

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA
CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO**

FLÁVIO QUINAUD PEDRON

Mestre e Doutor em Direito pela UFMG

Professor Adjunto da PUC Minas. Professor do curso preparatório LFG/Praetorium.

Professor da Fundação Escola do Ministério Público de Minas Gerais.

Advogado.

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO

**HISTÓRIA E CRÍTICA DO CONCEITO NO MARCO
DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE**



Belo Horizonte
2012



CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz
André Cordeiro Leal
André Lipp Pinto Basto Lupi
Antônio Márcio da Cunha Guimarães
Carlos Augusto Canedo G. da Silva
David França Ribeiro de Carvalho
Dhenis Cruz Madeira
Dirceu Torrecillas Ramos
Emerson Garcia
Felipe Chiarello de Souza Pinto
Frederico Barbosa Gomes
Gilberto Bercovici
Gregório Assagra de Almeida
Gustavo Corgosinho
Jamile Bergamaschine Mata Diz

Jean Carlos Fernandes
Jorge Bacelar Gouveia - Portugal
Jorge M. Lasmar
Jose Antonio Moreno Molina - Espanha
José Luiz Quadros de Magalhães
Luciano Stoller de Faria
Luiz Manoel Gomes Júnior
Mário Lúcio Quintão Soares
Nelson Rosenvald
Renato Caram
Rodrigo Almeida Magalhães
Rogério Filippetto
Rubens Beçak
Wagner Menezes

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2012.

Plácido Arraes
Editor

Avenida Brasil, 1843/loja 110, Savassi
Belo Horizonte/MG - CEP 30.140-002
Tel: (31) 3286-2308

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Capa: Vladimir O. Costa e Charles Hoffert
Diagramação: Danilo Jorge da Silva

P372 Pedron, Flávio Quinaud
Mutação constitucional na crise do positivismo
jurídico: história e crítica do conceito no marco da
teoria do direito como integridade / Flávia Quinaud
Pedron. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
259p.
ISBN: 978-85-62741-49-4
I. Mutação constitucional. I. Título.
CDD: 341.2
CDU: 342

Elaborada por: Maria Aparecida Costa Duarte
CRB/6-1047

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2012

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, pela orientação firme e coerente, segura e cuidadosa. Aos meus grandes amigos, os professores Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Emílio Peluso Neder Meyer, José Emílio Medauar Ommati, Marcelo de Pádua Moura, André de Abreu Costa e Vinícius Silva Bonfim, pela interlocução, sugestões e críticas ao longo da elaboração desta pesquisa.

Para Deborah, como agradecimento por todo o amor,
paciência e aprendizados sobre a vida que juntos partilhamos.
Agradeço sempre por você ser meu porto seguro.

*“Those who cannot remember the past are
condemned to repeat it”*

Georg Santayana (1863-1952)

SUMÁRIO

PREFÁCIO	
<i>Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira</i>	XV
APRESENTAÇÃO	
<i>Álvaro Ricardo de Souza Cruz</i>	
<i>Emílio Peluso Neder Meyer</i>	XIX
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	
A COMPREENSÃO ACERCA DO QUE SEJA UMA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)	7
1 O ponto de partida: a problematização da Reclamação n. 4.335/AC como caso modelo para a compreensão do STF acerca da figura da mutação constitucional	7
1.1 O caso sub judice	7
1.2 O posicionamento do Min. Gilmar Mendes: a afirmação da mutação constitucional no art. 52, X da CR/88, como uma alteração da interpretação da norma pelo STF	10
1.3 O voto do Min. Eros Grau: mutação constitucional como alteração do texto constitucional pelo STF	18

1.4 <i>O posicionamento do Min. Sepúlveda Pertence: mutação constitucional como golpe de estado e a alternativa da súmula vinculante</i>	22
1.5 <i>O entendimento do Min. Joaquim Barbosa: a ilegitimidade da mutação constitucional em confronto com as exigências dogmáticas para sua aplicação</i>	23
2 A problemática levantada: o art. 52, X, da CR/88 e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade	24
3 Outras “versões” do que seja a mutação constitucional para o STF	52

CAPÍTULO 2

A TEORIA DA HISTÓRIA DE REINHART KOSELLECK COMO PROPOSTA DE METODOLOGIA PARA A HISTÓRIA DO DIREITO	57
1 A “histórica” de Koselleck e suas condições de possibilidade.....	57
2 O sentido de uma “história dos conceitos” e uma história da mutação constitucional	72

CAPÍTULO 3

O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO PÚBLICO ALEMÃO.....	83
1 A tese da mutação constitucional na doutrina do direito público do império alemão: as contribuições de Laband e Jellinek	83
1.1 <i>A contribuição de Paul Laband para uma teoria da mutação constitucional: a construção de uma “miopia” intencional para a relação entre direito e política</i>	83
1.2 <i>A mutação constitucional em Georg Jellinek: a força normativa da constituição e sua subordinação à força normativa do fato</i>	92
2 A tese da mutação constitucional no debate alemão de Weimar: a mutação como parte do conceito dinâmico de constituição.....	101
2.1 <i>As polêmicas em torno de uma “disputa pelo método” jurídico</i>	101
2.2 <i>A tese da mutação constitucional na teoria do estado de Hermann Heller: a tensão entre normalidade e normatividade</i>	106

2.3 <i>A concepção de mutação constitucional como parte da teoria integracionista de Rudolph Smend</i>	113
2.4 <i>A proposta de uma sistematização da teoria da mutação constitucional por Hsü Dau-Lin</i>	116
2.5 <i>A mutação constitucional na teoria ontológica de Karl Loewenstein como forma de preservação do sentimento constitucional</i>	120
3 A teoria da mutação constitucional no discurso de Konrad Hesse: um mecanismo para a preservação da “força normativa da constituição” a partir da “ordem concreta de valores”	126
4 Considerações acerca da história do conceito de mutação constitucional no Direito Público alemão	134
CAPÍTULO 4	
AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA HERMENÊUTICA, DE GADAMER, E DA TESE DO DIREITO COMO INTEGRIDADE, DE DWORKIN, PARA UMA CRÍTICA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	137
1 O giro hermenêutico de Gadamer: contribuições e limites	137
2 As críticas de Gadamer à proposta de Koselleck.....	155
3 A tese do direito como integridade de Dworkin e a proposta de uma nova compreensão da mutação constitucional	162
3.1 <i>A proposta de uma interpretação construtiva do direito como condição de desenvolvimento da tese da integridade do direito</i>	162
3.2 <i>A negativa da tese dos “direitos não enumerados” pela teoria do direito como integridade e os reflexos dessa discussão para a teoria da mutação constitucional</i>	187
3.3 <i>O julgamento da ADPF n. 132 pelo STF como um caso modelo do uso de uma interpretação construtiva do direito</i>	195
CONCLUSÃO	207
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	213

PREFÁCIO

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade, nova obra do Professor Doutor Flávio Barbosa Quinaud Pedron, foi originariamente apresentada como Tese de Doutorado, junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e defendida perante Banca Examinadora composta pelos Professores Doutores Kátya Kozicki (PUC-PR/UFPR), Cristiano Paixão (UnB), Renato Cardoso (UFMG), Ricardo Salgado (UFMG) e por mim como orientador.

A obra toma como ponto de partida, no capítulo 1, a discussão acerca do que seria um uso eminentemente retórico da chamada da teoria da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) pelo Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente quando da Reclamação n. 4.335/AC.

A fim de revisitar essa teoria, no capítulo 3, reconstruiu-se a história do conceito de mutação constitucional no Direito público alemão, tomando, como referencial teórico, a *História* dos Conceitos proposta por Reinhart Koselleck, apresentada em suas linhas fundamentais no capítulo 2.

Essa reconstrução da história do conceito de mutação constitucional no Direito público alemão teve por finalidade não apenas resgatar a origem do conceito, mas também o contexto histórico e jurídico em que foi proposto, assim como seus desdobramentos posteriores. No capítulo 3, portanto, são analisados os usos do conceito e suas implicações em La-

band e em Jellinek, ao tempo do Império alemão, em fins do século XIX; em Heller, Smend e Dau-Lin, no contexto da República de Weimar; e, por fim, já no pós-guerra, nas obras de Loewenstein e de Hesse. Se em Laband e Jellinek se buscava uma explicação *fática* para um problema *normativo*, ao longo da discussão de Weimar acerca dos *objetivos e métodos* da teoria jurídica, a mutação constitucional passaria a fazer parte de uma reflexão acerca do caráter dinâmico das constituições que, já em Loewenstein e, sobretudo, em Hesse, passaria a ser considerada como mecanismo não apenas para preservar o *sentimento constitucional*, mas a própria *força normativa da constituição*, a partir de uma determinada “ordem concreta de valores”.

Tendo por base essa reconstrução, a presente obra sustenta a tese segundo a qual a teoria da mutação constitucional é uma tentativa, sobre o pano de fundo da crise do positivismo jurídico, de explicação para decisões que *alteram* normativamente a ordem constitucional a partir, sobretudo, de perspectivas e de objetivos de ordem política.

A partir do capítulo 4, a presente obra empreende uma crítica certa à teoria de mutação constitucional. A tese que se pretende demonstrar agora é a de que a teoria de mutação constitucional carece tanto de legitimidade democrática, quanto pressupõe uma compreensão positivista, ainda que em crise, do Direito como um conjunto de regras. Para isso, altera-se o enfoque da história dos conceitos para a hermenêutica, tomando-se como fio condutor as críticas de Gadamer a Koselleck, como preparação para a retomada e exposição da teoria do *Direito como Integridade*, proposta por Ronald Dworkin.

À luz, portanto, da profunda mudança de paradigma jurídico, do positivismo para a hermenêutica, que implica em Dworkin o reconhecimento normativo dos princípios e das suas exigências de justiça, devido processo, equanimidade, adequabilidade e integridade, a presente obra torna clara toda a insustentabilidade dos argumentos em defesa da mutação constitucional, do ponto de vista normativo, alicerçado na compreensão hermenêutico-crítica segundo a qual a interpretação jurídica tem um caráter *construtivo*: essa apresenta a melhor justificação das práticas jurídicas cotidianas numa concepção de Direito preocupada com a legitimidade democrática de suas decisões, que não se deixa reduzida às decisões do passado, mas o reconstrua da perspectiva de um aprendizado histórico *a longo prazo*, sendo, portanto, mais adequada a teorizar uma *construção interna de sentido ao próprio Direito e regida principiologicamente por ele mesmo*, pela via interpretativa.

Por fim, sobre o pano de fundo dos desafios postos por uma concepção construtiva de interpretação, a obra retoma o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 pelo STF, como *caso modelo*, expressão dessa mudança paradigmática no Direito brasileiro e que ultrapassa, e muito, a perspectiva interpretativa anteriormente sustentada na Rcl. n. 4.335/AC.

Com certeza, a presente obra que agora apresento irá contribuir decisivamente para a renovação do estudo da mutação constitucional, sua inadequação para a compreensão atual do Direito, seus limites e seu esgotamento, no marco das contribuições hermenêutico-críticas de um autor central para as discussões contemporâneas que é Ronald Dworkin, além de oferecer, com base no *Direito como Integridade*, uma compreensão alternativa à teoria da mutação constitucional, da construção, ao longo do tempo, do sentido normativo, *principiológico*, do Direito.

Belo Horizonte, nos 120 anos da Faculdade de Direito da UFMG e nos 25 anos da instalação da Assembleia Nacional Constituinte

MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA

APRESENTAÇÃO

O Supremo Tribunal Federal vem, a cada dia, ganhando um lugar de destaque na academia. Ao contrário do que um olhar descuidado poderia deixar entrever, contudo o que se observa é que esse destaque tem primado mais pelos erros do que pelos acertos. Se na última década a Corte passou a ocupar o centro das atenções tanto da mídia como da esfera pública em geral¹, vários trabalhos acadêmicos de excelência têm procurado desconstruir e criticar as decisões do Supremo Tribunal Federal, identificando, além de diversas contradições dentro de sua própria jurisprudência, o atendimento a objetivos políticos muito mais do que ao cumprimento efetivo da Constituição. Não que a maior parte da doutrina tenha se apercebido da necessidade de assunção deste papel: ainda prevalecem os manuais e cursos de Direito Constitucional preocupados única e exclusivamente com a repetição pura e simples dos acórdãos, como se

¹ Às vezes por episódios pouco louváveis, como o recente “bate boca” entre os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa (Cf., por exemplo, BRÍGIDO, Carolina. ‘Peluso manipulou resultado de julgamentos’, diz Joaquim Barbosa. O Globo, 20 de abril 2012, p. 1. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/pais/peluso-manipulou-resultados-de-julgamentos-diz-joaquim-barbosa-4693916>>. Acesso em 23 abr. 2012; e COSTA, Carlos. Para Presidente do STF, Planalto é imperial e autoritário. Consultor Jurídico, Entrevista, 18 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-18/entrevista-ministro-cezar-peluso-presidente-stf-cnj>>. Acesso em 23 abr. 2012.

de ciência esta atividade pudesse se tratar². Temos todas as razões para advertir o leitor de que esta obra se encontra no primeiro filão.

Tendo como mote os votos já proferidos na Reclamação nº 4.335/AC, a obra discute com rigor científico incomparável o *conceito* de “mutação constitucional”, utilizado de forma pragmática pelo STF para colocar de lado o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade das leis – para justamente fortalecer (ainda mais) as funções desempenhadas por aquele órgão jurisdicional. Desse modo, são analisadas as posições dos Ministros Gilmar Mendes (um defensor de longa data da prevalência do controle concentrado de constitucionalidade sobre o controle difuso) e Eros Grau que subvertem o sentido normativo do art. 52, inc. X, da Constituição da República. O autor irá defender a perspectiva democrática de que o Senado Federal não pode ser apenas um órgão com a tarefa de tornar pública a decisão do STF em recursos extraordinários, mas que ele pode ser justamente a arena comunicativa de discussão de tal legitimidade e da necessidade de ampliação, ou não, dos efeitos pessoais da decisão.

O caráter artificial dos argumentos presentes nesses e em outros votos de Ministros do STF é escancarado pelo autor. Assim, por exemplo, ele demonstra como as hipóteses de cabimento de uma reclamação são intencionalmente ampliadas em prol de assegurar a construção da tese da “mutação constitucional” do art. 53, inc. X, da Constituição. Junto a esse desmascaramento, que poderia se assentar apenas em considerações teóricas, ele colaciona uma série de decisões da mesma Corte em sentido oposto – demonstrando como tem se ausentado a necessária *integridade* (no sentido de Dworkin) que deve permear a atuação de um tribunal dotado de responsabilidade política perante uma comunidade de princípios. Contra o argumento de que o controle difuso teria se tornado obsoleto

² Curioso que o próprio (ex) Ministro Eros Grau, um professor de longa data, tenha, justamente na decisão que é um dos objetos de estudo da presente obra, se referido de uma forma tão pouco construtiva ao papel da academia perante o STF: “*Sucedo que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se 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. Ele nos seguirá; não o inverso*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335/AC. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 19 de abril de 2007. Disponível em < http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/249_rcl%204335.pdf>. Acesso em 19 dez. 2007, p. 14).

antes as transformações por que vem passando o controle concentrado, o autor acerta em cheio ao demonstrar a ocorrência de uma subversão do próprio Texto Constitucional com o recurso à “mutação constitucional”.

Isso fica ainda mais claro com a análise do voto do Ministro Eros Grau. Este transforma a “mutação constitucional” em uma possível mudança de texto – e não mudança da norma. Ainda mais contraditoriamente, ele chega, de modo efetivo, a propor um “novo texto” para o art. 52, inc. X, da Constituição, como se, em um passe de mágica, o Plenário do STF se transformasse em Assembleia Nacional Constituinte. Sem que as práticas sociais ou o “quotidiano constitucional”, como refere o autor, tenham se alterado, o Supremo impõe uma alteração textual da Constituição. Em meio a tantas posições teleologicamente dirigidas a engrandecer ainda mais a “supremocracia”³, apenas se salvariam as posições dos Ministros Sepúlveda Pertence – que viu na decisão suspeitas de “golpe de Estado” – e Joaquim Barbosa – que demonstrou não haver qualquer desuso da suspensão pelo Senado Federal, já que ela ocorrera cerca de cem vezes desde 1988.

A partir de então, torna-se possível para o autor recuperar toda nossa tradição de controle de constitucionalidade, demonstrando a plena necessidade de recuperar seu protagonismo democrático. Mais do que isso, é de se preservar a função do Senado Federal nesse contexto, já que por meio de representantes eleitos será permitido discutir a legitimidade procedimental democrática da decisão do Supremo Tribunal Federal – evitando-se, pelo menos neste caso, que seja autorizado dizer que ele poderia “errar por último”. Some-se a isso o reforço em termos processuais que pode ser traduzido na efetivação do princípio do contraditório.

Para além de trazer à lume essa vocação assumidamente autoritária levada a efeito pelo Supremo (não indene a contradições, como a análise jurisprudencial minuciosa feita demonstra), o autor ainda reconstruirá toda a tradição do Constitucionalismo Alemão que levou à construção do conceito de “mutação constitucional”, tendo como prisma a história dos conceitos de Koselleck. Assim, fica clara a inadequação político-social do referido fenômeno às premissas de um Estado Democrático de Direito, ainda mais analisando os motivos da adoção, seu uso e efeitos para

³ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4 (2), jul./dez. 2008, p. 441-464.

cada um dos constitucionalistas trabalhados. Como poucas pesquisas no Brasil, o fizeram de forma detalhada, a obra analisa as doutrinas de Paul Laband, Georg Jellinek, Hermann Heller, Rudolph Smend, Hsü Dau-Lin, Karl Loewenstein e Konrad Hesse. Maior contributo para a Teoria da Constituição brasileira, sempre carente de referências bibliográficas tão acessíveis como esta, não poderia haver.

Toda esta detalhada análise leva a uma conclusão irrefutável: a “mutação constitucional” nada mais é do que uma leitura semântica da Constituição, uma leitura que ainda supervaloriza o “texto” em prejuízo da “realidade”, ou que opõe “texto” e “realidade” descurando do papel desempenhado pelo caráter constitutivo da linguagem. Ela ainda é um conceito do positivismo jurídico que ignora o papel construtivista da interpretação, corporificado principalmente nos princípios jurídicos. Com isso, será possível chegar a Gadamer e Dworkin para se opor ao papel desempenhado pelo STF na Reclamação nº 4.335/AC. Será de modo curioso que o autor demonstrará que não está a “jogar pedras na vidraça”: recorrendo ao próprio Supremo Tribunal Federal e sua decisão na ADPF nº 132/DF, ele demonstrará que é possível substituir a “mutação constitucional” por uma interpretação construtivista dos direitos de liberdade e igualdade presentes na Constituição de 1988 que permitirão o reconhecimento de direitos familiares a uniões homoafetivas. Cuida-se de, na expressão de Dworkin, o direito cumprir suas próprias ambições.

Vê-se, pois, que o autor faz uma leitura minuciosa de uma gama variada de teóricos que contribuíram decisivamente para a formação do Constitucionalismo mundial e do próprio Constitucionalismo brasileiro. Isso sem mencionar a gama de trabalhos científicos internacionais e nacionais criticados e debatidos. Além disso, como mencionado, um número grande de decisões judiciais é analisado com todo rigor científico que merecem.

Conhecemos o autor há, pelo menos, doze anos; um como professor de graduação, outro como colega de graduação na PUC Minas. Professor já de longa data, o autor, Flávio Quinaud Barbosa Pedron, além de um profícuo interlocutor, tem se dedicado incansavelmente a propor uma perspectiva crítica a respeito das instituições estatais incumbidas da aplicação da Constituição de 1988. Podemos afirmar, seguramente, que a obra que é trazida ao conhecimento do público reflete o esforço e a perseverança de um apaixonado pelo Direito e coroa anos de estudos. É

o fruto de uma pesquisa que contribuirá decisivamente para a construção de uma compreensão efetivamente legítima do Estado Democrático de Direito.

ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ

Doutor em Direito Constitucional pela UFMG
Mestre em Direito Econômico pela UFMG
Professor de Direito Constitucional da PUC Minas
Procurador da República em Minas Gerais

EMÍLIO PELUSO NEDER MEYER

Doutorando em Direito pela UFMG
Mestre em Direito Constitucional pela UFMG
Professor de Direito Constitucional da UFOP
Advogado

