordem constitucional*”, publicado na *Revista dos Advogados*, da AASP, número dedicado aos 20 anos da Constituição (ano XXVIII, setembro de 2008).

<sup>36</sup> Teria sido Oliver Wendell Holmes, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos.

dizer que o sentido e o alcance das normas constitucionais formais seria definido pela interpretação da Corte. Hoje, no Brasil, teria de ser entendido um pouco diferentemente. “A Constituição é aquilo que a Corte constitucional **estabelece** como tal”, não o sentido das normas formais que estão enunciadas no texto constitucional.

Não é exagero salientar que, na atualidade, mormente brasileira, a Corte constitucional assumiu um papel de super poder constituinte. Ela muda a Constituição, como entende que ela deva esta ser. Pode identificar normas constitucionais não escritas e aplicá-las sem contestação possível. Pode aceitar ou rejeitar emendas constitucionais se, na sua compreensão, desobedecerem às prescrições formais e materiais, a aí estão as cláusulas pétreas a serviço disto. Pode aceitar ou rejeitar as práticas do Legislativo ou do Executivo que, efetivamente, precisam de sua “sanção” para vingar. Nisto se repete o exemplo criado pela ação declaratória de constitucionalidade, que põe o Supremo Tribunal Federal como uma terceira casa legislativa, pois reclama o seu concurso para estabelecer a legitimidade da norma legal e dar ao seu comando a imperatividade da força vinculante...

23. Enfim, esse poder constituinte anômalo dispensa a legitimidade democrática. Com efeito, mudanças constitucionais não decorrentes de alterações formais da Constituição não podem, nem indiretamente, invocar a soberania popular. O povo não é assim o autor, mesmo indireto, da mudança constitucional. Ele pode ser visto como autor indireto do que estabelecem pelo procedimento específico e dentro dos limites especificados na Constituição os seus representantes, não o que é obra dos juízes. É o que se tem de deduzir do parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira, exprimindo a soberania democrática: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*” (sublinhei).

