

INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO DO TEMA E PLANO DE TRABALHO

O tema das mutações constitucionais é fascinante e desafiador. Entender como a norma Constitucional atravessa o tempo e legitimamente adquire significados renovados, sem qualquer modificação textual, corresponde a compreender, simultaneamente, o potencial e os limites do direito constitucional.

A escolha das mutações constitucionais como tema dessa dissertação foi inspirada em duas constatações básicas acerca do atual estágio da doutrina constitucional brasileira e que norteiam os objetivos que se pretende alcançar com este trabalho.

A primeira consiste na verificação de que, apesar do interesse pela temática das mutações ter aumentado significativamente nos últimos anos e da expressão, antes praticamente desconhecida do profissional do Direito, ter inegavelmente se difundido, ainda é relativamente pouca a atenção a ela dispensada, não sendo raro que o assunto seja apenas mencionado ou relegado a alguns parcos tópicos, como contraponto à reforma constitucional, tida como meio realmente legítimo de mudança constitucional.

Além de resgatar a inevitabilidade, essencialidade e legitimidade das mutações, o tema estava a pedir, pois, sistematização e aprofundamento, na tentativa de contribuir para que os esforços doutrinários brasileiros, já profícuos e valiosos, sejam atualizados e enriquecidos.

A segunda constatação é a de que, mesmo quando o assunto é tratado de forma mais ampla, a abordagem dificilmente capta a dinâmica do fenômeno, sendo natural a dificuldade encontrada para traduzir, na medida do possível, a riqueza do processo de mutação constitucional. Paradoxalmente à natureza fluída das mutações constitucionais, estas acabam frequentemente retratadas de forma estática, pontual ou exclusivamente judicial, desconsiderando-se a participação dos demais Poderes e da própria sociedade na permanente construção dos significados constitucionais.

Era preciso romper essa barreira e tentar fazer com que o estudo das mutações constitucionais refletisse, ao máximo, as agruras e os encantos das forças sociais e institucionais que impulsionam o fenômeno. Explorar esse terreno tão fértil quanto árduo somente seria possível com a adoção de uma teoria constitucional adaptada à mudança e com apoio no direito comparado e em reflexões multidisciplinares, especialmente filosóficas e sociológicas.

É com esperança de contribuir para o desenvolvimento desses anseios de uma moderna teoria da mutação constitucional que a presente dissertação se divide em três capítulos.

O Capítulo 1, especialmente voltado para a sistematização do tema e para a demonstração de sua inevitabilidade e essencialidade, pretende situar a mutação constitucional no contexto do delicado equilíbrio entre estabilidade e dinâmica no sistema jurídico para, em seguida, demonstrar a relação de interdependência entre a força normativa da Constituição e a mudança constitucional, que, longe de serem noções contrapostas, alimentam-se mutuamente. Se rigidez e flexibilidade caminham juntas, descarta-se a opção por uma dessas alternativas e busca-se, com apoio no direito comparado, uma fundamentalidade dinâmica.

Após essa contextualização e ainda no primeiro capítulo, adentra-se propriamente no tema das mutações constitucionais para, numa visão mais dogmática, porém imprescindível, discorrer-se sobre a compreensão do fenômeno, as divergências terminológicas que o cercam e o conceito a ele atribuído pela doutrina nacional e estrangeira. De forma concisa, são também apontadas as modalidades de mutações constitucionais e abordada a relação dialética entre reforma e mutação constitucionais, com a indicação de alguns limites a serem observados por esta última.

Embora esse capítulo represente, talvez, a parte mais tradicional do trabalho, além de trazer noções indispensáveis e que não poderiam faltar a qualquer abordagem sobre o tema, já se esboça uma atualização deste mediante a incorporação das idéias de sistema jurídico, de fundamentalidade dinâmica e de relação dialética entre mutação e reforma, concepções que perpassarão os capítulos seguintes.

Por sua vez, o Capítulo 2, mais inovador e comprometido com a demonstração da dinâmica da mutação constitucional, acolhe a idéia de *living Constitution* e, numa indicação de seus possíveis desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro, evidencia como a sociedade e os Poderes podem interferir nos rumos das mutações, mas alerta para a necessidade de agregar ao exame das mutações constitucionais considerações de *design institucional* ou capacidade institucional e efeitos dinâmicos.

Tendo essas teorias como pano de fundo e para evidenciar a legitimidade da mutação constitucional pelo Poder Judiciário, utilizam-se as noções do constitucionalismo democrático e o exemplo do *backlash* (reação social contrária às decisões judiciais) para demonstrar como

as decisões judiciais sobre temas controvertidos podem enriquecer o diálogo constitucional, contribuindo para o debate público e para a legitimidade da mutação via judicial.

Paralelamente, resgata-se a influência, por vezes esquecida no país, que os Poderes Legislativo e Executivo podem desempenhar no processo de mudança informal da Constituição, destacando-se duas formas (ou momentos) através das quais estes podem participar das mutações: na indicação, aprovação e nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e no processo legislativo em si (emendas constitucionais, leis e outros atos legislativos). Vários exemplos da realidade constitucional brasileira culminam na conclusão acerca da relevância de todas as instituições na construção do significado constitucional, fruto de um permanente diálogo constitucional dos Poderes entre si e com a sociedade.

Finalmente, o Capítulo 3 reforça a aplicação das teorias da fundamentalidade dinâmica, de *living Constitution* e do diálogo constitucional à realidade brasileira. Embora algumas mutações constitucionais tenham servido para ilustrar as discussões travadas no decorrer da dissertação (a exemplo do que ocorre no Capítulo 2), o foco era, até então, uma abordagem global do fenômeno das mutações constitucionais.

Esse último capítulo será dedicado ao exame de casos concretos brasileiros. Além de traçar um panorama de algumas relevantes mutações constitucionais em curso e de defender a inocorrência de mutação no dispositivo relativo à suspensão, pelo Senado, da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, CF/88), tal capítulo objetivará fazer uma análise pormenorizada, menos jurídica e mais sociológica, de um caso de mutação que enseja grande debate público e que envolve o princípio da igualdade: as ações afirmativas, especialmente as quotas raciais. Embora o tema em questão se prestasse a uma dissertação inteira, ele será aqui examinado somente naquilo que importa para a demonstração da dinâmica da mudança social que reside na base da correspondente mutação constitucional.

Ao final, apesar da natureza da mutabilidade constitucional tornar difícil construir generalizações, espera-se ter contribuído para a árdua tentativa de compreender o fenômeno da mutação e traçar-lhe algumas diretrizes, mas o desafio é sempre um bom estímulo, ainda que o resultado fique, também ele, sujeito a mudanças históricas e na consciência histórica.

1 MUDANÇA CONSTITUCIONAL E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1. Estabilidade e dinâmica no sistema jurídico. 1.2. Força normativa da Constituição e mudança constitucional. 1.3. Fundamentalidade sem fundamentalismo: em busca da fundamentalidade dinâmica. 1.4. Mutação constitucional: conceito e terminologia. 1.5. Modalidades ou espécies de muta o constitucional. 1.6. Limites   muta o constitucional versus reforma constitucional.

1.1. Estabilidade e dinâmica no sistema jurídico

Como norma suprema que regula a estrutura fundamental do Estado e estabelece direitos fundamentais, a Constitui o presume-se estável, possuindo uma tendência de se perpetuar no tempo, o que   especialmente reforado nas Constitui es rígidas, que prevêem formalidades especiais que dificultam a sua reforma ou mesmo vedam altera es de decisões políticas fundamentais.

Mas estabilidade não se confunde com imutabilidade¹. A mudança social repercute na transforma o do Direito, que, de forma quase sempre lenta, mas às vezes súbita, recebe os estímulos sociais   modifica o da ordem jurídica, como novos paradigmas de justiça social ou novos desenvolvimentos científicos, podendo agir, como instrumento de controle social, seja como fator de conserva o, seja como de transforma o. Reflexo da realidade social subjacente, mas também fator condicionante dessa realidade, o Direito pode atuar como agente de mudança social².

Se o Direito não pode se dissociar dos fen menos sociais, tampouco se limita a reproduzi-los acriticamente, devendo promover uma valora o do fato social, por vezes procurando modificá-lo, papel extremamente relevante em se tratando da Constitui o, que conforma a sociedade e o Estado e que também está sujeita a forças internas ao sistema

¹ "From the standpoint of the internal morality of law, for example, it is desirable that laws remain stable through time. But it is obvious that changes in circumstances, or change in men's consciences, may demand changes in the substantive aims of law, and sometimes disturbingly frequent changes. Here we are often condemned to steer a wavering middle course between too frequent change and no change at all, sustained by the conviction, not that the course chosen is the only right one, but that we must in all events keep clear of the shoals of disaster that lie on either side." (FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven and London: Yale University Press, 1964, p. 44). **Na tradu o livre:** Do ponto de vista da moralidade interna da lei, por exemplo,   desejável que as leis permaneçam estáveis através do tempo. Mas   óbvio que mudanças nas circunstâncias ou nas consciências dos homens podem exigir mudanças nos objetivos substanciais da lei e, algumas vezes, mudanças perturbadoramente frequentes. Aqui estamos frequentemente condenados a tomar um rumo intermediário oscilante entre mudança frequente demais e nenhuma mudança, sustentados pela convic o, não de que o rumo escolhido seja o único certo, mas de que nós devemos, em todas as situa es, manter-nos livres dos riscos de desastre que estão presentes em ambos os lados.

² ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do Direito: o fenômeno jurídico como fator social*. 13^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 57-59 e 91.

jurídico, como as leis e as decisões judiciais, que pressionam por uma interpretação que responda adequadamente às mudanças sociais, políticas, econômicas e culturais. Ainda que guarde relativa autonomia jurídica, o Direito não deixa de estar inserido no respectivo contexto cultural³.

A mudança jurídica também vem sendo explicada por diversas teorias sobre a evolução dos sistemas. Primeiro, pela consideração do sistema jurídico como uma ordem axiológica aberta e móvel, voltada à realização de valores, incompleta e capaz de evolução, dada a interação com outros sistemas e a sua estrutura de historicidade⁴. Ao mesmo tempo em que essa abertura afasta a estagnação ao permitir dinamicidade, não afasta a unidade e coerência internas do sistema jurídico, que assim preserva a sua estabilidade.

Depois, pela compreensão do Direito como um sistema autopoietico, autônomo, enxergando a partir do seu código interno (legal/ilegal), que determina o que é direito, dado o fechamento operativo, segundo o qual a evolução resulta de transformações internas do sistema, ainda que impulsionadas por fatores externos, advindos do ambiente⁵. O Direito, embora não isolado do ambiente, apresenta-se como resultado de interpretações, em que o intercâmbio entre o sistema e o entorno, inclusive os estímulos do exterior, não afetam a estrutura do sistema; a condição de abertura é o fechamento operacional do sistema.

Entender como o sistema jurídico operacionaliza sua diferenciação com o entorno e como se criam os denominados equivalentes funcionais decorrentes dessa relação foge ao escopo deste trabalho, bastando a compreensão de que a própria distinção entre sistema e entorno é produto das operações do sistema, ou seja, das autopoieses, que garantem autonomia ao sistema jurídico. Um sistema social é um sistema distinto de seu entorno e operacionalmente fechado, capaz de produzir por si mesmo as suas estruturas e os seus elementos.

³ “*Tal perspectiva ve al Estado Constitucional y su Derecho constitucional inmersos en el contexto más amplio de lo cultural, por más que en este ‘ambiente’ les reconoce una relativamente autónoma identidad jurídica. El Estado constitucional es forma agregada específica de lo cultural, pero al modo jurídico.*” (HÄBERLE, Peter. *Liberdad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Prólogo de Antonio López Pina. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Minima Trota, 1998, p. 71). Para uma visão mais completa da teoria do autor, veja-se: HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Traducción de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2003.

⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 66-148.

⁵ Numa visão bastante simplificada, essa é a teoria de Niklas Luhmann, cuja complexidade recomenda a leitura de NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil - O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Sobre a origem da teoria da autopoiese nas ciências biológicas, para explicar os traços distintivos dos seres vivos, através da sua organização fechada, circular e auto-referencial, e sua transposição para as ciências sociais, como arquétipo geral de organização não só de células e organismos biológicos, mas também dos sistemas sociais, constituídos não de meras ligações entre indivíduos, mas de comunicações, confira-se TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoietico*. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

O sistema autopoietico tem a capacidade de construir a sua unidade através da *re-entry* (re-entrada), uma forma complexa de observação que se realiza com base na distinção sistema/entorno. Mas, no sistema jurídico, as operações se orientam por normas e o código legal/ilegal serve como filtro para a construção de equivalentes funcionais às estruturas da sociedade, de maneira que o Direito se torna sensível às modificações da sociedade, com o conteúdo definido pelos diversos momentos de autopoieses do sistema jurídico. O sentido é construído historicamente, novo a cada operação⁶.

Embora tal teoria não seja aqui acolhida, serve para demonstrar que, seja o sistema jurídico um sistema aberto e diretamente influenciável pelo ambiente social ou seja tal sistema operacionalmente fechado e autopoietico, mas indiretamente sensível ao ambiente social, a preocupação com a estabilidade e com a mudança no sistema jurídico sempre esteve presente, acompanhada da percepção de que o Direito, inclusive o constitucional, sofre interferência da evolução social, podendo rejeitar internamente as inovações ou assimilá-las e adequar-se às novas expectativas.

No campo do direito constitucional, apesar de uma maior plasticidade interna da Constituição poder contribuir para a sua perdurabilidade, fatores políticos, por exemplo, são decisivos, como a estabilidade ou instabilidade política e social de um país, o grau de institucionalização da vida coletiva e a capacidade de evolução do regime político. A modificação das Constituições é, assim, um fenômeno inafastável, fruto da tensão entre normatividade e realidade constitucional⁷.

O problema da tensão entre a rígida estabilidade e a contínua dinamicidade⁸ não pode ser resolvido pela adoção de nenhuma das posições extremas, ou, nos dizeres de Hesse, a questão sobre a rigidez ou a mobilidade da Constituição não é uma questão de alternativa, mas de coordenação, em que o Direito nem deve impedir o progresso, nem deve se desfazer do efeito estabilizador que lhe é próprio⁹, pois não cabe falar de Constituição sem um caráter relativamente estático¹⁰.

⁶ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e Democracia – uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Veja também: TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o Direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Introdução à Teoria da Constituição. 5^a ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 108.

⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. Vol. II, 3^a Ed. Madrid: Tecnos, 1986, p. 646.

⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 45.

¹⁰ HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Tradución de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 278.

1.2. Força normativa da Constituição e mudança constitucional

A idéia de que a Constituição possui uma força ordenadora própria e pretensão de vigência, inicialmente desenvolvida por Hesse¹¹ como resposta à tese de Lassale de prevalência dos fatores políticos e sociológicos sobre a “folha de papel”, acabou contribuindo para a análise da tensão entre Constituição e realidade constitucional, vindo a demonstrar que, quanto mais uma Constituição se aproximar do presente, maior tenderá a ser a sua força normativa e menor será o risco dela cair em descrédito.

Embora, intuitivamente, a idéia de que os fatos condicionem as normas constitucionais possa soar contrária à força normativa da Constituição – já que a permanência desta inspira todo o constitucionalismo moderno¹² - se tal força normativa depende da efetividade constitucional, não pode haver um abismo intransponível entre a “Constituição jurídica” e a “Constituição real”, mas uma relação de coordenação, em que haja uma mínima correspondência entre a Constituição escrita e a realidade.

Incide, aqui, a combinação entre as Constituições formal e material, defendida pela perspectiva científico-cultural de Häberle¹³, de maneira que a Constituição, inserida numa relação de tempo e de espaço, deve ser interpretada não apenas como um texto jurídico voltado para juristas, mas como parte do contexto cultural de seu povo, servindo de guia para cidadãos e grupos. Essa interpretação constitucional, que resulta num processo aberto, atento às exigências da sociedade e que dedica especial atenção aos sujeitos que intervêm nesse processo histórico, garante que a Constituição seja expressão de uma situação cultural dinâmica¹⁴.

¹¹ “*La Constitución jurídica viene condicionada por la realidad histórica. La Constitución no puede ignorar las circunstancias concretas de una época, de forma que su pretensión de vigencia sólo puede realizarse cuando toma en cuenta dichas circunstancias. Pero la Constitución jurídica no es sólo expresión de la realidad de cada momento. Gracias a su carácter normativo ordena e conforma a su vez la realidad social y política. De esta coordinación correlativa entre ser y deber ser se derivan las posibilidades y, AL mismo tiempo, los límites de la fuerza normativa de una Constitución.*” (HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la Constitución*. In *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 75).

¹² HORTA, Raul Machado. Permanência e Mudança na Constituição. *Revista de Informação Legislativa* v. 29, n. 115, p. 5-25, jul./set. 1992.

¹³ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, op. cit. E, do mesmo autor: *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

¹⁴ Nas palavras de Häberle: “*No es la Constitución sólo un emaranhado de reglas normativas sino también expresión de una situación cultural dinámica, médio de la autorrepresentación cultural de un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas.*” (HÄBERLE, Peter. *Liberdad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Prólogo de Antonio López Pina. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Minima Trota, 1998, p. 46).

Nesse contexto, a supremacia e a força normativa da Constituição não podem chegar ao ponto de transformá-la em norma estática, impermeável às inovações. Ao mesmo tempo em que a Constituição deve preservar sua força normativa, com conteúdo conformador e pretensão de eficácia, o sentido das normas constitucionais não pode se desprender totalmente da sociedade, devendo acompanhar a realidade social cambiante, condição da própria eficácia constitucional e de sua permanência como ordem jurídica fundamental da comunidade¹⁵, obra inacabada e em constante evolução.

Ao lado da pretensão de segurança jurídica e estabilidade constitucional e exatamente porque a Constituição tem essa pretensão de perpetuidade, a ordem constitucional deve possuir abertura suficiente para se adaptar à dinamicidade da vida social, através de mecanismos de intenação dos efeitos das mudanças sociais¹⁶, sem simplesmente ceder às forças externas, filtradas por mecanismos de manutenção do sistema jurídico. A elasticidade e permeabilidade das diretrizes e dos princípios, previstos no texto constitucional, permitem as necessárias transformações da norma, enquanto garantem certa estabilidade estrutural.

Tampouco a questão se resume à clássica dicotomia constituições rígidas – constituições flexíveis¹⁷, pois a capacidade de adaptação pode ser verificada, em diferentes graus, nas duas modalidades e ambas desfrutam de características proveitosas tanto à estabilidade quanto à dinâmica, não sendo os obstáculos procedimentais à reforma os únicos fatores a interferirem na frequência da mudança constitucional. O constitucionalismo inglês talvez seja o maior exemplo de que a estabilidade não está necessariamente atrelada à rigidez constitucional e, especificamente no tocante às mutações constitucionais, estas independem da rigidez do texto, pois tanto Constituições rígidas como flexíveis estão sujeitas ao influxo de novos sentidos às normas constitucionais¹⁸.

Como é impossível prever todos os desenvolvimentos futuros, as Constituições devem possuir formulação elástica e válvulas de escape que lhes permitam responder à dinâmica da sociedade¹⁹. Mas os mecanismos institucionais formais, previstos nas próprias Constituições, não são os únicos meios de mudança constitucional, já que as mutações constitucionais

¹⁵ SBROGIO' GALIA, Susana. *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 38.

¹⁶ CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed, Coimbra: Almedina, 2003, p. 1070 e segs.

¹⁷ BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rigidas*. Traducción Pablo Ucas Verdu. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 9.

¹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 84.

¹⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitare. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 164.

podem constituir instrumento de preservação da normatividade constitucional, como serve de exemplo a Constituição norte-americana de 1787, que revelou grande capacidade de adaptação graças à interpretação que lhe é conferida ao longo dos séculos.

A dificuldade é encontrar o ponto de equilíbrio entre estabilidade e dinâmica, entre rigidez e flexibilidade, de forma que se mantenha a força normativa e a juridicidade da Constituição, sem cair na valorização exclusiva do social e, simultaneamente, não se perca a sintonia com as demandas e os sentimentos sociais²⁰.

1.3. Fundamentalidade sem fundamentalismo: em busca da fundamentalidade dinâmica

Nas oportunas palavras de Morton Horwitz²¹ - autor que traçou um histórico da teoria da mudança no direito norte-americano - o desafio é manter a fundamentalidade da Constituição como norma suprema, sem descambar para um fundamentalismo constitucional, identificado com o originalismo que nega legitimidade à mudança dos significados constitucionais. De acordo com esse autor, a força desestabilizadora do modernismo²² desafia a qualidade de objetividade da lei, que, como criação social e não mero reflexo de uma ordem natural, sofre as implicações tanto da mudança histórica, quanto da mudança na própria consciência histórica, enfrentando a crítica de que mesmo a verdade muda com o tempo.

A Constituição é especialmente suscetível à crise de legitimidade que decorre do modernismo, exatamente porque abarca uma definição de fundamentalidade jurídica particularmente vulnerável à crítica modernista, pois tende a incorporar uma visão pré-moderna de verdades imutáveis e atemporais²³. Não obstante a crítica modernista, Horwitz destaca, com propriedade, que a idéia da Constituição como lei fundamental e não apenas organização governamental é uma das maiores contribuições à civilização, mas a noção de verdades inalteráveis não se coaduna com a atual prática constitucional e com a compreensão que se tem das teorias da linguagem e da consciência.

A questão que subjaz a contemporânea crise de legitimidade constitucional é, portanto,

²⁰ Nos dizeres de Hesse: “*Hay, pues, que buscar el camino entre el sacrificio de l normativo ante la simple facticidad de una parte y la normatividad ajena a la realidad y carente de contenido, de outra. Este camino sólo puede encontrarse si previamente se renuncia auna respuesta radical em um sentido u outro.*” (HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la Constitución*. Op.cit., p. 66).

²¹ HORWITZ, Morton J. Foreword: The Constitution of Change – legal fundamentality without fundamentalism. *Harvard Law Review*, Vol. 107, n. 1, Nov. 2003.

²² Sobre as revoluções científicas, é clássica a obra de KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2ª ed. Chicago: University of Chicago Press, 1920, p. 77-91.

²³ HORWITZ, Morton J. Foreword: The Constitution of Change – legal fundamentality without fundamentalism. Op. Cit., p. 33-34.

como desvincular fundamentalidade de fundamentalismo, ou, noutras palavras, como legitimamente incorporar mudanças em ideais e valores numa teoria constitucional que aspira à permanência.

Embora possa parecer óbvio que o significado constitucional mude com o tempo, a equalização dessa mudança nem sempre foi uma preocupação da teoria constitucional²⁴, que, durante considerável período, resistiu à idéia de “*living Constitution*” e se apegou a uma interpretação estática e literal do texto maior, modelo newtoniano que somente foi abalado com os influxos das concepções evolucionistas darwinianas, que contribuíram para a difusão da idéia de que o direito muda através dos tempos²⁵.

O próprio sistema de *common law* norte-americano, que deita suas raízes no originalismo do constitucionalismo *whig* inglês, baseado numa antiga e imemorial Carta Magna e numa suposta era de ouro anterior ao feudalismo, sofreu transformações para admitir a realidade das mudanças ao lado da continuidade do processo jurisprudencial, ensejando uma versão dinâmica de *common law*²⁶, cujas decisões, até então, deveriam durar para sempre.

Tais mudanças se concentraram, primeiro, na questão da linguagem constitucional, que desafiava tanto interpretação estrita como ampla, para depois desembocarem em teorias progressistas de mudança constitucional, que realmente rompiam com as premissas do originalismo. Ainda que com justificação somente na mudança das circunstâncias fáticas, passou-se a considerar que as disposições constitucionais deviam possuir capacidade de adaptação às mudanças do mundo, sendo vital que um princípio possuísse aplicação mais ampla do que aquela que deu azo à sua instituição²⁷.

Posteriormente, passou-se a enfatizar que o próprio conteúdo ou significado das disposições constitucionais pode sofrer alteração²⁸, assim como a consciência jurídica²⁹ ou a

²⁴ Apesar da famosa declaração do Juiz Marshall, em *McCulloch v. Maryland*, de que, dada a linguagem constitucional, “*the Constitution was intended to endure for ages to come, and, consequently, to be adapted to the various crises of human affairs.*” (17 U.S. 316, 1819), **ou seja**, a Constituição foi planejada para durar através dos séculos e, conseqüentemente, para ser adaptada às várias crises das questões humanas.

²⁵ Sobre o reconhecimento da mudança histórica na teoria jurídica, inspirada nas idéias evolucionistas de Darwin, confira-se HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover Publications, 1991.

²⁶ HORWITZ, Morton J. Foreword: The Constitution of Change – legal fundamentality without fundamentalism. Op. Cit., p. 46.

²⁷ Teoria desenvolvida pelo então Juiz da Suprema Corte dos EUA, Louis D. Brandeis, em *Olmstead v. United States*, 27 U.S. 438 (1928).

²⁸ Essa reformulação da versão restrita de alterações circunstanciais é atribuída ao ex-Juiz da Suprema Corte dos EUA, Benjamin N. Cardozo, em HORWITZ, Morton J. Foreword: The Constitution of Change – legal fundamentality without fundamentalism. Op. Cit., p. 54.

²⁹ Ao analisar a superação de *Plessy v. Ferguson* por *Brown v. Board of Education*, a Suprema Corte dos EUA, no julgado *Planned Parenthood v. Casey*, acabou por indicar que, mais do que simples mudança de circunstâncias ou errônea avaliação das conseqüências da segregação racial, a doutrina do *separate but equal* foi equivocada desde à época de *Plessy*, por não ter a Corte assegurado o principal propósito das emendas posteriores à Guerra

compreensão dos fatos³⁰, numa reação à visão estática da Suprema Corte norte-americana na *era Lochner*, assim conhecido o período, do final do século XIX ao início do século XX, durante o qual aquela Corte resistiu às conquistas trabalhistas e sociais, rechaçadas judicialmente com fulcro na tradicional liberdade contratual e em concepções liberais clássicas. Ao contrário da interpretação prevalente naquela era, a mudança nas circunstâncias fáticas e a natureza dinâmica da consciência social e jurídica podem legitimar a alteração constitucional³¹.

Essa progressiva elaboração de uma teoria da mudança constitucional nos Estados Unidos reacendeu as variedades de textualismo e originalismo³², decorrentes da busca por uma metodologia que elimine a discrição judicial³³ e que forneça à atual Suprema Corte

Civil: proteger os ex-escravos, garantindo-lhes direitos contra a discriminação. (HORWITZ, Morton J. Foreword: The Constitution of Change – legal fundamentality without fundamentalism. Op. Cit., p. 88).

³⁰ “*There is a potentially great difference between changes in unmediated or pre-interpretative facts and changes in understanding of facts as the justification of constitutional change. The second, broader formulation must eventually include some notion of varying cultural interpretations of the same facts; or indeed, some recognition that shifting paradigms or judicial methods permit judges to create forms of legal categorization and classification that, by either privileging or screening out various facts, make it possible for judges to lose touch with social reality.*” (HORWITZ, Morton J. Foreword: The Constitution of Change – legal fundamentality without fundamentalism. Op. Cit., p. 92). **Em português:** *Há uma diferença potencialmente grande entre mudanças em fatos não mediados ou pré-interpretados e mudanças na compreensão dos fatos como justificativa da mudança constitucional. A segunda formulação, mais abrangente, deve eventualmente incluir alguma noção de diferentes interpretações culturais dos mesmos fatos; ou até mesmo algum reconhecimento de que paradigmas mutáveis ou métodos judiciais permitem aos juízes criarem formas de categorização e classificação legal que, por privilegiar ou por desconsiderar vários fatos, fazem com que os juízes percam contato com a realidade social.* Contra, considerando que todos os fatos são mediados pela compreensão humana: SUNSTEIN, Cass R. On analogical reasoning. *Harvard Law Review* 106, 1993, p. 741-773.

³¹ A liberdade de expressão, invocada ora para proteger uma minoria política ou cultural dissidente, ora para justificar a queima de uma cruz na propriedade de uma família negra (*R.A.V. v. City of St. Paul*, 112 S. Ct., 2538, 1992) assume contornos diversos, uma vez que “*even when the words remain the same, they mean something very different when they are uttered by a minority struggling against repressive measures and when expressed by a group that has attained power and then uses ideas that were once weapons of emancipations as instruments for keeping the power and wealth they have obtained. Ideas that at once time are means of producing social change assume another guise when they are used as means of preventing social change*”. (DEWEY, John. The future of liberalism. In *The Later Works*, v. 11, Jo Ann Boydston Ed., Carbondale: Southern Illinois University Press, 1987, p. 291). **Numa tradução livre:** *mesmo quando as palavras continuam as mesmas, elas significam algo muito diferente quando são ditas por uma minoria lutando contra medidas repressivas e quando são expressadas por um grupo que alcançou o poder e então usa idéias que foram um dia armas de emancipação como instrumentos para manter o poder e a riqueza que adquiriram. Idéias que, em uma determinada época, são meios de produzir mudança social assumem outra aparência quando usadas como meios de evitar mudança social.*

³² Numa explicação singela, textualismo e originalismo negam papel criativo ao juiz, seja restringindo a sua atuação às normas escritas da Constituição, seja vinculando a interpretação à intenção dos fundadores. Em defesa do originalismo como único método legítimo de adjudicação: SCALIA, Antonin. The rule of law as the law of rules. *University of Chicago Law Review*, 56, 1989, p 1175; BORK, Robert H. *The tempting of America*. New York: Free Press, 1990, p. 251-259.

³³ Os diferentes níveis de escrutínio e a manipulação de categorias, como na “*speech-conduct distinction*” (distinção entre conduta e discurso) no campo da liberdade de expressão e do *hate speech* (discurso de ódio ou racista), seriam exemplos de como a Suprema Corte dos EUA se vale de técnicas para manter a aparência de neutralidade. (HORWITZ, Morton J. Foreword: The Constitution of Change – legal fundamentality without fundamentalism. Op. Cit., p. 115).

autoridade para superar os precedentes da *Corte Warren* – correspondente às décadas de cinquenta/sessenta e considerada extremamente ativista³⁴, pela expansão dos direitos civis e pelo aumento do poder judicial. Daí porque julgados como *Planned Parenthood v. Casey*³⁵ - que discutia a observância do precedente *Roe v. Wade*³⁶, amplamente analisado adiante -, versavam mais sobre a legitimidade da mudança constitucional e os riscos de uma Corte ignorar as bases de sua própria legitimidade do que o direito fundamental em si.

Buscando fundamentação no princípio do *stare decisis* e na história constitucional norte-americana, a Suprema Corte considerou que a superação de precedentes é apropriada quando ocorrem mudanças nas circunstâncias fáticas ou na compreensão desses fatos, lançando dúvidas sobre verdades atemporais, paradigmas ou princípios supostamente neutros, que não mais são capazes de solucionar questões constitucionais³⁷. A reflexão aponta as incoerências do originalismo e do textualismo e os riscos do *stare decisis* se transmutar em jurisprudência mecânica, que perca a conexão com a mudança social³⁸.

Interessante notar que, nas últimas décadas, a democracia se tornou um conceito

³⁴ O *ativismo*, oposto da *autocontenção judicial*, está associado “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 283-284).

³⁵ 112 S. Ct. 2791 (1992).

³⁶ 410 U.S. 113 (1973).

³⁷ Uma maneira de ver o problema da mudança de circunstâncias é considerar as diferentes aplicações de um mesmo princípio, ao longo do tempo, como uma questão de interpretação constitucional e não de real mudança de significado, o que levou Alexander Bickel a afirmar que, ainda que os fundadores da décima quarta emenda à Constituição dos EUA não tenham pretendido aplicar o princípio da igualdade à segregação racial, gerações futuras não estariam presas a essa intenção original, ao menos quando os fundadores utilizaram linguagem genérica para expressar suas idéias. (BICKEL, Alexander M. *The Original Understanding and the segregation decision*. *Harvard Law Review*, 69, 1955, p. 64).

³⁸ *Harper v. Virginia Department of Taxation* (509 U.S. 86, 1993; 113 S. Ct. 2510, 1993) seria exemplo de um originalismo que desconsidera as demandas da realidade social ao conceder retroatividade a decisões da Suprema Corte e ignorar que as próprias decisões judiciais podem promover mudanças significativas e imprevisíveis, além de graves consequências sociais. Ignorando a incerteza que paira sobre a constitucionalidade de várias classificações tributárias, que podem ser contestadas diante da cláusula da igualdade, o Juiz Scalia afirmou que: “*Prospective decisionmaking is the handmaid of judicial activism, and the born enemy of stare decisis. It was formulated in the heyday of legal realism and promoted as a ‘technique of judicial lawmaking’ in general, and more specifically as a means of making it easier to overrule prior precedent... The true traditional view is that prospective decisionmaking is quite incompatible with the judicial power, and that courts have no authority to engage in the practice.*” (*Harper v. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. 86, 1993). **Tradução:** *A técnica de decisão prospectiva é serva do ativismo judicial e inimiga nata do stare decisis. Foi formulada no auge do realismo legal e promovida como uma técnica judicial de aplicação de leis em geral e, mais especificamente, como um meio de tornar mais fácil afastar um precedente...A verdadeira visão tradicional é que a técnica da decisão prospectiva é totalmente incompatível com o poder judicial, e que os tribunais não têm autoridade para adotar essa prática.*

central no direito constitucional norte-americano e, por vezes, vem sendo invocada como nova justificativa para uma interpretação estática, inclusive pela defesa de fortes limitações ao poder judicial³⁹, enfocando sobremaneira o caráter contra-majoritário do *judicial review*⁴⁰.

Entretanto, democracia e mudança constitucional, ainda que pelo Judiciário, parecem noções reconciliáveis, como se verá ao longo desse trabalho, especialmente porque várias versões de democracia, longe de se restringirem à regra da maioria, justificam intervenção judicial, ao menos para assegurar a abertura do processo democrático e a proteção de minorias⁴¹, entendidas não necessariamente em termos numéricos, mas de vulnerabilidade social e política, determinada conforme as circunstâncias espaciais e temporais. Em determinados casos, o *judicial review* pode incrementar as pré-condições à democracia, conciliando regra da maioria com direitos de minoria, tidos como uma extensão dos valores democráticos⁴².

Na verdade e apesar de ser inviável aprofundar aqui esse debate, o princípio de igual consideração e respeito que está na base da democracia obriga a tratar as pessoas como iguais por serem titulares de interesses e sujeitos capazes de faculdades morais, de formar e revisar suas concepções de vida e de justiça. Portanto, pode-se defender uma Constituição substantiva a partir do ideal democrático, que projeta não apenas os direitos de participação política, mas também os de autonomia individual e de não ser discriminado⁴³.

De qualquer forma, tanto na invocação do originalismo, quanto da democracia, a hostilidade à mudança constitucional costuma vir acompanhada de um conservadorismo jurídico e impulsionada pela esperança de objetividade e de consenso sobre valores na

³⁹ No diagnóstico de Frank Michelman: “*Too often, indeed, the invocation of democracy in defense of judicial restraint signifies little more than faute de mieux; too often, it means merely that if a determination of law can only, at bottom, be a matter of acceding to someone’s preferences, than the people should be ruled by the sum of their own preferences (as mediated by the system of representation) rather than by the preferences of a few judges. Democracy thus conveniently answers to the need of authority.*” (MICHELMAN, Frank. *Law’s Republic*. *Yale Law Journal* 97, 1943, p. 3). **Ou seja:** Muito frequentemente, na verdade, a invocação da democracia em defesa da contenção judicial significa pouco mais do que ‘na falta de algo melhor’; com muita frequência, ela significa simplesmente que se uma determinação de lei pode, no fundo, ser apenas uma questão de aliar-se às preferências de alguém, então as pessoas deveriam ser governadas pela soma de suas próprias preferências (mediadas pelo sistema representativo) e, não, pelas preferências de alguns juízes. Deste modo, a democracia responde convenientemente à necessidade de autoridade.

⁴⁰ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed., New Haven: Yale University Press, 1986.

⁴¹ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 73-77.

⁴² HORWITZ, Morton J. Foreword: The Constitution of Change – legal fundamentality without fundamentalism. *Op. Cit.*, p. 63.

⁴³ Essa concepção é defendida, por exemplo, por COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2007, p. 66-75.

verdade divergentes, na tentativa de criar uma aparência de neutralidade política⁴⁴. Mas não há como desatrelar a visão jurídica da visão do mundo e da experiência social⁴⁵, daí a importância de se traçar diretrizes que permitam aferir quando é legítima a mudança constitucional.

O desafio do constitucionalismo moderno é reconciliar a idéia de lei fundamental com a fluidez e historicidade dos significados constitucionais, construindo uma teoria sobre mudança constitucional capaz de resolver a tensão entre a inafastável dinâmica e a aspiração de fundamentalidade. Uma teoria que reconheça a existência de uma Constituição viva sem abandonar a busca por verdades fundamentais e sem cair na tentação anti-democrática de imposição de valores; que consagre, enfim, uma fundamentalidade dinâmica⁴⁶.

1.4. Mutação constitucional: conceito e terminologia

O tema da mudança constitucional sempre povoou os estudos de direito público⁴⁷, sendo comumente abordada a tensão entre a indispensável estabilidade da ordem

⁴⁴ Sobre os perigos dessa pretensa neutralidade política, no terreno da igualdade racial, adverte Morton Horwitz que: “*Content neutrality and its offspring, ‘color blindness’, depend on the elimination of the relevance of domination and subordination – in short, ignorance of real world power relations. Thus, all ‘content neutral’ definitions of race relations attain their neutrality by ignoring past injustices and the unfair advantages that whites as a group have acquired through racial discrimination and subordination.*” (HORWITZ, Morton J. Foreword: The Constitution of Change – legal fundamentality without fundamentalism. Op. Cit. p. 103). **Em português:** *A cômoda neutralidade e seu fruto, a indiferença ou cegueira à cor, dependem da eliminação da relevância da dominação e subordinação – em suma, ignorância das relações de poder do mundo real. Assim, todas as definições neutras de relações raciais conseguiram sua neutralidade ignorando as injustiças passadas e as injustas vantagens que os brancos, como grupo, adquiriram através da discriminação e dominação racial.*

⁴⁵ *Shaw v. Reno* (509 U.S. 630, 1993; 113 S. Ct. 2816, 1993) também demonstra os riscos de se invocar um princípio de “*color blindness*” (indiferença ou cegueira à cor) supostamente atemporal e neutro, por receio da mudança. Ao invés de admitir que determinadas classificações raciais podem ser constitucionais e, não discriminatórias, a Suprema Corte dos EUA equiparou ao *apartheid* a criação de um distrito de maioria negra, idealizado para garantir representatividade política.

⁴⁶ HORWITZ, Morton J. Foreword: The Constitution of Change – legal fundamentality without fundamentalism. Op. Cit., p. 41.

⁴⁷ O tema está presente em praticamente todos os manuais de Direito Constitucional, a exemplo dos seguintes: CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed, Coimbra: Almedina, 2003, p. 1073; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 196-197; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 122-129.

constitucional, de um lado, e a constante necessidade de interpretação e adaptação da Constituição às transformações da realidade, de outro. Numa visão ampla, trata-se da busca do delicado equilíbrio entre segurança jurídica e efetividade normativa, almejado, ainda que com outra roupagem, desde os tempos de Lassale⁴⁸, mas tão em voga no âmbito das reformas processuais civis e penais atualmente em curso no país.

Todavia, o debate acerca da reforma constitucional quase sempre se centrou na sua faceta mais visível, consistente nas reformas formais do texto constitucional, operadas através de emenda ou revisão. O objeto do presente estudo é diverso e consiste na análise das mudanças constitucionais informais, decorrentes de alterações no sentido e no alcance dos dispositivos constitucionais, sem modificação do respectivo texto. São as denominadas mutações constitucionais, as quais, apesar de diuturnamente e crescentemente presentes na moderna interpretação jurídica, ainda são alvo de poucas análises nacionais⁴⁹.

Já se reconhece, atualmente, que a pretensão à imutabilidade afigura-se inatingível até mesmo nos sistemas de Constituições rígidas, as quais, não obstante confirmam um relativo grau de estabilidade ou permanência à ordem constitucional que consagram, não são capazes de obstar as alterações constitucionais impulsionadas pelos fatos da vida, que exigem mudança, renovação e progresso. Nem deveriam sê-lo, pois a absoluta imutabilidade, deveras impossível, privaria o sistema constitucional das indispensáveis adaptações viáveis pela reforma pacífica, entregando à revolução a solução das crises constitucionais⁵⁰.

A modificação das Constituições é um fenômeno inafastável da vida jurídica, decorrência natural da tensão entre realidade constitucional e necessidade de efetividade das normas constitucionais. Juntamente com a estabilidade política e social do país, com o grau de institucionalização da vida coletiva e com a capacidade de evolução do regime jurídico, uma maior plasticidade interna da Constituição pode ser relevante para garantir-lhe perdurabilidade⁵¹.

Como visto, o problema da tensão entre a estática estabilidade e a contínua dinamicidade não pode ser resolvido pela adoção de nenhuma das posições extremas, ou,

⁴⁸ A clássica crítica de Lassale às Constituições de papel não deixa de ser um reflexo dessa problemática, na medida em que aponta os riscos da absoluta falta de conexão entre realidade e ordem constitucional vigente ou, noutras palavras, as fatais conseqüências ocasionadas pela dissonância entre a Constituição Formal e a Constituição material ou real.

⁴⁹ Embora, como antevê Jellinek, “no es menester advertir que la doctrina de las mutaciones es mucho más interesante que de las reformas constitucionales.” (JELLINEK, Georg. *Reforma e Mutación de la Constitución*. Traducción de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7).

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 196-197.

⁵¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra, 1993, Tomo II. Introdução à Teoria da Constituição, p. 108.

repisando Hesse, a questão sobre a rigidez ou a mobilidade da Constituição não é uma questão de alternativa, mas de coordenação⁵². Daí a necessidade de que as próprias Constituições tragam, em seu bojo, o germe da mudança, prevendo mecanismos de reforma que previnam o engessamento do texto e as rupturas constitucionais, tais como, no caso da Constituição da República de 1988, as emendas e a revisão, a cargo do chamado poder constituinte derivado.

Ao lado desses mecanismos formais de reforma constitucional, há autores⁵³ que salientam a existência de um segundo poder constituinte originário, de titularidade indefinida, difuso e anônimo, responsável por manter atualizada a Constituição já elaborada e em vigor, ainda que só seja possível perceber-lhe a presença invisível quando se constata as transformações já operadas, dada a lentidão com que atua. São modificações atribuídas ao denominado poder constituinte difuso, modalidade não organizada, invisível e constante do poder constituinte.

O certo é que as Constituições não mudam somente por procedimentos expressamente previstos no texto constitucional, pois o impacto da evolução política e social pode atuar, ainda que de forma imperceptível, através de outros canais⁵⁴. Paralelamente aos procedimentos de mudança constitucional regulados pela própria Constituição, ocorrem modificações, normalmente lentas, não na letra, mas no significado das disposições constitucionais.

As mutações constitucionais se produzem quando a normatividade constitucional se modifica em razão da realidade político-social, que, sem afetar o texto, transmuda o seu conteúdo⁵⁵. A mudança informal ou mutação constitucional deriva de uma incongruência entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, com a constante superação do sentido originário atribuído à norma que busca complementação, através de interpretação

⁵² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 45.

⁵³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 58. Também utiliza a denominação poder difuso BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 187, que, com apoio na doutrina de Georges Burdeau, prossegue: “Não é o jurista profissional, de formação positivista, que descobre a variedade do poder constituinte em tela, senão aquele que, dotado de ampla visão sociológica, vislumbra nos acórdãos das cortes constitucionais o exercício de um tal poder constituinte, anônimo, silencioso, mas sumamente eficaz. Exercita-se por múltiplas vias. Fruto às vezes da função criativa dos juízes que interpretam a Constituição formal à luz de uma 'compreensão prévia', ele nasce impregnado de realidades existenciais, como os juristas da tópica excelentemente assinalaram em profundas reflexões de filosofia de direito. Manifesta-se também difusamente, fora dos tribunais, à margem do texto constitucional, com a mesma força normativa. Prende-se nesse caso a instâncias mais recuadas, familiaríssimas às Constituições costumeiras.”

⁵⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Op. Cit., p. 218.

⁵⁵ VERDÚ, Pablo Lucas. *Estúdio preliminar*. In JELLINEK, Georg. *Reforma e Mutación de la Constitución*. Op.cit., p. LXVII.

integradora⁵⁶.

Conseqüência da incorporação dessa realidade ao processo de interpretação é o alargamento do campo dos sujeitos da hermenêutica constitucional ou, nas palavras de Häberle⁵⁷, a passagem da sociedade fechada dos intérpretes, centrada nos órgãos estatais e na figura do jurista, para a sociedade aberta de legítimos intérpretes democráticos, tanto mais aberta quanto mais pluralista. Esse novo paradigma põe à prova a interpretação constitucional de diversos princípios de significados controvertidos ao longo de gerações e sofre a influência das várias forças sociais que surgem e se desenvolvem historicamente⁵⁸.

O risco que advém dos exageros dessa dinâmica, e que deve ser considerado, é o da dissolução da normatividade constitucional, que deixaria de ser instrumento ordenador do dever-ser, merecendo ser acatada a advertência de Hesse acerca da importância da vinculação ao texto, havendo limites para a criatividade do intérprete⁵⁹.

Não há uniformidade terminológica no tocante às mutações constitucionais, sendo comuns as expressões vicissitude constitucional tácita⁶⁰, mudança material⁶¹, transição constitucional ou revisão informal⁶², processo informal de mudança ou mutação constitucional⁶³ e processos oblíquos⁶⁴.

A terminologia mutação, originária da biologia, onde designa as mudanças que se operam em seres vivos, de forma discreta e imperceptível, embora traga consigo uma certa carga negativa, decorrente da sua associação com deformações, parece bem exprimir a progressividade e sutileza que caracterizam tais mudanças constitucionais informais, que não

⁵⁶ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 9-11.

⁵⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

⁵⁸ “Si en materia de dignidad humana, libertad, igualdad, fraternidad, pero también de justicia social y bien común, se pone a prueba el tipo Estado constitucional mediante ‘trial and error’, este puede adoptar en formas democráticas un perfil relativamente logrado. Cabe asimismo estructurar esse tipo a la luz del paradigma de la sociedad abierta de intérpretes y creadores de la Constitución em sus procesos de aparición, despliegue y crecimiento: muchas fuerzas han aportado históricamente en formas y modos de incidencia paralelos contribuciones textuales y contextuales que hoy mantienen vivo al Estado constitucional.” (HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Op. Cit., p. 75).

⁵⁹ HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. Op. Cit..

⁶⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Introdução à Teoria da Constituição. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 109.

⁶¹ FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

⁶² CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed, Coimbra: Almedina, 2003.

⁶³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

⁶⁴ CAMPOS, Milton. *Constituição e realidade*. Rev. Forense n. 187. Rio de Janeiro, 1960, p. 18-22.

encontram previsão nas normas constitucionais.

Trata-se de compreender que a interpretação constitucional deve ser evolutiva⁶⁵, pois toda Constituição está sujeita à dinâmica da realidade e a interpretação deve não só reconhecer um papel ativo ao intérprete, mas congregar as normas interpretadas com o restante das normas jurídicas, inclusive aquelas posteriores ao dispositivo interpretado, bem como atender aos destinatários atuais. Admitem-se novos conteúdos aos dispositivos constitucionais, em virtude de fatores que talvez não se fizessem presentes à época da elaboração da Constituição.

Se interpretação evolutiva consiste em permitir a adaptação da norma constitucional às transformações de seu contexto, limitada pelas possibilidades semânticas do texto e pelos princípios fundamentais do sistema⁶⁶, não parece haver diferença entre tal interpretação e a mutação constitucional por interpretação, a menos que se considere esta como produto daquela.

Adotando-se o entendimento de que as mutações constitucionais podem decorrer tanto de uma mudança na realidade fática, quanto de uma nova percepção do Direito, não parece haver razão para diferenciar-se tal fenômeno da interpretação evolutiva ou construtiva⁶⁷, razão pela qual considerar-se-á, para os fins deste trabalho, que a mutação constitucional por interpretação ocorre em ambos os casos.

Independentemente da moldura que se atribua ao fenômeno e por mais paradoxal que possa soar, é essa possibilidade de reforma, formal e informal, da norma constitucional, que assegura longevidade, permanência e estabilidade a uma Constituição. E, por ora, interessa analisar essas alterações informais no sentido e no alcance da norma constitucional, promovidas por interpretação e sem a correspondente modificação do texto constitucional,

⁶⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Op. Cit., p. 159.

⁶⁶ PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 275-276.

⁶⁷ Entretanto, pode encontrar-se essa diferenciação em alguns autores, como Luís Roberto Barroso, para quem “a **interpretação construtiva** consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição – seus valores, seus princípios – para o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa. Já a **interpretação evolutiva** se traduz na aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por na existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional (...). A **mutação constitucional por via de interpretação**, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente (...), seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129-130).

que permanece inalterado. São as denominadas mutações constitucionais ou mudanças constitucionais tácitas⁶⁸.

Mesmo autores cautelosos e receosos do alcance do fenômeno, como Canotilho, afirmam que o núcleo constitutivo de identidade da Constituição não significa a continuidade ou permanência do sempre igual, pois a dinamicidade transforma a abertura à evolução num elemento estabilizador daquela identidade, sugerindo um desenvolvimento constitucional⁶⁹.

Embora avesso às tentativas de legitimação de uma interpretação constitucional criadora que, com base na força normativa dos fatos, pretenda impor uma alteração constitucional em inequívoca contradição com o texto da Constituição, Canotilho reconhece a legitimidade da mutação constitucional obtida por via interpretativa de desenvolvimento do direito constitucional, em que a mudança de sentido da norma, provocada pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contraria os princípios estruturais da Constituição⁷⁰. Invocando Hesse, o autor afirma que o reconhecimento dessas mutações constitucionais silenciosas é ainda um ato legítimo de interpretação constitucional e é a estas que se refere esse estudo.

Mas o fenômeno da mutação constitucional é atemporal, mera consequência da interpretação jurídica, e decorre também da textura aberta característica da linguagem normativa como um todo e, em especial, do texto Constitucional, a estimular alterações de sentido nos enunciados, mantendo intacta a roupagem verbal⁷¹. Tal realidade já havia sido apontada por Miguel Reale⁷², para quem as palavras da lei (e de qualquer norma jurídica) podem se conservar imutáveis, mas a sua acepção sofre um processo de erosão ou enriquecimento, fruto da interferência de fatores diversos e que amoldam a letra da lei a um novo espírito.

⁶⁸ Sobre a imprecisão terminológica e as diversas denominações empregadas para designar as mutações constitucionais, veja-se FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9; BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57-58; ANTUNES, Marcus Vinícius Martins. *Mudança Constitucional: o Brasil pós-88*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 38-39; e SBROGIO GALIA, Susana. *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 90-97.

⁶⁹ CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. Cit., p. 1073.

⁷⁰ CANOTILHO, JJ Gomes. Op. Cit., p. 1228-1229.

⁷¹ Exatamente por isso que Konrad Hesse, ao apartar a modificação constitucional formal da mutação constitucional, afirma que *esta “não afeta o texto como tal – esse fica inalterado – senão a concretização do conteúdo das normas constitucionais; esta pode, nomeadamente em vista da amplitude e abertura de muitas determinações constitucionais, sob pressupostos alterados, conduzir a resultados diferentes e, nesse aspecto, produzir uma mutação. A problemática da modificação constitucional começa lá onde as possibilidades de uma mutação constitucional terminam.”* (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 45).

⁷² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p. 563-564.

A diferença está no fato de que a Constituição, além da vagueza e das ambiguidades semânticas e sintáticas presentes em qualquer texto e decorrentes da pluralidade de significados de cada palavra e das distintas conexões que as palavras podem formar, possui, em peculiar abundância e notadamente em matéria de direitos e liberdades, conceitos essencialmente controvertidos, que expressam um critério normativo sobre o qual não há consenso social, havendo, até mesmo, profunda discrepância de concepções em torno de seu conteúdo. Embora tais expressões controvertidas desempenhem papel dialético ao garantirem que a sociedade trave determinados debates, agravam a indeterminação constitucional⁷³.

Não se pode esquecer também das colisões de direitos constitucionais, outra fonte de indeterminação normativa e que toca o problema da incomensurabilidade dos valores acolhidos pela Constituição, bastante presente na Constituição Federal de 1988. Seja porque a sociedade acordou proteger determinados valores, seja porque a sociedade se dividiu na definição de quais valores deveriam ser protegidos, adotando compromissos de forma dilatória e postergando a solução das controvérsias, o grau de consenso em torno dos princípios constitucionais varia em amplitude (extensão) e profundidade (intensidade), dificultando, ora mais ora menos, a interpretação constitucional e a solução dos conflitos de direitos constitucionais⁷⁴.

Em suma, as mutações constitucionais são decorrentes da conjugação da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, de um lado, e de fatores externos, de ordem econômica, cultural e social que a Constituição intenta regular, de outro, que interagem dialeticamente e resultam em leituras sempre renovadas das normas constitucionais⁷⁵. Há várias classificações ou espécies de mutações constitucionais, nas quais se verifica a incongruência entre as normas constitucionais e a realidade constitucional⁷⁶, mas aqui nos interessa, como aventado, aquelas decorrentes da interpretação.

De um lado, a força normativa da Constituição depende do êxito na consecução da sua pretensão de eficácia; de outro, a Constituição também possui caráter prospectivo, sendo uma

⁷³ Com apoio na idéia de Jeremy Waldron sobre *conceitos essencialmente controvertidos*, essa a conclusão de COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. Op. Cit., p. 23-29.

⁷⁴ COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. Op. Cit. p. 30-37.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. Cit., p. 130.

⁷⁶ O jurista chinês Dau-Lin, discípulo de Smend e um dos primeiros autores a escrever sobre o tema, afirmou que a mutação constitucional é uma incongruência entre as normas constitucionais e a realidade constitucional provocada por uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; pela impossibilidade de se exercerem certos direitos estatuídos constitucionalmente; por uma prática estatal contraditória com a Constituição; ou através de interpretação (DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*. Op. Cit, p. 29-31). É esta última modalidade que nos interessa.

certa estabilidade condição de sua mínima eficácia⁷⁷. A interpretação constitucional parece assumir um papel de extremo relevo na garantia de que as normas constitucionais acompanhem a realidade social cambiante, como condição de eficácia da Constituição e, ao mesmo tempo, preservação de sua força normativa, dados os limites à interpretação construtivista.

1.5. Modalidades ou espécies de mutação constitucional

É difícil encontrar tratamento doutrinário sistemático dos processos informais de mudança constitucional. Pedro de la Vega⁷⁸ distinguia entre mutações por práticas ou costumes que não se opõem à Constituição escrita, em casos de lacuna constitucional; mutação por práticas políticas em oposição a preceitos da Constituição; mutações produzidas por desuso ou impossibilidade de exercício das competências estabelecidas na Constituição; e, por fim, mutações produzidas através de interpretação dos termos da Constituição, de forma que estes adquiram um conteúdo distinto daquele em que haviam sido idealizados.

Enquanto Jellinek⁷⁹ se limitava a assinalar as mutações mediante atividade legislativa, prática parlamentar-governamental e prática judicial, Dau-Lin⁸⁰, partindo das lições de Smend, dividiu as mutações constitucionais em quatro espécies, conforme tais mutações decorram de prática estatal que não viola a Constituição, da impossibilidade de exercício de determinados direitos constitucionais, de prática contrária à Constituição e mediante interpretação. Interessante notar que o autor considera abrangidas pela mutação por interpretação as alterações de conteúdo, em que a norma recebe conteúdo diverso do original, bem como de alcance, quando os preceitos passam a regular situações antes não imaginadas.

Ao lado das mutações constitucionais, expressão reservada para as alterações de significado que não contrariem a Constituição, a doutrina costuma se referir às mutações inconstitucionais, como aquelas que afrontam o espírito e a letra da Constituição e que, por isso, atraem o controle de constitucionalidade⁸¹.

A indicação das modalidades de mutação constitucional se faz, aqui, somente para não

⁷⁷ SBROGIO' GALIA, Susana. *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Op. Cit., p. 37-38.

⁷⁸ VEGA, Pedro de La. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 179 e segs.

⁷⁹ JELLINEK, Georg. *Reforma e Mutación de la Constitución*. Op. Cit., p. 17-37.

⁸⁰ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Op. Cit., p. 31.

⁸¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. Op. Cit., p. 10.

deixar incompleto o exame doutrinário, mas, como se verá adiante, o interesse maior repousa nas mutações por via de interpretação constitucional, que mudam o sentido, o alcance e o significado das normas constitucionais, sem que haja alteração do texto constitucional.

Embora várias hipóteses possam refletir mutação constitucional decorrente de interpretação, a doutrina⁸² costuma destacar que a mutação é perceptível quando há alargamento do sentido constitucional para alcançar novas realidades, não previstas à época da elaboração da Constituição; quando se modifica interpretação anterior, atendendo à evolução da realidade constitucional; quando se adapta a norma constitucional à nova realidade e quando se preenchem lacunas do texto constitucional.

1.6. Limites à mutação constitucional *versus* reforma constitucional

Como visto até aqui, a mutação constitucional decorre da relação entre a linguagem constitucional particularmente indeterminada e as alterações na realidade que a Constituição pretende regular, advindo do anseio de que a norma constitucional preserve a sua força normativa mas acompanhe a realidade cambiante, adaptando o sentido do texto às mudanças históricas e na consciência histórica.

Se admitir várias possibilidades de interpretação não se confunde com aceitar qualquer interpretação como possível e se é a efetiva mudança social que desperta a necessidade de evolução da interpretação constitucional, daí se inferem ao menos três limites à mutação constitucional: esta deve se circunscrever aos sentidos possíveis do texto; deve decorrer de genuína mudança na sociedade; e, justamente em face dos limites anteriores, não deve avançar no campo próprio da reforma constitucional.

Hesse⁸³ há muito apontava a problemática dos limites à mutação constitucional, afirmando que a modificação do conteúdo da norma deve ser compreendida como mudança no interior da própria norma constitucional, não como consequência de desenvolvimentos ocorridos fora da normatividade constitucional, aludindo à relação entre âmbito e programa normativos, objeto da teoria concretista elaborada por Friedrich Müller e que indica a necessidade de não extrapolar o texto e de refletir mudanças na realidade.

⁸² Uma síntese consta de FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. Op. Cit., p. 58-59.

⁸³ HESSE, Konrad. Limites de la mutación constitucional. In *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 88.

A metódica normativo-estruturante de Müller⁸⁴, há muito incorporada à hermenêutica jurídica e essencial à compreensão da distinção entre texto e norma, afirma que o *programa normativo* (identificado com o texto legal, interpretado pelos métodos clássicos) é apenas o ponto de partida da concretização, mas tal programa interage com o *âmbito normativo* (realidade sobre a qual o programa normativo pretende incidir), numa relação de mútua influência da qual se extrairá a norma jurídica. Além de destacar a importância da realidade nesse processo de concretização normativa, tal teoria deixa claro que a concretização permanece vinculada ao texto ou programa normativo, idéia também acolhida por Häberle⁸⁵.

A dificuldade em se apontar os contornos nítidos dos limites das mutações constitucionais reside nas características destas, mas é certo que devem se circunscrever às atualizações de sentido do âmbito normativo que decorram do processo de concretização (reflexo de verdadeiras mudanças sociais) e que permaneçam abrangidas pelo programa normativo (vinculadas às possibilidades do texto), para que reste preservada a força normativa e a interpretação, embora incorpore a mudança social, não se converta em imposição de realidade inconstitucional contra a Constituição⁸⁶.

A mutação encontra limites na própria normatividade da Constituição, eis que a mudança de significado da norma constitucional está atrelada à necessidade de sua adequação à realidade, de forma a garantir-lhe as desejadas efetividade e normatividade⁸⁷. Mais do que simples alteração de interpretação jurídica fruto da compreensão do intérprete, as mutações devem estar respaldadas em mudanças sociais que lhes confirmem algum lastro democrático⁸⁸, numa imbricada relação de interdependência que perpassará todo o presente trabalho.

Como, de um lado, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, mas, de outro, detém pretensão de eficácia, faz-se imperioso encontrar um caminho entre o abandono da normatividade (realidade jurídica) em favor do domínio das relações fáticas e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, pois embora inconfundíveis, os dois planos caminham *pari passo*. A interpretação constitucional,

⁸⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

⁸⁵ Embora Häberle considere que a história constitucional não se limita ao texto constitucional, este desempenha papel especial: “*El estado de amalgama de proyectos e textos constitucionales merece ser considerado como sismógrafo, vehículo, forma de cristalización; los textos son vasos peculiares para la realidad constitucional.*” (HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Op. Cit., p. 22).

⁸⁶ STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 335/337.

⁸⁷ HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Op. Cit., 1998.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 126.

especialmente quando as mudanças não são substanciais a ponto de exigirem novo texto constitucional, seria um importante meio de adequar a norma à realidade sem recorrer à corriqueira reforma constitucional, que pode abalar a confiança e estabilidade constitucionais⁸⁹ e que nem sempre ocorre com a necessária frequência.

Pedro de la Vega⁹⁰ já salientava que a contraposição entre realidade jurídica e política, base das mutações constitucionais, poderia desembocar em três soluções: o triunfo do fático sobre o normativo; a absorção, por reforma constitucional, das mudanças antes operadas por mutação; e um acoplamento harmônico entre normatividade e realidade. Embora este último seja o foco do presente trabalho, a assertiva demonstra os espaços próprios das mudanças informais e formais da Constituição (ou da mutação e da reforma constitucionais), começando estas onde aquelas não mais podem avançar.

A mutação já chegou a ser apontada como modalidade de mudança constitucional capaz de coibir ou diminuir reformas contínuas que, de forma defeituosa, contradizem princípios constitucionais essenciais⁹¹. Embora não se possa tachar de defeituosas todas as reformas constitucionais - e sejam também constantes e não devam ser menosprezados os perigos de desvirtuamento do texto constitucional e distorções dos princípios fundamentais através de mutação -, há, sem dúvida, uma conexão dialética entre as dimensões da mudança constitucional⁹².

Ou seja, reforma e mutação operam de maneira complementar, pois quando um ordenamento jurídico é submetido a reformas contínuas, a mutação perde muito do seu sentido, mas, inversamente, quando se receia recorrer à reforma, proliferam as mutações constitucionais⁹³, o que demonstra ser inútil tentar barrar as mudanças. Outrossim, são comuns os casos de emendas à Constituição destinadas a afastar mutações constitucionais, especialmente aquelas decorrentes de interpretação judicial, como ficará claro com os exemplos citados no decorrer desse estudo.

⁸⁹ HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In *Escritos de Derecho Constitucional*. Op. Cit.

⁹⁰ VEGA, Pedro de La. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 1986.

⁹¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. Cit., p. 165.

⁹² ANTUNES, Marcus Vinícius Martins. *Mudança Constitucional: o Brasil pós-88*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 86.

⁹³ VEGA, Pedro de La. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Op. Cit., p. 181.

A relação entre reforma e mutação vai além, dependendo de vários fatores⁹⁴. Todo sistema político precisa ser alterado ao longo do tempo em virtude de mudanças nas circunstâncias em que o sistema opera, nos valores da sociedade, nas instituições e nos efeitos cumulativos das decisões legislativas, executivas e judiciais. Essas mudanças – nem muito raras, nem tão freqüentes, sob pena de comprometer a longevidade da Constituição - precisam se refletir nesta, através de emenda, interpretação judicial ou ação legislativa. Se é verdade que o tamanho da Constituição e a facilidade do processo de reforma costumam contribuir para um maior percentual de emendas, também é correto dizer que quanto menor o percentual de emendas numa Constituição longa, maior o uso de meios alternativos, judiciais ou legislativos, de mudança constitucional⁹⁵.

Mas qualquer que seja a importância conferida às mutações constitucionais, não se pode perder de vista que a Constituição escrita é o parâmetro⁹⁶ e, num sistema de Constituição rígida, a reforma se faz indispensável quando se pretende alterar o texto constitucional⁹⁷, quando são necessárias mudanças sistêmicas ou estruturais, bem como quando tal mudança deva ser mais estável⁹⁸, sendo este procedimento essencialmente democrático, controlável e transparente.

⁹⁴ A complexa relação entre texto constitucional e interpretação, inclusive mutação, já foi abordada pelo Min. Marco Aurélio no voto proferido na ADPF 46/DF, que analisava a recepção do monopólio postal pela CF/88, ocasião em que o relator originário considerou que o dispositivo constitucional que dizia competir à União manter o serviço postal teria adquirido significado diferente pela evolução da sociedade, já que a distinção entre atividade econômica e serviço público seria historicamente determinada (STF, ADPF 46/DF, Tribunal Pleno, Rel. originário Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Eros Grau, DJe 25.02.2010).

⁹⁵ LUTZ, Donald S. *Toward a Theory of Constitutional Amendment*. In LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: the theory and practice of Constitutional Amendment*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995, p. 242-266.

⁹⁶ ANTUNES, Marcus Vinícius Martins. *Mudança Constitucional: o Brasil pós-88*. Op. Cit., p. 69.

⁹⁷ “*One of these conventions, I believe, is the distinction between interpretation and amendment and the entailed position that not everything can legitimately be inferred at any given moment from preexisting legal materials, at least if one wishes to retain membership in any existing ‘community’ of interpreters.*” (LEVINSON, Sanford. *How many times has the United States Constitution been amended?* (A) < 26; (B) 26; (C) 27; (D) >27: *Accounting for Constitutional Change*. In LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: the theory and practice of Constitutional Amendment*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995, p. 18). **Novas palavras:** *Uma dessas convenções, acredito eu, é a distinção entre interpretação e emenda e a firme posição de que nem tudo pode ser legitimamente inferido, num dado momento, a partir de leis preexistentes, pelo menos se a pessoa deseja conservar a qualidade de membro de uma comunidade de intérpretes.*

⁹⁸ Numa análise comparativa entre as vantagens institucionais dos legisladores de realizarem emendas constitucionais e dos juízes de interpretarem de forma flexível a Constituição, Adrian Vermeule conclui que: “*Under what circumstances might one process or the other prove superior? What institutional considerations, or variables, determine their relative performance? I suggest that amendments show the best advantages, relative to common-law constitutionalism, where the constitutional changes in question involve large value of choices as opposed to technical improvements in the law, where constitutional change must be systemic and simultaneous rather than piecemeal, and where irreversible change is more valuable than reversible change.*” (VERMEULE, Adrian. *Constitutional Amendments and the Constitutional Common Law*. In LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: the theory and practice of Constitutional Amendment*. Princeton, New

No Brasil, tal afirmação ganha maior relevância, pois o procedimento de emenda à Constituição (art. 60, CF/88) não se afigura demasiado dificultado, ao contrário do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, em que o art. 5º da Constituição praticamente inviabiliza a mudança formal. Ademais, se a reforma em geral, formal ou informal, é decorrente da linguagem constitucional polissêmica e da necessidade de adaptar a Constituição às mudanças sociais, a menor longevidade e o maior detalhamento da Constituição Federal de 1988 apontam para uma menor indeterminação interpretativa e maior cautela nas mutações constitucionais brasileiras quando em comparação com as norte-americanas, cuja Constituição está mais distante do legislador constituinte originário, é mais sucinta, indeterminada e refratária à reforma.

Seja como for, as emendas constitucionais terão lugar quando as mutações constitucionais esbarrarem nas possibilidades semânticas da norma e nos princípios fundamentais que identificam a Constituição⁹⁹, embora, como se verá adiante, também estes estejam sujeitos às mutações. Apesar disso e mesmo sujeitas às suas próprias mutações, as cláusulas pétreas também se afiguram como limites à mutação constitucional, de maneira que a alteração de sentido ou alcance dos dispositivos constitucionais não poderá atingir o conteúdo essencial¹⁰⁰ nem favorecer a abolição do núcleo duro da Constituição.

Ou seja, assim como as emendas, as mutações constitucionais não poderão tender a abolir, mediante interpretações que lhes suprimam o significado ou esvaziem o seu conteúdo, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, CF/88). Isso não quer dizer que as cláusulas pétreas sejam completamente estáticas, pois podem ser objeto de mutações que enriqueçam o seu conteúdo ou modifiquem o seu alcance¹⁰¹.

Jersey: Princeton University Press, 1995, p. 231). **Na tradução livre:** *Sob quais circunstâncias pode um processo ou outro ser superior? Quais considerações institucionais ou variáveis determinam o desempenho relativo deles? Sugiro que as emendas tenham as melhores vantagens, relativamente ao constitucionalismo do common law, onde as mudanças constitucionais em questão envolvem grandes escolhas valorativas em contraste com melhorias técnicas da lei, onde a mudança constitucional tem que ser sistêmica e simultânea ao invés de gradativa ou pontual, e onde uma mudança irreversível é mais valiosa do que uma mudança reversível.*

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. Cit., p. 127-128.

¹⁰⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: a.1, n° 4, p. 23-52, out/dez 2006.

¹⁰¹ As cláusulas pétreas funcionariam tanto como barreiras culturais, quanto como reservas dinâmicas: “*Los derechos del hombre y su fundamento, la dignidad humana (desde Kant y Schiller), la separación de poderes (Locke y Montesquieu), así como la democracia (gracias a Rousseau y al Federalista) conforman barreras culturales que no permiten el paso atrás y fundan elementos básicos de cualquier avance constitucional hacia el futuro. Igualmente resultan eficaces como potencial de fuerzas y reservas dinámicas: por ejemplo, como dignidad humana em el puesto de trabajo, como separación de poderes em sentido amplio entre empresários y*

Aliás, a evolução da discussão sobre a inclusão dos direitos sociais dentre as cláusulas pétreas e o seu conteúdo sindicável¹⁰², assim como acerca da fluidez da separação de poderes num contexto do diálogo constitucional (mencionada ao final do Capítulo 2), bem demonstram a dinamicidade de algumas dessas cláusulas constitucionais. Noutras palavras, aplica-se à mutação incidente sobre cláusulas pétreas o entendimento doutrinário e jurisprudencial pertinente à reforma; o que não se pode é pretender, via mutação, aquilo que não se alcançaria nem por emenda.

De outro lado, nem toda modificação no cenário político, econômico ou social precisa ser traduzida em reforma do texto constitucional, sob risco das constantes emendas constitucionais, por vezes destinadas a apenas ratificar posicionamentos jurisprudenciais já pacificados, dificultarem a formação de um sentimento constitucional e ocasionarem insegurança jurídica, sendo plenamente suficiente, em determinadas casos, a mutação constitucional, ainda que significativa a mudança operada por esta via¹⁰³.

Por fim, os três limites à mutação constitucional aqui apontados (respeito do espaço próprio da reforma; vinculação ao texto e necessidade de genuína mudança social) voltarão à tona em exemplos citados adiante e pertinentes à realidade brasileira, quando for abordado o diálogo entre os Poderes Legislativo e Judiciário na mudança constitucional, com várias emendas editadas em resposta a mutações (Capítulo 2), bem como por ocasião da crítica à pretendida mutação do art. 52, X, da CF/88 e, finalmente, na análise da mudança social que se encontra na base das ações afirmativas (Capítulo 3).

sindicatos, como democracia interna em los partidos.” (HÄBERLE, Peter. *Liberdad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Op. Cit., p. 88).

¹⁰² Uma abordagem sobre a evolução dos direitos sociais desde normas programáticas a efetivos direitos fundamentais e os reflexos no grau de judicialização das demandas sociais pode ser conferida em SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁰³ Explicando que a diferença entre emenda e interpretação não está na mudança empreendida, Donald Lutz afirma que: “*As long as interpretation does not move outside a range of possibilities defined by a normal language interpretation of the constitutional provision, even if the operation of the political system is significantly changed as a consequence, there has not really been an amendment but rather a specification of a choice within a range of possibilities. Thus, rather than focusing only upon whether the operation of a political system has changed, we should also consider the range of possibilities permitted by a constitutional provision.*” (LUTZ, Donald S. *Toward a Theory of Constitutional Amendment*. In LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: the theory and practice of Constitutional Amendment*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995, p. 241). **Em português:** *Desde que a interpretação não se dê fora do leque de possibilidades definido pela interpretação normal da linguagem da provisão constitucional, mesmo que a operação do sistema político seja significativamente modificada como consequência, não houve realmente uma emenda, mas sim a especificação de uma escolha dentro de um espectro de possibilidades. Portanto, em vez de focar somente no fato de ter ou não havido uma mudança na operação do sistema político, nós deveríamos considerar também o leque de possibilidades permitido pelo dispositivo constitucional.*

2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, PODERES E SOCIEDADE

2.1. *Capacidade institucional e efeitos dinâmicos: preocupações de design institucional.* 2.2. *A Constituição viva: a idéia de Living Constitution.* 2.3. *Constitucionalismo, mutação constitucional e Poder Judiciário.* 2.3.1. *Constitucionalismo democrático, backlash e o papel do Poder Judiciário.* 2.3.2. *Diferentes visões acerca da dinâmica da mutação constitucional judicial: a) Michael Klarman b) William Eskridge c) Cass Sunstein.* 2.3.3. *Legitimidade da mutação constitucional via decisão judicial.* 2.4. *Mutação Constitucional e Poderes Legislativo e Executivo.* 2.4.1. *Aprovação e nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.* 2.4.2. *Processo legislativo: emendas constitucionais, leis e atos legislativos.* 2.5. *Mutação e Diálogo Constitucional.*

2.1. Capacidade institucional e efeitos dinâmicos: preocupações de *design* institucional

Analisado o fenômeno da mutação constitucional, imprescindível que as teorias aqui adotadas sejam submetidas ao crivo de considerações de *capacidade institucional* e *efeitos dinâmicos*, as quais podemos designar como preocupações de *design institucional*, que podem funcionar como acordos incompletamente teorizados sobre métodos de interpretação constitucional¹⁰⁴, de forma que, mesmo pessoas que discordam sobre teorias digamos, de fundo, podem chegar a um consenso, no caso concreto, quando confrontadas com preocupações de capacidade institucional e efeitos dinâmicos.

Ao lado de questões de legitimidade - normalmente abordadas em termos bastante abstratos, que envolvem a natureza da interpretação, a democracia e o constitucionalismo - e que, por vezes, não são conclusivas, devem ser sopesados os riscos da cegueira a considerações institucionais¹⁰⁵, de forma a conferir alguma concretude ao debate sobre interpretação constitucional e, por consequência, sobre mutação constitucional.

Não se está a abdicar de quaisquer dos pontos de vista até aqui desenvolvidos, até

¹⁰⁴ SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements. *Harvard Law Review*, 108, 1995, p. 1733.

¹⁰⁵ Salientando a cegueira a considerações institucionais e a efeitos dinâmicos na raiz da teoria constitucional do *judicial review*, construída de forma excessivamente abstrata e conceitual em *Marbury x Madison*, Sunstein e Vermeule advertem que “*To evaluate theories of interpretation, it is necessary to focus on institutional considerations – to ask how actual judges would use any proposed approach, and to investigate the possibility that an otherwise appealing approach will have unfortunate dynamic effects on private and public institutions. (...) In many cases, an understanding of institutional capacities and dynamic effects should enable diverse people, with different views about ideal legal interpretation, to agree on what actual legal interpretation should entail.*” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper* n. 156, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=320245> or DOI: 10.2139/ssrn.320245, p. 1e 36). **Tradução livre:** *Para avaliar teorias de interpretação, é necessário focar em considerações institucionais – questionar como juízes reais usariam qualquer abordagem proposta, e investigar a possibilidade de que uma abordagem de outra forma atraente tenha efeitos dinâmicos desastrosos nas instituições públicas e privadas. (...) Em muitos casos, uma compreensão das capacidades institucionais e dos efeitos dinâmicos poderia capacitar diversas pessoas, com diferentes visões sobre a interpretação legal ideal, a concordarem sobre o que a real interpretação legal deveria impor.*

porque considerações de capacidade institucional são normalmente úteis quando acompanhadas de uma teoria de interpretação. Trata-se, apenas, de reconhecer que nenhuma teoria de interpretação legal, administrativa ou constitucional deve ignorar preocupações de *design* institucional, sob pena de se desatrelar da realidade, receio que, como amplamente visto, está na base da teoria da mutação constitucional.

Deve-se, assim, questionar não apenas como um texto deve ser interpretado, mas, diante das capacidades institucionais, como determinadas instituições, com suas habilidades e limitações, devem interpretar aquele texto¹⁰⁶ e, face aos efeitos dinâmicos, quais as conseqüências de determinada abordagem sobre as instituições envolvidas na interpretação.

Em certos contextos, uma interpretação formalista pode constituir uma resposta pragmática aos limites institucionais do Poder Judiciário e às capacidades do Poder Legislativo, assim como a interpretação de uma lei especial pode¹⁰⁷ ser mais flexível quando a cargo da respectiva agência reguladora¹⁰⁸, que detenha especialização, representatividade democrática e garanta uniformidade nacional, do que quando submetida a questionamento técnico perante o juiz¹⁰⁹. Da mesma forma, mesmo que se defenda uma interpretação dinâmica¹¹⁰, esta deve ser precedida de informações sobre as variáveis de probabilidade de erro judicial e de produção de efeitos colaterais negativos, inclusive para evitar que juízes “atualizem” uma lei não obsoleta por falharem na compreensão da sua utilidade social, ou imponham novos valores sem suficiente base normativa ou democrática¹¹¹.

Por razões óbvias, a interpretação constitucional também não pode abdicar de considerações relativas à *performance* institucional e aos efeitos sistêmicos de interpretações flexíveis, devendo-se evitar idealizações, seja dos juízes, dos legisladores ou dos

¹⁰⁶ Em poucas palavras: “*Ultimately, we cannot avoid making our best guess about which of our institutions is likely to do the best job in light of what we know about their relative capacities to act responsibly when it comes to the Constitution.*” (KRAMER, Larry. *The People themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 237). **O que equivale a dizer que:** *finalmente, nós não podemos evitar opinar acerca de qual de nossas instituições provavelmente faria o melhor trabalho baseados no que sabemos sobre suas capacidades relativas de agir responsabilmente quando se trata da Constituição.*

¹⁰⁷ A autoridade da interpretação das agências e o conseqüente controle judicial de seus atos administrativos também podem variar por razões institucionais, tais como a capacidade de resposta do Congresso a interpretações indevidas, a efetiva competência técnica das agências, o poder de captura pelos interesses de grupos privados e, em resumo, a real confiança nas agências reguladoras.

¹⁰⁸ Acerca do *judicial review* sobre *agency action* (ação das agências reguladoras), a Suprema Corte dos Estados Unidos já assentou que o Judiciário não estaria autorizado a rejeitar uma interpretação legal da agência somente por dela discordar, desde que tal interpretação seja razoável e não esteja em contradição com a lei (*Chevron x NRDC*, 467 U.S. 837, 1984).

¹⁰⁹ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Op. Cit., p. 3-4.

¹¹⁰ Sobre interpretação dinâmica dos chamados “*statutes*” (estatutos), veja-se ESKRIDGE JR., William N. *Dynamic Statutory Interpretation*. *University of Pennsylvania Law Review* 135, 1987, p. 1479.

¹¹¹ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Op. Cit., p. 17.

administradores. Especialmente em se tratando da interpretação da Constituição, rica em termos vagos e ambíguos, sérios problemas podem ser evitados mediante reflexões institucionais, que comparem, especialmente, a capacidade judicial com a de outras instituições e os efeitos das decisões judiciais ao longo do tempo, levando-se em conta a falibilidade judicial, os efeitos sistêmicos, a viabilidade de resposta legislativa e os valores da previsibilidade e certeza em determinadas áreas.

Relembrando-se a relação dialética entre a reforma e a mutação constitucional, abordada no final do primeiro Capítulo desta dissertação, uma interpretação dinâmica por parte do Judiciário deve sopesar até que ponto isso desestimula uma resposta das vias democráticas, especialmente do Legislativo¹¹², pois, em algumas circunstâncias, autocontenção judicial e interpretação textual podem ser uma opção e gerar uma resposta do legislador, por meio de emenda constitucional, quando esta se apresentar como a alternativa mais adequada.

O grau de rigidez constitucional e a dificuldade de resposta legislativa, via emenda constitucional, às decisões judiciais que importem em controvertida interpretação constitucional são argumentos bem fortes na objeção democrática à jurisdição constitucional nos Estados Unidos, dada a complexidade do processo de reforma constitucional naquele país. No Brasil, embora a Constituição vigente também seja tecnicamente rígida, o Congresso Nacional não tem encontrado óbices à reforma constitucional, inclusive nos casos em que esta veio em resposta a decisões do Supremo Tribunal Federal, como ficará claro nos exemplos que serão citados adiante nesse capítulo. Isso torna menos problemáticos o controle jurisdicional de constitucionalidade¹¹³, a interpretação judicial em geral e a mutação.

De toda sorte e numa aproximação com o pragmatismo, deve-se reconhecer que, diante de certas premissas empíricas sobre as capacidades institucionais de juízes (normalmente generalistas, com informações limitadas e restrições de tempo) e legisladores (ainda que bem informados e intencionados, não raro submetidos a constrangimentos políticos e eleitorais), o formalismo¹¹⁴ e o ativismo podem ser opções para casos diversos¹¹⁵. Isso

¹¹² Hipótese aventada, dentre outros, por TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

¹¹³ COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. Op. Cit., p. 43-45.

¹¹⁴ Embora concordando que o formalismo não se justifica pelo apelo a princípios constitucionais, mas pelas suas conseqüências, porém considerando ilusória a distinção entre “*case-specific consequences*” e “*systemic consequences*”: SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Op. Cit., p. 19, ao pertinente argumento de que “*Our point here is not, of course, that all discretion can be squeezed out of interpretation or adjudication, even in cases of real statutory ambiguity. Our point is that judicial discretion always has system-level effects that judges should consider; there just is no domain of discretionary*

porque há também uma interação dinâmica entre os Poderes Judiciário e Legislativo, em que a inércia deste em suprir lacunas e sanar ambigüidades legais ou constitucionais pode ser causa ou conseqüência do ativismo judicial, o que se poderá avaliar mediante uma estratégia judicial formalista, que teste a resposta legislativa.

Na verdade, o importante é permanecer atento aos custos institucionais e à empírica capacidade do Legislativo de responder, em tempo hábil e de forma satisfatória, às decisões judiciais consideradas equivocadas, sejam estas formalistas ou antiformalistas. Essa predisposição legislativa para corrigir erros judiciários pode variar conforme o ramo jurídico, a necessidade de planejamento ou previsibilidade da matéria, a freqüência ou gravidade dos excessos judiciais e o grau de confiança na interpretação judicial no decorrer dos anos¹¹⁶. Portanto, a própria capacidade institucional pode ser influenciada pelo ativismo judicial.

Isso equivale a dizer que as diretrizes à mutação constitucional nem sempre poderão ser deduzidas diretamente do texto constitucional, pois, ainda que algum norte possa ser extraído da estrutura das normas constitucionais em discussão, a Constituição poderá deixar de fornecer resposta inequívoca sobre qual ideal prestigiar no caso concreto – a estabilidade ou a dinâmica – ou sobre como fazê-lo, dependendo a decisão, por vezes, de considerações institucionais que favoreçam uma ou outra direção. Até porque as diretrizes constitucionais

decisionmaking whose effects are confined entirely to the case at hand". **Ou seja:** *Nosso ponto aqui não é, claro, que toda discricionariedade possa ser extraída da interpretação ou da adjudicação, mesmo nos casos de real ambigüidade estatutória. Nosso ponto é que a discricionariedade judicial sempre tem efeitos sistêmicos que os juízes deveriam considerar; simplesmente não há domínio de tomadas de decisões discricionárias cujos efeitos sejam totalmente confinados ou restritos ao caso em discussão.*

¹¹⁵ No âmbito do controle de constitucionalidade, afirma Schneider que o controle de conteúdo reduz as margens de discricionariedade dos outros órgãos, ao passo que o controle de apreciação se limita a verificar se a instância controlada fez uma ponderação objetiva e passível de reconstrução, enquanto no controle de evidência, os órgãos controlados têm a presunção de correção a seu favor, variando tais controles conforme o caso: "*El Tribunal Constitucional Federal parece limitar el control de apreciación de situaciones y regulaciones complejas, predominantemente en el terreno económico o fiscal, para los que el Tribunal no es más competente que otras instancias (por ejemplo, el Legislativo) o cuando, en relación a su limitada capacidad para tratar la información, otros procedimientos, como el parlamentario, ofrecen la garantía de una proximidad mayor a la realidad o la posibilidad de un análisis objetivo más profundo. El criterio de la apreciación refleja la idea, enraizada em lo principio de la división de poderes, de que ningún órgano puede asumir ninguna función que no se corresponda con su estructura, formulando de esta manera la presunción de corrección institucional*". (...) *se prefiere el control de contenido cuando están en un primer plano cuestiones de protección de los derechos individuales y cuando ésta es solicitada em el campo de la libertad personal (libertad de movimiento, vida, integridad física), de las necesidades básicas (alimentación, vestido, vivienda) o de las posibilidades de desarrollo personal (acceso a las profesiones, elección de centros de enseñanza).* (...) *El control de contenido es especialmente intenso em el ámbito de los derechos fundamentales protegidos sin ningún tipo de reserva (libertad de conciencia, derecho a la producción y creación científica y artística.) el control de evidencia sólo puede aplicarse a los casos em los que la Constitución misma presenta un grado suficiente de indeterminación, como, por ejemplo, em la interpretación de la cláusula de la reunificación, del principio universal de la igualdad como interdicción de la arbitrariedad o de los principios generales de la Constitución.*" (SCHNEIDER, Hans-Peter. *Jurisdicción Constitucional y Separación de Poderes*. Traducción: Joaquín Abellan. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, n. 5, Mayo-Agosto 1982, p. 42-44).

¹¹⁶ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Op. Cit., p. 25-26.

não raro são tão abstratas que chegam a ser compatíveis com diversos métodos de interpretação¹¹⁷.

É tendo em mente tanto reflexões relativas à legitimidade, quanto ponderações acerca de *design institucional* que se discorrerá sobre a idéia de *living Constitution* (Constituição viva) e de como os Poderes podem interferir nos rumos das mutações constitucionais. No âmbito das mutações fruto de decisões judiciais, analisa-se como o *backlash* por elas provocado pode enriquecer o debate constitucional e, no campo dos atos legislativos, resgata-se a influência que os Poderes Executivo e Legislativo podem desempenhar no processo de mudança informal da Constituição.

2.2. A Constituição viva: a idéia de *Living Constitution*

Assim como os Estados Unidos, o Brasil vive sob uma Constituição escrita, mas sequer se cogitam de emendas constitucionais para solucionar parte das grandes discussões atuais¹¹⁸, tais como união civil de pessoas do mesmo sexo, pesquisa com células-tronco, aborto de fetos anencefálicos, ações afirmativas, cirurgias para mudança de sexo, adoção por uniões homoafetivas, disputa de terras indígenas, etc.

É de se perguntar se existe algo de errado no procedimento de reforma constitucional. Nos EUA, esse estímulo à mudança informal pode ser explicado pela dificuldade de se emendar a Constituição, em vista do procedimento do art. 5º da Constituição norte-americana ser extremamente dificultoso e estar em dissonância com a consciência nacional do povo americano. No Brasil, o procedimento do art. 60 da Constituição Federal de 1988 não se

¹¹⁷ Ainda no âmbito da interpretação estatutária, “*The Constitution cannot plausibly be read to say a great deal about the contested issues of statutory interpretation; what it does say is often so minimal and so abstract as to leave open all the reasonable contested questions of interpretative choice. (...) At the level of express commands, the Constitution simple does not choose sides in the competition between first-best interpretative approaches that characterizes modern legal theory. Furthermore, any supplemental instructions that can be elicited from the text, or infused into it through structural and historical analysis, prove compatible with most plausible positions on the contested problems of statutory interpretation.(...) But the best reading of the Constitution is that interpretive formalism and interpretive antiformalism are constitutionally optional for judges.*” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Op. Cit., p. 19). **Em português:** *A Constituição não pode plausivelmente ser lida para dizer muita coisa sobre as contendas da interpretação estatutária; o que ela realmente diz é frequentemente tão pouco e tão abstrato de modo a deixar abertas todas as questões razoáveis da escolha interpretativa. (...) Ao nível de comandos expressos, a Constituição simplesmente não toma partido na competição entre as primeiras melhores abordagens interpretativas, característica da teoria legal moderna. Além disso, quaisquer instruções suplementares que possam ser extraídas do texto, ou nele introduzidas através de análise estrutural e histórica, mostram-se compatíveis com as posições mais plausíveis sobre os problemas da interpretação estatutária. (...) Mas a melhor leitura da Constituição é que formalismo e antiformalismo interpretativos são constitucionalmente opcionais para os juízes.*

¹¹⁸ Duas exceções parecem existir, na medida em que vêm sendo discutidas sob a forma de possíveis emendas constitucionais: as reformas tributária e política.

afigura demasiado rígido, tanto que as emendas constitucionais se fazem relativamente freqüentes, mas a ascensão do Poder Judiciário e o desprestígio do Poder Legislativo fazem com que a mutação constitucional conviva, de forma intensa, com a reforma.

Isso é um sinal de que questões bastante sérias e conflituosas estão sendo debatidas e decididas fora dos mecanismos de reforma previstos na Constituição. É também uma evidência de que a Constituição não é exclusivamente o texto constitucional, daí acolher-se a idéia de *living Constitution*¹¹⁹, em constante sintonia com a sociedade. Até porque o jurídico é apenas um aspecto da Constituição, mas tal aspecto não é responsável, sozinho, pelo seu acatamento no seio social e pela identificação dos cidadãos com o texto constitucional, o que depende da correspondência que este encontre na cultura política do seu povo¹²⁰.

Em diferentes graus e de formas diversas, tanto americanos como brasileiros encontraram dois grandes caminhos para a mudança constitucional e incorporação de novos valores constitucionais: decisões judiciais (*superprecedents*) e leis especiais (*landmark statutes*)¹²¹.

Se, nos Estados Unidos, os denominados *landmark statutes* vêm sendo incorporados à tradição do *common law*, mediante a integração dos princípios estatutários e a consideração de que alguns *framework statutes* desempenham funções quase constitucionais¹²², não há razão para se negar que papel semelhante possa ser preenchido no nosso sistema de *civil law*, já tão influenciado por doutrinas de *common law*, mesmo que isso ainda se dê em pequena escala, justamente em virtude da crise de legitimidade que se abateu sobre o legislador brasileiro.

¹¹⁹ A concepção de *Living Constitution* exposta neste estudo se concentra, como se verá a seguir, em alguns aspectos da teoria de Bruce Ackerman, mas o termo é antigo e controverso na doutrina norte-americana. Sobre a origem dessa concepção e outros aspectos dela decorrentes, veja-se TRIBE, Laurence H. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008 e STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010.

¹²⁰ Como já dizia Häberle: "(...) *la realidad jurídica del estado constitucional representa solo una parte de la realidad de una Constitución viva, que, en profundidad, es de naturaleza cultural. Los textos constitucionales deben ser literalmente cultivados para que resulten una Constitución.*" (HÄBERLE, Peter. *Liberdad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Op. Cit., p. 47).

¹²¹ "It is judicial revolution, not formal amendment, that serves as one of the great pathways for fundamental change marked out by the living Constitution. (...) But judicial revolution isn't the only way to transform constitutional values in the modern era. A second great pathway involves the enactment of landmark statutes that express the new regime's basic principles: the Social Security Act, for example, or the Civil Rights Acts of the 1960s." (ACKERMAN, Bruce. *The Living Constitution*. *Harvard Law Review* 120, n. 7, 2007, p. 1742). **Traduzindo:** É a revolução judicial, não a emenda formal, que serve como um dos grandes caminhos para a mudança fundamental indicada pela Constituição viva. (...) Mas a revolução judicial não é o único modo de transformar valores constitucionais na era moderna. Um segundo grande caminho envolve a edição de relevantes estatutos que expressam os princípios básicos do novo regime: o Estatuto de Segurança Social, por exemplo, ou os Estatutos de Direitos Cívicos dos anos sessenta.

¹²² WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

Embora seja constante a tentação de se valer da idéia de *living Constitution* para transformar a Constituição escrita em algo melhor, é conveniente dizer-se que não se trata disso - dado o risco de apropriação da Lei Maior por diferentes e divergentes visões -, mas de se valer dos *superprecedents* e dos *landmark statutes* para identificar os compromissos constitucionais que efetivamente foram abraçados pela sociedade e que são, por isso, capazes de ensejar mutações constitucionais¹²³.

Para Ackerman, a Constituição viva norte-americana é produto de oito ciclos de soberania popular em que se desenvolveu um padrão que uniu movimentos sociais (grande número de pessoas que investem tempo e energia na construção de uma agenda constitucional), partidos políticos¹²⁴ (formados pelos ativistas ou partidos pré-existentes que assumem um compromisso eleitoral com a mudança constitucional) e liderança presidencial (que pode mobilizar uma coalizão no Congresso para apoio na aprovação de leis e

¹²³ Pertinente a advertência de Sanford Levinson: “(...) *be able to distinguish between, on the one hand, development that, however unexpected (un thus unforeseen), can be shown to have been generated in substantial part by the organism’s internal structure and, on the other hand, outright mutation generated by exogenous causes. It is not the case, of course, that such changes cannot occur, but the argument is that, precisely because they are genuine transformations – and not simply the product of what was truly immanent within the Constitution – they must be the product of a distinctive birth process of their own.*” (LEVINSON, Sanford. *How many times has the United States Constitution been amended? (A) < 26; (B) 26; (C) 27; (D) >27: Accounting for Constitutional Change.* In LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: the theory and practice of Constitutional Amendment.* Op. Cit., p. 14). **Tradução livre:** *ser capaz de distinguir entre, de um lado, desenvolvimento que, embora inesperado (portanto imprevisto), pode ter sido gerado, em grande parte, pela estrutura interna do organismo e, do outro lado, mutação total, gerada por causas externas. Não é o caso, é claro, que tais mudanças não possam ocorrer, mas o argumento é que, precisamente porque são genuínas transformações – e não simplesmente o produto do que era verdadeiramente imanente na Constituição – elas devem ser o produto de um processo próprio e inconfundível de origem.*”

¹²⁴ Interessante notar que “*From the time of Thomas Jefferson to the days of Franklin Roosevelt, the principal agent of popular sovereignty in America has been the movement-party. But the civil rights era was different: we most definitely observe a movement, led by Martin Luther King, Jr., and ultimately supported by millions of followers, both black and white, throughout the nation. But we definitely don’t see a party that served as the political vehicle for this movement. (...) This split between the movement and the party system made the translation of constitutional politics into constitutional law an especially tricky business. (...) This meant that a great deal would depend on the movement leadership’s political skills — and most notably on Martin Luther King, Jr.’s mix of high Gandhian principle and shrewd media politics. (...) To put the point in a single line, King used media-politics as an alternative to a movement-party as an engine for higher lawmaking — and it worked. (...) The absence of a movement-party placed an extraordinarily heavy burden on particular acts of political leadership to push the process onward to a collective sense of resolution.*” (ACKERMAN, Bruce. *The Living Constitution.* Op. Cit., p. 1786-1787). **O que quer dizer que:** *Desde a época de Thomas Jefferson até os dias de Franklin Roosevelt, o principal agente da soberania popular na América tem sido o partido-movimento. Mas a era dos direitos civis era diferente: nós definitivamente observamos um movimento, liderado por Martin Luther King Jr., e finalmente apoiado por milhões de seguidores, tanto negros quanto brancos, por toda a nação. Mas nós definitivamente não vemos um partido que serviu como veículo político para esse movimento (...). Esta separação entre o movimento e o sistema partidário tornou a transformação da política constitucional em norma constitucional uma tarefa especialmente complicada. (...) Isso significou que grande parte dependeria das habilidades políticas da liderança do movimento - e notavelmente da mistura de Martin Luther King Jr. entre o nobre princípio Gandhiano e as políticas astutas da mídia.(...) Para resumir, King usou a mídia como alternativa ao partido-movimento na ingrenagem de processos legislativos especiais - e funcionou. (...) A ausência de um partido-movimento colocou um fardo extraordinariamente pesado sobre atos particulares de liderança política para levar o processo a um senso coletivo de resolução.*

confirmação das indicações de juízes à Suprema Corte). Nesse cenário, os *superprecedents* e *landmark statutes* desempenharam função equivalente às emendas constitucionais¹²⁵.

Esse *moviment-party-presidency pattern* conferiu à soberania popular uma linguagem familiar que preencheu o vazio deixado pelo processo de emenda constitucional do art. 5º da Constituição americana, permitindo que, em momentos cruciais da história, a Suprema Corte, o Presidente e o Congresso agissem em nome do povo, numa peculiar dinâmica institucional.

Tal concepção tem sua raiz na idéia de que o sistema americano confere à democracia representativa credibilidade para agir por mandato popular, independentemente do exercício da democracia direta, mas, graças à separação dos poderes, é apenas quando um movimento constitucional obtém o apoio dos três Poderes que ele ganha autoridade para editar *landmark statutes* e formar *superprecedents* em nome do povo¹²⁶.

A construção de uma narrativa fiel à história e aos ideais americanos está na base da teoria da *democracia dualista*, que distingue decisões tomadas pelo povo (*higher lawmaking*) daquelas de seus representantes (*normal lawmaking*), conferindo legitimidade ao *judicial review* para preservação da integridade daquelas e distinguindo democracia de soberania parlamentar. Nesse cenário, ao declarar a inconstitucionalidade de leis e ratificar princípios afirmados pela sociedade após intenso debate público, o Poder Judiciário não agiria de forma antidemocrática e o *judicial review* seria uma fonte de diálogo entre gerações, em que os representantes da geração atual seriam forçados a repensar os compromissos de outrora antes de ganhar apoio popular para revisá-los¹²⁷.

A teoria dualista de Ackerman, aliada à sua idéia de *living Constitution*, tem o mérito de chamar a atenção para o fato de que o sentido constitucional é um projeto permanente e para a importância crucial da soberania popular na mudança constitucional, contribuindo para que o debate não fique centrado somente no Judiciário, reconhecendo ao povo um papel ativo na construção dos significados constitucionais, que podem refletir a vontade de mudança não somente através do processo mecânico de emenda, mas também dos *landmark statutes* e dos *superprecedents*.

¹²⁵ “To learn the real constitutional reasons for the Civil Rights Act of 1964, we must admit the landmark statute itself into the constitutional canon and treat the history of its enactment with the same respect that we give to the debates surrounding the formal amendments of the first Reconstruction.” (ACKERMAN, Bruce. *The Living Constitution*. Op. Cit., p. 1754). **Ou seja:** para conhecer as verdadeiras razões constitucionais do Estatuto dos Direitos Civis de 1964, temos que admitir o próprio estatuto dentro do critério constitucional e tratar a história da sua edição com o mesmo respeito que damos aos debates que cercaram as emendas formais da primeira Reconstrução.

¹²⁶ ACKERMAN, Bruce. *The Living Constitution*. Op. Cit., p. 1776.

¹²⁷ ACKERMAN, Bruce. *The Living Constitution*. Op. Cit., p. 1805.

Porém, a democracia dualista tem o inconveniente de considerar somente o povo, não a Constituição, como fonte de direitos, deixando todos os direitos fundamentais ao alcance do processo democrático. Ademais, ainda que contribua para revitalizar o aspecto republicano e conciliar republicanismo com liberalismo, a doutrina da Ackerman praticamente limita a cidadania à esfera estatal, quando existem outras esferas públicas¹²⁸. Por derradeiro, tal doutrina coloca o Judiciário como um agente do passado¹²⁹, incapaz de instigar rupturas e momentos constitucionais, ou seja, sem papel ativo na mudança constitucional¹³⁰.

Como se verá a seguir, tanto Judiciário como Legislativo e Executivo desempenham papéis relevantes no que concerne às mutações constitucionais.

2.3. Constitucionalismo, mutação constitucional e Poder Judiciário

¹²⁸ “(...) much of the country’s normatively consequential dialogue occurs outside the major, formal channels of electoral and legislative politics, and that in modern society those formal channels cannot possibly provide for most citizens much direct experience of self-revisionary, dialogic engagement. Much, perhaps most, of that experience must occur in various arenas of what we know as public life in the broad sense, some nominally political and some not (...). They are arenas of citizenship in the comparably broad sense in which citizenship encompass not just formal participation in affairs of state but respected and self-respecting presence – distinct and audible voice in public and social life at large.” (MICHELMAN, Frank. *Law’s Republic*. *Yale Law Journal* 97, 1943, op. cit., p.16). **Tradução livre:** grande parte do diálogo normativo do país ocorre fora dos grandes canais formais da política legislativa e eleitoral, e na sociedade moderna esses canais formais não conseguem fornecer para a maioria dos cidadãos uma experiência direta de engajamento revisório e diálogo. Grande parte, talvez a maior parte, dessa experiência ocorre em várias arenas daquilo que nós conhecemos como vida pública no sentido amplo, algumas nominalmente políticas e algumas não (...). São arenas de cidadania no sentido comparavelmente amplo, no qual a cidadania inclui, não apenas participação formal em negócios de Estado, mas também presença respeitada e auto-respeitada - voz distinta e audível na vida pública e social.

¹²⁹ A crítica vem de Frank Michelman: “(...) it implies that the judiciary can never take upon itself the instigation of a constitutional moment by proposing, in the form of a renovative judicial decision, ‘a decisive break’ with the people’s prior pronouncements on political morality. In Ackerman’s theory, the judiciary is cast as the agent of our constitutional past. (...) the judiciary cannot also be a spontaneous agent of our future. (...) the judiciary’s role in the process of constitutional change can only be benedictory, never prophetic. (...) Moreover, that condition must last until, if ever, there occurs nationally organized, popular political mobilization (...). As we know, actual episodes of such constitutional politics – of republican popular mobilization – have been and probably must forever be rare on the national scale.” (MICHELMAN, Frank. *Law’s Republic*. Op. Cit., p. 12). **Em português:** isso implica que o judiciário não possa nunca tomar para si mesmo a instigação de um momento constitucional propondo, na forma de uma decisão judicial renovadora, ‘uma quebra decisiva’ com as manifestações anteriores do povo sobre moralidade política. Na teoria de Ackerman, o Judiciário tem o papel de agente do nosso passado constitucional (...) o Judiciário não pode ser também um agente espontâneo do nosso futuro (...) o papel do Judiciário no processo de mudança constitucional só pode ser abençoador, nunca profético. (...) Além disso, essa condição deve permanecer até que ocorra, se é que algum dia venha a ocorrer, uma mobilização política popular nacionalmente organizada (...). Como sabemos, verdadeiros episódios de tais políticas constitucionais - de mobilização popular republicana - têm sido e provavelmente sempre serão raros em escala nacional.

¹³⁰ Apesar de Ackerman reconhecer que, no tocante à igualdade racial, teria sido a Suprema Corte dos EUA que colocara o tema no centro do debate, com *Brown x Board of Education*, decisão que será adiante analisada.

O reconhecimento da força normativa da Constituição¹³¹ foi o primeiro passo na tentativa de conferir efetividade às normas constitucionais em meio às inevitáveis tensões entre a pretensão de normatividade do constituinte, de um lado, e a realidade fática e as resistências do *status quo*, de outro¹³². O caráter de norma jurídica fundamental conferido à Constituição e os novos papéis atribuídos à norma, ao problema e ao intérprete¹³³, que passaram a se relacionar num processo de concretização, lançaram novas luzes sobre o Poder Judiciário, fortalecido pela expansão do modelo do *judicial review*, fundado na supremacia da Constituição, cuja guarda fora conferida às Cortes judiciais.

Um fato às vezes despercebido é que a atual hermenêutica constitucional brasileira contribui, sobremaneira, para a proliferação de mutações constitucionais, dada uma infinidade de fatores que vão desde a mencionada distinção entre texto e norma e das premissas pós-positivistas que reaproximam o Direito da Moral¹³⁴, passando pela ascensão dos princípios¹³⁵ no neoconstitucionalismo, pelos juízos de correção formados pela argumentação jurídica¹³⁶ e pelas novas técnicas de interpretação, fartas em ponderações e aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade¹³⁷. Simultaneamente, a constitucionalização do direito

¹³¹ HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. Op. Cit..

¹³² BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1-39; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹³³ GRAU, Eros Roberto. Interpretação do Direito. In BARRETO, Vicente. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 471-475.

¹³⁴ Como se sabe, embora o positivismo seja constantemente associado aos modelos defendidos por Kelsen e Hart, ele possuía várias vertentes. Contudo, pode-se apontar como o cerne do positivismo, de uma forma geral, a relevância conferida às fontes sociais do Direito e a separação entre Direito e Moral, dicotomia com a qual o pós-positivismo certamente rompeu. Para uma abordagem panorâmica sobre o pós-positivismo, confira-se o artigo de CASAMIGLIA, Albert. Pospositivismo. *Doxa*. Alicante: n. 21-I, p. 209-220, 1998.

¹³⁵ SULLIVAN, Kathleen. Foreword: the justice of rules and standards. *Harvard Law Review*. Cambridge: n. 106, p. 22-123, 1992. No Brasil: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹³⁶ No campo da argumentação jurídica, recebem destaque as obras de ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001 e GUNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentacion jurídica. *Doxa*. Alicante: n. 17-18, p. 271-302, 1995.

¹³⁷ Sobre direitos fundamentais e ponderação, tornaram-se clássicas as obras de ALEXY, Robert. *Balancing, Constitutional Review and Representation*. Oxford University Press and New York University School of Law, 2005, I-CON, Volume 3, Number 4, p. 572-581; *Constitutional rights, balancing and rationality*. Ratio Juris, Vol. 16, n. 2, Junho 2003, p. 131-140; *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 66, 2002, p. 16 e segs. No Brasil, confira-se, por todos, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo dos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131-366 e BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

acarretou a judicialização das relações sociais e políticas, consagrando o processo de ascensão institucional do Poder Judiciário e o incremento da jurisdição constitucional¹³⁸.

Embora, no Brasil, esse panorama em que a nova hermenêutica se soma a um Judiciário atuante seja relativamente novo, o direito norte-americano há muito se debruça sobre a constante tensão existente entre o constitucionalismo, que preconiza a limitação jurídica do exercício do poder, da soberania popular, e a democracia, que se funda no poder do povo¹³⁹. Por isso, o recurso ao direito comparado pode servir para iluminar o caminho.

Nos Estados Unidos, esse debate ensejou reações adversas, em que determinados setores progressistas, que outrora confiavam no Judiciário como foro de discussão baseado na razão, ora defendem a retirada da Constituição das Cortes e sua devolução ao povo, nos moldes de um constitucionalismo popular¹⁴⁰, ora pleiteiam cautela judicial ou uma certa dose de minimalismo¹⁴¹. Passou-se da excessiva confiança nas Cortes para o exagerado descrédito.

É claro que essa oscilação na confiança no poder judicial teve como fator essencial as mudanças de rumo político e ideológico da Suprema Corte norte-americana. Outrora aliada de valores considerados progressistas, notadamente na *Corte Warren* e, portanto, alvo de críticas de setores conservadores da sociedade, aquele tribunal passou, nas últimas décadas, a adotar uma posição refratária àqueles valores, atraindo o apoio da tradicional direita e, por sua vez, a crítica da esquerda progressista. Não é surpresa, pois, que as teorias jurídicas, defendidas por uns e outros, acerca do papel do Judiciário na interpretação constitucional tenham se invertido.

A par disso, outra razão para justamente os setores ditos progressistas passarem a ter receio de um Judiciário muito atuante é o risco de uma violenta reação política ou cultural que pode advir das decisões judiciais sobre temas sensíveis e que o direito norte-americano convencionou chamar de *backlash*¹⁴², que, mais do que contribuir para o assentamento de

¹³⁸ Acerca da nova hermenêutica brasileira, confira-se BARROSO, Luís Roberto Barroso. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 306-348.

¹³⁹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado*, nº 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 83-118.

¹⁴⁰ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999; KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

¹⁴¹ SUNSTEIN, Cass R. *On Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

¹⁴² Com se verá adiante, a palavra *backlash* possui um rico significado, sendo suficiente, por ora, compreendê-la como a reação contrária, repercussão negativa ou resistência que pode decorrer de decisões judiciais sobre temas controversos. Ou, nas palavras de Cass Sustein: “Let us define ‘public backlash’, in the context of

valores progressistas, poderia despertar uma feroz reação conservadora e um ressentimento popular contra aqueles mesmos valores que a decisão judicial pretendia afirmar.

Duas decisões igualmente célebres e polêmicas – *Brown v. Board of Education* (1954)¹⁴³, proscrevendo a segregação racial nas escolas, e *Roe v. Wade* (1973)¹⁴⁴, admitindo o aborto - levaram, primeiro, ao desenvolvimento de uma teoria constitucional que pudesse legitimar decisões judiciais controvertidas através da alegação de dificuldade contra-majoritária¹⁴⁵ e, depois, a uma tendência minimalista destinada a evitar decisões sobre questões controvertidas e que pudessem ocasionar reações adversas contraproducentes.

Não é difícil imaginar como o receio de *backlash* toca sensivelmente a questão das mutações constitucionais por interpretação, que, exatamente por ocasionarem a mudança do sentido de disposições constitucionais independentemente da alteração do texto constitucional enfrentam, ainda mais, as discussões acerca de sua legitimidade e, não raro, evocam fortes reações populares, conservadoras ou progressistas, conforme o rumo da mudança.

Para vislumbrarmos a relevância do tema também no Brasil, basta pensar-se nas discussões acerca das mutações em curso relativamente ao princípio da igualdade e às ações afirmativas, ao conceito de família e à união de pessoas do mesmo sexo ou ao direito à vida, aos direitos reprodutivos das mulheres e ao aborto do feto anencefálico (exemplos que serão abordados no Capítulo 3 dessa dissertação) para verificarmos como decisões judiciais sobre essas matérias implicam em manifestações *pro* e *contra*, ainda que, aqui, tais manifestações assumam feições menos violentas que nos EUA.

Tais reações não podem, obviamente, ser desconsideradas, mas tampouco devem obstar a implementação de direitos fundamentais, podendo ser buscado um equilíbrio entre jurisdição constitucional e democracia. Como demonstram Robert Post e Reva Siegel¹⁴⁶, ao proporem um modelo de constitucionalismo democrático que ofereça uma visão realista de como as Cortes funcionam numa democracia, os direitos fundamentais têm sido

constitutional law, in the following way: intense and sustained public disapproval of a judicial ruling, accompanied by aggressive steps to resist that ruling and to remove its legal force.” (SUNSTEIN, Cass. Backlash’s Travels. *Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review*, v. 42, n. 2, 2007, p. 435-449). **Traduzindo:** vamos definir ‘reação pública contrária’, no contexto do direito constitucional, da seguinte maneira: intensa e perene desaprovação pública de uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para se opor àquela decisão judicial e eliminar sua força legal.

¹⁴³ 347 U.S. 483 (1954).

¹⁴⁴ 410 U.S. 113 (1973).

¹⁴⁵ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Op. Cit..

¹⁴⁶ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. *Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review*, v. 42, 2007, p. 373-433; *Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131*. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=990968>.

historicamente aplicados em contextos de controvérsia cultural, podendo o desacordo ser considerado normal no desenvolvimento do constitucionalismo.

Partindo dessa visão, esse tópico analisará o significado e a importância do fenômeno do *backlash* e das relações entre a sociedade e o Poder Judiciário, a fim de demonstrar como, sem retirar a Constituição dos tribunais, o povo pode participar ativamente da construção do conteúdo das disposições constitucionais, mantendo a Constituição em sintonia com a sociedade, o que, afinal, é o que lhe confere legitimidade.

2.3.1. Constitucionalismo Democrático, *Backlash* e o papel do Poder Judiciário

Antes de se debruçar sobre o constitucionalismo democrático de Robert Post e Reva Siegel, é preciso entender o significado da palavra *backlash*, tarefa essencial para as considerações adiante travadas, mas relativamente dificultada pela inexistência de uma palavra em português que traduza a expressão. São os próprios defensores do constitucionalismo democrático que apontam as origens e a evolução do termo no direito norte-americano¹⁴⁷.

Inicialmente, *backlash* era um termo restrito à engenharia mecânica e designava a forte reação de uma roda, ou de várias rodas conectadas num mecanismo, quando o movimento não era uniforme ou quando uma pressão repentina era aplicada¹⁴⁸, passando depois a designar falhas no funcionamento de aparelhos, inclusive de pesca, popularizando uma série de anúncios de dispositivos *anti-backlash*¹⁴⁹. Daí porque rapidamente a palavra passou a ser associada com efeitos indesejáveis e contraproducentes.

No decorrer do século XX, o escopo da palavra se expandiu, sendo também utilizada para designar, no cinema, comportamentos semelhantes à vingança¹⁵⁰ e, depois, a

¹⁴⁷ O histórico a seguir foi obtido em POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Op. Cit.

¹⁴⁸ The Oxford English Dictionary, 2ª ed., 1989, p. 867: “*the jarring reaction or striking back of a wheel or set of connected wheels in a piece of mechanism, when the motion is not uniform or when sudden pressure is applied.*” Atualmente, esse significado remanesce, como se vê no seguinte verbete, extraído de HOUAISS, Antônio. *Dicionário Inglês-Português*. 16ª ed., atual., Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 54: “*Backlash: recuo, repuxo, coice; (mec.) jogo, folga (de engrenagem).*” **Noutras palavras:** *a reação discordante ou força para trás de uma roda ou um conjunto de rodas conectadas num mecanismo, quando o movimento não é uniforme ou quando é aplicada uma súbita pressão.*

¹⁴⁹ O uso de dispositivos *anti-backlash* em petrechos de pescaria permanece até hoje, como demonstra uma breve consulta no site www.google.com.br, com as palavras “*anti-backlash*” e “*fishing*”.

¹⁵⁰ Sobre vingança, podem ser citados o filme americano *Backlash*, dirigido por John Sturges (The Screen, N.Y. Times, Apr. 21, 1956, p. 11) e a peça de mesmo título da Broadway (Kern to do Score for Annie Oakley, N. Y.

possibilidade de um efeito *boomerang*, decorrente de mudanças de rumo na opinião pública, migrando, assim, para a arena política, onde acabou sendo muito aplicada durante o movimento pelos direitos civis (*civil rights movement*)¹⁵¹. A partir daí, *backlash* passou a se referir a contra-ataques disparados por mudanças no *status quo*, pelas quais determinados grupos se julgavam ameaçados e contra as quais reagiam, sendo exemplo a reação contra o movimento feminista pela igualdade de direitos das mulheres, inclusive no mercado de trabalho¹⁵².

Mais recentemente, o termo *backlash* assumiu contornos sociais, políticos e jurídicos¹⁵³, ensejando discussões focadas no papel e na autoridade judiciais, especialmente por força da análise que a doutrina norte-americana faz do reflexo das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América nos casos *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade*, as quais, numa simplificação didática, aboliram a segregação racial nas escolas e abriram ensejo ao aborto, respectivamente.

Contudo, conforme se verá a seguir, o constitucionalismo democrático desenvolvido por Robert Post e Eva Siegel considera que tal perspectiva, centrada nas Cortes e preocupada com o fato de que decisões judiciais possam desencadear *backlash* que enfraqueça a autoridade judicial e o respeito aos seus precedentes, constitui uma perspectiva muito estreita, propondo uma compreensão do fenômeno do *backlash* que inclua o ponto de vista da ordem constitucional americana como um todo.

Tal entendimento, ao qual aderimos, situa o *backlash* na densa rede de trocas comunicativas que sustenta a legitimidade democrática da Constituição, através da qual os cidadãos se engajam em movimentos sociais para pressionar as autoridades a acatarem o que eles acreditam ser a correta compreensão da Constituição, demandando uma interpretação constitucional oficial democraticamente responsiva¹⁵⁴.

Times, Sept. 14, 1945, p. 20), ambos mencionados em POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, Op. Cit., p. 17.

¹⁵¹ STEPHENSON, Edward A. *Backlash. American Speech*, v. 40, 1965, p. 156-157.

¹⁵² FALUDI, Susan. *Backlash: The undeclared war against american women*. New York: Crown, 1991, p. 230-231.

¹⁵³ “*Backlash: a strong, negative, and often angry reaction to something that has happened, especially a political or social change: they feared a backlash against the new laws.*” (RUNDELL, Michael, editor; FOX, Gwyneth, editora. *Macmillan English Dictionary – for advanced learners*. 2ª ed. Oxford: Macmillan Education, 2007, p. 94). **O que, traduzido, significa:** uma forte reação negativa e frequentemente raivosa a alguma coisa que aconteceu, especialmente uma mudança política ou social : eles temiam uma reação contrária às novas leis.

¹⁵⁴ De acordo com os autores: “*Americans believe that constitutional meaning should be embodied in legally enforceable ways and that constitutional meaning should be potentially responsive to their own views. Citizens engaged in backlash press government officials to enforce what those citizens believe to be the correct understanding of the Constitution. They press these demands so that officials will interpret the Constitution in ways that are democratically accountable.*” (POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic*

O constitucionalismo democrático proposto por Robert Post e Reva Siegel¹⁵⁵ e cujas assertivas devem ser levadas em consideração no exame da mutação constitucional, considera injustificado o demasiado receio de decisões judiciais que despertem reações sociais, pois o desacordo seria normal ao desenvolvimento do constitucionalismo, tanto que a história demonstraria que a afirmação dos direitos fundamentais teria sido construída num ambiente de controvérsia política e cultural.

O constitucionalismo democrático parte da premissa, com a qual compartilhamos, de que a autoridade da Constituição depende da sua legitimidade democrática, ou seja, da capacidade que essa Constituição tenha de inspirar os seus cidadãos a reconhecerem-na como o seu documento fundamental, de forma que façam suas reivindicações com base no significado que nela enxergam, obrigando os governantes a serem responsivos a tais reclames, numa complexa troca que molda, ao final, o significado da Constituição.

Nesse processo de moldagem da Constituição, as Cortes judiciais desempenhariam um relevante papel, por possuírem autoridade para assegurar direitos e limitar o poder governamental. De um lado, o povo, o americano mais e o brasileiro ainda menos, mobiliza-se a favor ou contra os esforços judiciais de impor determinada interpretação constitucional; de outro, as Cortes, lançando mão da fundamentação jurídica, resiste ou responde aos anseios populares. Contudo, como todos os poderes estatais, embora de uma forma não tão evidente, a autoridade judicial para impor a Constituição depende da confiança que os cidadãos nela depositam, uma vez que interpretações constitucionais que divirjam das profundas convicções da sociedade certamente farão com que esta encontre formas de manifestar o seu desacordo e resistir àquele julgamento.

Embora a doutrina tradicional considere essa resistência às Cortes como uma ameaça à Constituição em si¹⁵⁶, esse entendimento seria um equívoco oriundo da confusão entre o processo de tomada de decisão judicial (*judicial decisionmaking*) e a própria Constituição, que seria bem mais que isso. Quando um cidadão critica uma decisão judicial como contrária à Constituição, ele invoca o seu comprometimento com o documento fundamental, com ele se

Constitutionalism and Backlash. Op. Cit., p. 18). **Versão traduzida:** *os americanos acreditam que o significado constitucional deveria ser expressado de maneiras legalmente obrigatórias e que esse significado deveria ser potencialmente responsivo aos seus próprios pontos de vista. Os cidadãos engajados em backlash (reações contrárias) pressionam oficiais do governo a fazer cumprir o que aqueles cidadãos acreditam ser o entendimento correto da Constituição. Eles pressionam com essas exigências para que os agentes públicos interpretem a Constituição de maneiras democraticamente responsáveis.*

¹⁵⁵ As considerações desse tópico são amplamente inspiradas no trabalho de Robert Post e Reva Siegel, acima mencionado.

¹⁵⁶ É corriqueira a expressão “decisão judicial não se discute, cumpre-se”.

identificando e revigorando aquela tradição constitucional. Por isso, para o constitucionalismo democrático ora defendido, mesmo a resistência a uma determinada interpretação judicial pode aprimorar a legitimidade democrática da Constituição.

Nessa perspectiva, *backlash* - brevemente entendido como aquela forte reação social contrária a uma decisão judicial – guarda efeitos potencialmente construtivos comumente ignorados pela academia, apegada à deferência legal. A presunção de que os cidadãos devem irrestrita obediência às decisões judiciais é desafiada pelo *backlash* em duas frentes¹⁵⁷: em nome de uma Constituição democraticamente responsiva, o *backlash* questiona a autoridade autônoma da Lei Constitucional; e, em virtude da titularidade política, o *backlash* desafia a presunção de que os cidadãos devem deferência, e não protesto, aos julgamentos das autoridades judiciais.

Esses desafios atingem o cerne do *judicial review*, ao aproximarem o Direito da Política, havendo sempre o risco de que os juízes, cuja autoridade decorre da Lei e de sua independência, percam a confiança dos jurisdicionados ao cederem às pressões políticas. Percebe-se porque *backlash* expressa, simultaneamente, o desejo de um povo de influenciar no conteúdo da sua Constituição e uma ameaça à independência da lei. Há que se reconhecer, portanto, que *backlash* representa o choque entre a integridade do *rule of law* com a necessidade de legitimidade democrática da ordem constitucional. Daí porque outro propósito do constitucionalismo democrático seria entender as implicações desse conflito e negociar a tensão daí surgida, de maneira a manter a integridade legal sem deixar de se curvar, às vezes, aos anseios da sociedade.

Não há nada de novo, como se vê, no reconhecimento dos custos e perigos do *backlash*, mas o que o constitucionalismo democrático ora em exame pretende salientar são os subestimados benefícios que podem advir desse fenômeno social, especialmente a sua capacidade de promover uma espécie de solidariedade constitucional e reforçar a legitimidade democrática da interpretação constitucional. Exatamente por isso, não seria sequer desejável que a jurisdição constitucional buscasse sempre evitar conflitos, uma vez que o engajamento popular em conflitos constitucionais também pode contribuir para a coesão social em organizações sociais heterogêneas e para a força normativa da própria Constituição.

Apesar de não pretender fornecer uma metodologia para decisões de casos constitucionais, chegando a duvidar de tal possibilidade, o constitucionalismo democrático inova ao enfrentar o medo de *backlash* e tentar elucidar como valores contrapostos podem

¹⁵⁷ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Op. Cit., p. 18-19.

moldar o processo de decisão constitucional. Para tanto, pertinente analisar-se detidamente o impacto da decisão da Suprema Corte americana no caso *Roe v. Wade* (1973)¹⁵⁸, tido, pela doutrina que defende a necessidade de evitar decisões judiciais controversas, como o maior exemplo das terríveis conseqüências de decisões que provocam intensa oposição.

Para a doutrina convencional, a ira (ou *backlash*) despertada pela decisão da Suprema Corte em *Roe v. Wade*, consistente no revigoramento de movimentos conservadores e de extrema direita, foi uma resposta à ambição e ao excesso judicial que poderia ter sido evitada por uma reforma legislativa que legalizasse o aborto. O constitucionalismo democrático de Post e Siegel questiona esse entendimento, uma vez que a mobilização contrária à liberação do aborto, além de pré-existir ao julgamento, tinha suas bases num movimento mais amplo e que se tornou hostil a quaisquer esforços legais de assegurar a igualdade da mulher e a separação da Igreja e do Estado.

Noutras palavras, cidadãos que possuem firmes convicções sobre o papel da mulher, do sexo, da família e da religião na sociedade naturalmente tentariam levar tais visões ao Judiciário, sendo ingênuo acreditar-se na possibilidade deste ficar alheio a tais conflitos e, mesmo assim, proteger os ideais constitucionais. Não teria sido, portanto, a decisão judicial da Suprema Corte que teria despertado a chamada *Roe rage*, como ficou conhecida a revolta dos setores conservadores da sociedade norte-americana, nem seria esta evitada se a legalização do aborto fosse efetivada através de legislação.

De outro lado, costuma-se dizer que a mais importante função da lei e, portanto, especialmente da Constituição, seria estabelecer, resolutivamente, o que pode ser feito¹⁵⁹, sendo essenciais, por exemplo, as regras sobre a organização dos poderes e o processo legislativo. *Backlash* relativamente a estas regras seria desastroso, pois frustraria qualquer capacidade de coordenação, o que poderia fortalecer a idéia de que, quanto a tais questões, seria conveniente centralizar a interpretação num intérprete com autoridade à qual as pessoas

¹⁵⁸ 410 U.S. 113 (1973).

¹⁵⁹ A frase é de ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 7, 1997, p. 1377: “Thus, an important – perhaps the important – function of law is its ability to settle authoritatively what is to be done. That function is performed by all law: but because the Constitution governs all other law, it is especially important for the matters it covers to be settled. To the extent that the law is interpreted differently by different interpreters, an overwhelming probability for many socially important issues, it has failed to perform the settlement function.” **Em português:** portanto, uma importante - talvez a importante - função da lei é sua habilidade de determinar com autoridade o que deve ser feito. Essa função é desempenhada por qualquer lei: mas porque a Constituição governa todas as outras leis, é especialmente importante que os assuntos cobertos por ela sejam resolvidos. Na medida em que a lei é interpretada diferentemente por diversos intérpretes, uma probabilidade esmagadora para muitas questões socialmente importantes, ela falhou em cumprir a função resolutiva.

e demais agentes públicos sejam deferentes, de forma a conferir estabilidade ao sistema jurídico¹⁶⁰.

Contudo, esse posicionamento esbarra em duas críticas que parecem pertinentes. Primeiramente, é mesmo de se questionar se é compatível com um regime republicano a atribuição, a um único poder (*in casu*, o Judiciário), do monopólio da sabedoria constitucional¹⁶¹ e, ainda que seja, há dúvidas se o Judiciário seria um Poder capaz de proporcionar tamanha estabilidade¹⁶².

Ademais, nem todas as disposições constitucionais estabelecem regras, e justamente as normas relativas a direitos fundamentais tendem a ser abertas a decisões constitucionais que expressem valores nacionais (várias seguem a estrutura de princípios), as quais, mais que definitivas, devem ser corretas¹⁶³. É o que ocorre com as disposições acerca da igualdade, liberdade, vida, dignidade e família, dentre outras.

Tais normas de conteúdo aberto seriam consideradas *nomos*¹⁶⁴, por expressarem uma identidade nacional, embora esta seja de difícil apreensão em sociedades heterogêneas e pluralistas como são a norte-americana e a brasileira, que comportam diferentes valores e visões acerca da vida boa. É natural, pois, que decisões acerca desses *nomos* gerem apelo e resistência popular porque versam sobre temas relativamente aos quais não há consenso, havendo, por vezes, desacordos acalorados (como nas questões envolvendo ações afirmativas, união homoafetiva e aborto)¹⁶⁵. Entretanto, a resistência popular evidencia o anseio da

¹⁶⁰ ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. Op. Cit., p. 1359. Para tais autores, o *rule of law* exigiria que as pessoas e agentes públicos aceitassem as interpretações de um único intérprete, que seria a Suprema Corte, ao invés de fazerem julgamentos independentes acerca das imposições constitucionais, pois, do contrário, ter-se-ia uma anarquia interpretativa que impossibilitaria a coordenação sobre questões divergentes e causaria instabilidade jurídica. Esse único intérprete com autoridade em relação ao qual os demais deveriam ser deferentes seria a Suprema Corte, supostamente capaz de assegurar estabilidade ao longo do tempo e no âmbito da própria instituição, em razão do *stare decisis*, que impõe o respeito aos próprios precedentes.

¹⁶¹ Essa foi a crítica de Hartnett, para quem a "*república não é bem-servida por qualquer poder que acredite que tem o monopólio da sabedoria constitucional*". (HARTNETT, Edward. A Matter of Judgment, not a Matter of Opinion. *New York University Law Review*, v. 73, n. 1, 1999, p. 158).

¹⁶² Discordando de Alexander e Schauer, a quem atribui a "*mais sofisticada defesa recentemente formulada da supremacia judicial*", confira-se TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 27-29.

¹⁶³ Sobre a busca da resposta correta, é célebre a posição de DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Mass. and London: Harvard University Press, 1985, e *Law's Empire*. London: Fontana Press, 1986.

¹⁶⁴ COVER, Robert. Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, n.4, 1983, p. 28. Disponível em http://www.bepress.com/ils/iss8/Cover_Nomos.pdf. Robert Cover considera que nós vivemos num universo normativo (*nomos*), do qual as regras e princípios jurídicos, assim como as instituições, são apenas uma parte, que não podem existir fora das narrativas que lhes conferem significado. Direito e narrativa seriam inseparáveis.

¹⁶⁵ De acordo com Robert Post e Reva Siegel, são as contingências ou circunstâncias históricas que determinam quais questões se tornam controversas, citando decisões judiciais da Suprema Corte norte-americana que intervieram em disputas culturais já ferozes e em curso; outras que foram utilizadas por grupos organizados para inspirar mobilizações políticas; algumas que ensejaram oposição por superarem meios de vida já estabelecidos

sociedade de ver acolhida a sua compreensão dos ideais constitucionais e esse desejo não deve ser ignorado, pois uma distância muito grande e persistente entre as compreensões popular e oficial, quando referente a questões extremamente sensíveis àquela sociedade, pode ameaçar a legitimidade democrática da Constituição.

Como reforçar a Constituição num contexto de controvérsia pública é um dos desafios assumidos pelo constitucionalismo democrático, que tenta compatibilizar os papéis dos governos representativos e dos cidadãos de reafirmarem a Constituição, com o papel das Cortes de aplicarem a razão jurídica na interpretação da lei fundamental. Sob esse aspecto, o constitucionalismo democrático é um meio termo entre o constitucionalismo popular e uma concepção juriscêntrica (focada no Judiciário), pois não procura tirar a Constituição das Cortes, que continuam a desempenhar um papel essencial na garantia dos direitos constitucionais, mas aprecia e valoriza o papel do engajamento público que guia e legitima as instituições e práticas do *judicial review*, numa constante troca entre cidadãos e autoridades no tocante aos significados constitucionais¹⁶⁶.

Embora possa representar alguma ameaça à manutenção da autoridade legal, a *backlash* contribui para assegurar a correspondência democrática do significado constitucional, sendo o povo americano (e o brasileiro, em escala crescente) um exemplo da contínua luta para ditar o contorno dos direitos constitucionais, com ocorreu nas questões raciais, de gênero e agora ocorre no que se refere ao aborto, aos direitos dos homossexuais e à religião. Seja através de protestos, mobilizações, reforma legislativa, emenda constitucional ou litígio judicial, todas essas lutas decorrem da crença de que a Constituição deve refletir a

ou redistribuírem *status* e privilégios; havendo casos em que grupos lutando por reconhecimento se voltaram à Corte para demandar uma doutrina constitucional que os abarcasse (POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Op. Cit., p. 7).

¹⁶⁶ No original: “*Unlike popular constitutionalism, democratic constitutionalism does not seek to take the Constitution away from Courts. Democratic constitutionalism recognizes the essential role of judicially enforced constitutional rights in the American polity. Unlike a juricentric focus on courts, democratic constitutionalism appreciates the essential role that public engagement plays in guiding and legitimating the institutions and practices of judicial review. Constitutional judgments based on professional legal reason can acquire democratic legitimacy only if professional reason is rooted in popular values and ideals. Democratic constitutionalism observes that adjudication is embedded in a constitutional order that regularly invites exchange between officials and citizens over questions of constitutional meaning.*” (POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Op. Cit., p. 7). **Tradução livre:** ao contrário do constitucionalismo popular, o constitucionalismo democrático não procura tirar a Constituição dos tribunais. O constitucionalismo democrático reconhece o papel essencial dos direitos constitucionais judicialmente aplicados na nação americana. Diferente de um foco centrado nos tribunais, o constitucionalismo democrático preza o papel essencial que o comprometimento público tem para guiar e legitimar as instituições e as práticas do *judicial review*. Julgamentos constitucionais baseados na razão legal profissional podem adquirir legitimidade democrática somente se a razão profissional for enraizada em valores e ideais populares. O constitucionalismo democrático observa que a adjudicação está inserida numa ordem constitucional que regularmente convida à troca entre agentes públicos e cidadãos sobre questões de significado constitucional.

identidade do povo americano e quando esses ideais constitucionais são acolhidos pelas Cortes, eles ganham o poder simbólico de expressar essa identidade nacional.

Especialmente nos EUA, em que o processo de reforma constitucional é tão difícil e raro, esse não pode ser o único mecanismo para sustentar a legitimidade democrática da Constituição, de forma a mantê-la conectada com os comprometimentos populares¹⁶⁷, devendo haver uma contínua comunicação entre as Cortes e os cidadãos, através de práticas que obstem uma indesejável alienação constitucional. Processos legislativos especiais, nomeações de Ministros da Suprema Corte e *backlash* são alguns desses mecanismos de frequente legitimação democrática constitucional, mas, por ora, interessa persistir na análise deste último, deixando os demais para adiante.

Advirta-se, desde logo, que o fato da reforma constitucional brasileira ser mais fácil do que a norte-americana não implica a auto-suficiência das emendas constitucionais para a permanente conectividade entre a Constituição e os cidadãos, seja porque, ainda que mais acessíveis no direito brasileiro, as emendas constitucionais não deixam de exigir quórum qualificado (3/5 dos votos e aprovação em dois turnos de cada Casa parlamentar) e ser fruto de determinados momentos; seja porque normalmente tais emendas têm incidido sobre regras, mas não sobre os princípios e os *nomos*, que verdadeiramente expressam a identidade nacional; seja, ainda, porque muitas dessas emendas têm se limitado a consagrar planos de governo e a efetivar mudanças estruturais como as reformas administrativa, previdenciária e do Judiciário; seja, por fim, porque reforma e mutação, nos EUA ou no Brasil, vivem uma relação dialética e complementar, como visto no Capítulo 1.

Daí porque preocupações com outros mecanismos de legitimação democrática da Constituição e da interpretação a ela conferida pelo Judiciário, como o *backlash*, também são

¹⁶⁷ Nesse ponto, Robert Post e Reva Siegel discordam da teoria dos “momentos constitucionais” de Bruce Ackerman, por considerarem que, assim como vinte e sete emendas à Constituição norte-americana não são suficientes à sustentação da legitimidade democrática, muito menos o seriam três ou quatro momentos constitucionais. Contudo, aproximam-se de Bruce Ackerman na valorização do engajamento popular como uma prática que mantém a legitimidade das deliberações constitucionais: “*Given the infrequency of constitutional lawmaking, the American constitutional order seems to rely on practices of participatory engagement to deliver forms of democratic responsiveness that we often associate with formal practices of constitutional lawmaking...Popular engagement in constitutional deliberation sustains the democratic authority of original acts of constitutional lawmaking and supplements constitutional lawmaking as a source of the Constitution’s democratic authority.*” (SIEGEL, Reva B., *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the Facto ERA*. *California Law Review*, v. 94, 2006, p. 1342-1343). **Noutras palavras:** devido à infrequência do processo legislativo constitucional, a ordem constitucional americana parece apoiar-se em práticas de engajamento participativo para oferecer formas de responsabilidade democrática que frequentemente associamos a práticas formais da legislação constitucional... O engajamento popular na deliberação constitucional sustenta a autoridade democrática dos atos originais da legislação constitucional e suplementa o processo legislativo constitucional como uma fonte de autoridade democrática da Constituição.

pertinentes na ordem jurídica pátria, até porque, ao contrário do que se pensa e conforme ficará claro no Capítulo 3, mobilização social, colocação de determinados temas na agenda política, cooptação de lideranças políticas, processos legislativos especiais e reação social não são exclusividade dos EUA e também proliferam em solo brasileiro.

O constitucionalismo democrático sugere que *backlash* seja uma das várias práticas de contestação que busca transformar os valores que subjazem interpretações judiciais da Constituição, influenciando no delineamento do conteúdo constitucional. Tais práticas podem, a longo prazo, repercutir na Constituição, já que esta é suscetível a influências sociais, sendo também condicionada por circunstâncias históricas e políticas¹⁶⁸. Até porque a contínua abertura do significado constitucional permite que a Constituição possa inspirar lealdade e comprometimento populares, mesmo que determinada visão constitucional não prevaleça¹⁶⁹, desde que os cidadãos percebam a contínua possibilidade de receptividade estatal aos seus valores e idéias¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Contestando uma pretensa imunidade constitucional à influência política e defendendo que as Cortes nem desempenham um papel heróico na defesa dos direitos (papel de esperança), nem costumam agir contrariamente à vontade popular por longos períodos (papel de ameaça democrática), veja-se FRIEDMAN, Barry. The importance of being positive: The Nature and function of judicial review. *University of Cincinnati Law Review*, v. 72, 2004, p. 1257-1278: “The claim here simply is that the Court’s dependence on the other branches to enforce decrees and to refrain from attacking the institution of judicial review necessarily acts as moderating force, ensuring that judicial review is never wholly independent of politics; positive analysis questions the extent to which judicial review imposes limits on majority rule and so can function either as democracy’s hope or threat.” **Em português:** a alegação aqui é simplesmente que a dependência do Tribunal dos outros ramos de Poder para fazer cumprir leis e para se abster de ataques à instituição do judicial review age necessariamente como uma força moderadora, garantindo que a judicial review nunca seja totalmente independente da política; a análise positiva questiona até que ponto o judicial review impõe limites à regra da maioria e, portanto, pode funcionar tanto como esperança ou como ameaça à democracia.

¹⁶⁹ Ao examinar o papel da Constituição no direito e na política norte-americanos, Seidman formula uma tese sobre as ramificações políticas do *judicial review* e de como a interpretação e aplicação constitucionais podem construir o diálogo e o consenso, ao invés de simplesmente resolverem o conflito: “An unsettled constitution helps build a community founded on consent by enticing losers into a continuing conversation” (SEIDMAN, Louis Michael. *Our Unsettled Constitution: a new defense of constitutionalism and judicial review*. New Have, CN: Yale University Press, 2001, p. 8-9). **Ou seja:** uma Constituição maleável ajuda a construir uma comunidade fundada no consenso ao induzir os perdedores a uma conversação contínua.

¹⁷⁰ “In the United States, popular confidence that the Constitution is the People’s is sustained by understandings and practices that draw citizenry into engagement with questions of constitutional meaning and enable communication between engaged citizens and officials charged with enforcing the Constitution. (...) Because citizens must enlist the voice and accommodate the views of others if they are to persuade officials charged with enforcing the Constitution, the quest to secure constitutional recognition may promote forms of community identification, and not merely exacerbate group division. In these and other ways, popular participation in constitutional deliberation, and the role expectations that sustain it, underwrite the legitimacy of government and the solidarity of a normatively heterogeneous community.” (SIEGEL, Reva B., *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the Facto ERA*. Op. Cit., p. 1342-1343). **Traduzindo:** nos Estados Unidos, a confiança popular de que a Constituição é do povo é sustentada por acordos e práticas que levam os cidadãos ao compromisso com questões do significado constitucional e possibilitam a comunicação entre cidadãos engajados e agentes públicos encarregados de fazer cumprir a Constituição. (...) Porque os cidadãos precisam ouvir e conciliar as opiniões alheias para persuadirem os oficiais encarregados de fazer cumprir a Constituição, a busca de garantir reconhecimento constitucional pode promover formas de identificação comunitária, e não apenas exacerbar divisão de grupos. Destas e de outras

Noutras palavras, *backlash* é apenas a primeira reação que as decisões judiciais controvertidas podem gerar, mas esse fenômeno é normalmente seguido de um período de engajamento em que as forças políticas tentam reverter julgamentos impopulares e, de acordo com as ciências sociais, as decisões judiciais tendem a convergir, ao longo do tempo, com a persistente vontade popular. O verdadeiro papel do *judicial review* não seria nem o de esperança nem o de ameaça à democracia¹⁷¹, mas o de promover o diálogo na sociedade em torno dos valores constitucionais, fomentando o debate sobre questões controvertidas.

Entretanto, é certo que essa legitimidade democrática tem um preço, porque muito da integridade constitucional decorre da sua independência frente à influência política, razão pela qual a separação entre Direito e Política é tão enfatizada pela razão jurídica¹⁷², mas tão relativa na jurisdição constitucional¹⁷³. O desafio das Cortes é encontrar meios de incorporar a vontade popular no domínio da legalidade, mantendo-se, ainda assim, fiel à razão jurídica, o que se revela, quase sempre, uma atividade complexa e permeada de intensa discordância. Isso teria ocorrido, por exemplo, quando a Suprema Corte norte-americana acolheu a doutrina da vedação à discriminação sexual na interpretação da Décima Quarta Emenda, jurisprudência que encontrou amplo suporte, apesar da não ratificação da emenda destinada a proibir a discriminação fundada no gênero (*Equal Rights Amendment – ERA*).

Isso demonstra como um sistema constitucional envolto em conflitos pode, ainda assim, preservar a integridade constitucional, justamente porque os mesmos cidadãos que pretendem ver os seus valores e a sua compreensão constitucional abraçados legalmente têm razões para resguardar a autoridade das Cortes de se pronunciarem em nome de uma independente *rule of law*, pois, do contrário, de nada adiantaria o Tribunal encampar aquela agenda. Independentemente do lado que o cidadão se encontre em relação à jurisprudência da

maneiras, a participação popular na deliberação constitucional, e as expectativas de papéis que a sustentam, formam a legitimidade do governo e a solidariedade de uma comunidade normativamente heterogênea.

¹⁷¹ FRIEDMAN, Barry. The importance of being positive: The Nature and function of judicial review. Op. Cit. p. 1257-1278.

¹⁷² A distinção entre Direito e Política está na base da seguinte assertiva do Justice Scalia, da Suprema Corte norte-americana: “*To expect judges to take account of political consequences – and to assess the high or low degree of them – is to ask judges to do precisely what they should not do.*” (CHENEY v. US. Dist. Ct., for D.C., 541, U.S. 913, 920, 2004). **Isto é:** *esperar que os juízes levem em conta consequências políticas - e avaliar o alto ou baixo grau delas - é pedir aos juízes para fazer precisamente o que eles não deveriam fazer.*

¹⁷³ Ao discorrer sobre os limites da jurisdição constitucional, Schneider já dizia que “*sus límites no pueden lograrse, entonces, desde la diferenciación entre Derecho y Política, puesto que la jurisdicción constitucional es de por sí justicia política en el sentido de que tiene que enfrentarse con un objeto político (derecho constitucional como derecho político), que sus miembros son designados por instancias políticas y sus sentencias tienen efectos políticos más o menos amplios (vinculación de los órganos políticos)*” (SCHNEIDER, Hans-Peter. Jurisdicción Constitucional y Separación de Poderes. Traducción: Joaquín Abellan. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, n. 5, Mayo-Agosto 1982, p. 38-39).

Suprema Corte e da feroz resistência que ele possa manifestar referentemente ao entendimento por ela defendido, o seu discurso deve guardar respeito pela autoridade institucional da Corte de proclamar o direito constitucional¹⁷⁴.

2.3.2. Diferentes visões acerca da dinâmica da mutação constitucional judicial

A concepção, acima descrita, que o constitucionalismo democrático tem dos conflitos constitucionais e, especialmente, do *backlash*, difere da perspectiva doutrinária ainda dominante, a qual possui um perfil mais juriscêntrico e vê o *backlash* como um obstáculo aos esforços judiciais de conferir aplicação aos ideais constitucionais, impondo-os legalmente.

Aqui serão brevemente analisados os pensamentos de três doutrinadores que, ainda que não possam ser tipicamente tachados de juriscêtricos, consideram o *backlash* primariamente como uma ameaça à autoridade judicial e à solidariedade social, são eles: Michael Klarman, William Eskridge e Cass Sunstein¹⁷⁵. Essa análise aprofundará, também, a relação entre jurisdição, mutação constitucional e *backlash*, seja na visão desses autores, seja do ponto de vista do constitucionalismo democrático.

a) Michael Klarman

Michael Klarman é um historiador cujo trabalho contribuiu significativamente para o recente interesse pelo tema do *backlash*¹⁷⁶ e que sugere que a jurisdição tem a peculiar capacidade de precipitar oposição, sendo o *backlash* um sinal de que as Cortes falharam em executar adequadamente o seu papel judicial.

Numa interpretação do caso *Brown v. Board of Education*¹⁷⁷, Klarman defende a idéia de que a decisão da Suprema Corte dos EUA nem desmantelou a segregação racial nem inspirou o movimento pelos direitos civis, mas inspirou, sim, uma massiva resistência à

¹⁷⁴ Isso teria ficado claro no caso *Stenberg v. Carhart*, em que a Suprema Corte invalidou uma lei do Nebraska que proibia o aborto sem abrir uma exceção quando o procedimento fosse necessário para preservar a saúde da mãe, tendo os movimentos anti-aborto manifestado absoluto descontentamento com tal decisão sem, contudo, questionarem a autoridade institucional da Corte (POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Op. Cit., p. 14).

¹⁷⁵ O contraponto entre o constitucionalismo democrático e esses três autores consta de POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Op. Cit., p. 19-36.

¹⁷⁶ KLARMAN, Michael J. How Brown Changed Race Relations: the Backlash Thesis. *The Journal of American History*, v. 81, n. 1, 1994. Disponível em http://www.pierce.ctc.edu/faculty/djepsen/Content/1900_present%20articles/Brown%20versus%20Board%20of%20Education.pdf

¹⁷⁷ 347 U.S. 483 (1954).

mudança racial¹⁷⁸ por parte dos Estados Sulistas, que, por redundar em questionamentos à autoridade federal e em violentas supressões de direitos civis, culminou numa reação pró-mudança racial nos Estados Nortistas e numa repercussão na mídia nacional, contribuindo, indiretamente, para a legislação de direitos civis¹⁷⁹.

Segundo Klarman, esse efeito não é monopólio do caso *Brown*, já que várias decisões-chave da Suprema Corte americana parecem ter gerado reações (*backlashes*), ao invés de apoio popular, produzindo imprevisíveis e indesejáveis efeitos. Entretanto, Klarman acredita que a Corte reflete a sociedade e possui uma tendência de constitucionalizar o consenso, raramente desempenhando o papel de vanguarda de um movimento de reforma social. Isso

¹⁷⁸ Sobre o caso, afirma Klarman: “*Constitutional lawyers and historians generally deem Brown v. Board of Education to be the most important United States Supreme Court decision of the twentieth century, and possibly of all time. Surprisingly little attention, however, has been devoted to analyzing precisely how Brown was important. Yet Supreme Court decisions can be significant in many different ways. First, as a direct cause, Brown could have desegregated the public schools. Alternatively, or additionally, Brown might have had indirect effects—thrusting the desegregation issue onto the national agenda, searing the conscience of previously indifferent northern whites, providing legitimacy to desegregation demands by blacks, or inspiring (especially southern) blacks to challenge the racial status quo.*” (KLARMAN, Michael J. *How Brown Changed Race Relations: the Backlash Thesis. The Journal of American History*, v. 81, n. 1, 1994, p. 81). Também sobre o tema, confira-se KLARMAN, Michael J. *Brown, Racial Change and the Civil Rights Movement. Virginia Law Review*, v. 80, n. 7, 1994. **Na tradução livre:** os advogados constitucionalistas e os historiadores geralmente consideram *Brown v. Board of Education* a mais importante decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos do século XX, e possivelmente de todos os tempos. Surpreendentemente, entretanto, pouca atenção tem sido dedicada à análise de como exatamente *Brown* foi importante. Apesar disso, as decisões da Suprema Corte podem ser significativas de diversas maneiras. Primeiramente, como uma causa direta, *Brown* poderia ter dessegregado as escolas públicas. Alternativamente, ou adicionalmente, *Brown* poderia ter tido efeitos indiretos que empurraram a questão da dessegregação para a agenda nacional, sondando a consciência de nortistas brancos anteriormente indiferentes, dando legitimidade às exigências de dessegregação feitas por negros, ou inspirando os negros (especialmente sulistas) a desafiar o status quo racial.

¹⁷⁹ A tese do *backlash* de *Brown* (*The Brown Backlash Thesis*) é assim resumida por Klarman: “*Brown was indirectly responsible for the landmark civil rights legislation of the mid-1960s by catalyzing southern resistance to racial change. Brown propelled southern politics far to the right, as race was exalted over all other issues. In this political environment, men were elected to all levels of public office who were, both by personal predisposition and political calculation, prepared to use virtually any means of resisting racial change, including blatant defiance of federal authority and brutal suppression of civil rights demonstrations. The predictable consequence was a series of violent confrontations between white supremacist law enforcement officials and generally nonviolent demonstrations, which provoked an outcry from national television audiences, leading Congress and the President to intervene with landmark civil rights legislation.*” (KLARMAN, Michael J. *Brown, Racial Change and the Civil Rights Movement, Virginia Law Review*, v. 80, n. 1, 1994, p. 85). **Em português:** *Brown* foi indiretamente responsável pela legislação-marco dos direitos civis da metade dos anos sessenta ao catalizar a resistência sulista para a mudança racial. *Brown* impulsionou a política sulista muito à direita, enquanto a raça era exaltada acima de todas as outras questões. Nesse ambiente político, foram eleitos para todos os níveis do serviço público, homens que, tanto por predisposição pessoal quanto por estratégia política, estavam preparados para usar virtualmente qualquer meio para resistir à mudança racial, incluindo ruidoso desafio da autoridade federal e brutal supressão das manifestações dos direitos civis. A consequência previsível foi uma série de violentos confrontos entre agentes da supremacia branca encarregados de fazer cumprir a lei e manifestações geralmente não violentas, o que provocou um clamor decorrente das audiências nacionais de televisão, levando o Congresso e o Presidente a intervirem na legislação-marco dos direitos civis.

porque os juízes refletiriam muito a opinião pública dominante, o que tornaria difícil que os mesmos realmente protegessem grupos oprimidos¹⁸⁰.

Na tentativa de explicar porque, então, uma Corte não aventureira poderia inspirar tantas e furiosas reações, Klarman considera que as decisões judiciais, como a proferida em *Brown*, produziram *backlashes* por três razões principais: elas suscitariam uma questão, salientando-a; elas incitariam raiva face à interferência externa ou ao ativismo judicial; e elas alterariam a ordem pela qual a mudança social teria, de outra forma, ocorrido, sendo esta última a principal causa de *backlash*, na medida em que a Corte imporá a reforma social de maneira diferente daquela que seria natural¹⁸¹.

Quanto às duas primeiras razões para o *backlash* decorrente das decisões judiciais, Robert Post e Reva Siegel¹⁸² apontam sérias dificuldades conceituais, uma vez que dizer que a Corte provoca *backlash* porque representa interferência externa pode ser relevante no caso de *Brown*, em que os valores nortistas foram impostos às escolas sulistas, mas a idéia não poderia ser generalizada para outras decisões, como *Roe*, que não refletem o mesmo grau de proeminência regional. Outrossim, afirmar que o *backlash* é causado por antagonismo ao ativismo judicial significa assumir que as decisões judiciais são inerentemente mais propícias ao *backlash* do que as legislativas, mas Klarman sequer tentara demonstrar que haveria menor reação contrária se o Congresso tivesse colocado um fim à segregação racial nas escolas ou abolido o crime de sodomia (como a Suprema Corte fez em *Brown v. Board of Education* e *Lawrence v. Texas*¹⁸³, respectivamente), sendo provável que não.

No caso brasileiro, considerar que decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal gerariam *backlash* por serem vistas como interferências externas ou fruto de ativismo judicial seria até possível em casos que envolvessem conflitos federativos (como num pedido de intervenção federal ou num julgado atinente a guerras fiscais entre Estados da federação), separação de poderes (como já ocorreu em decisão sobre a instalação de CPI ou sobre a

¹⁸⁰ KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the struggle for racial equality*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 449-464; e, também, KLARMAN, Michael J. Brown and Laurence (and Goodridge). *Michigan Law Review*, v. 104, 2005, p. 431-445.

¹⁸¹ “Court decisions can disrupt the order in which social change might otherwise have occurred by dictating reform in areas where public opinion is not yet ready to accept it.” (KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the struggle for racial equality*. Op. cit., p. 465) **Isto é:** decisões judiciais podem romper a ordem natural na qual a mudança social teria de outra forma ocorrido, ditando reforma em áreas onde a opinião pública ainda não está pronta para aceitá-la.

¹⁸² POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, Op. Cit., p. 21.

¹⁸³ 539 U.S. 558 (2003). Em *Lawrence v. Texas*, a Suprema Corte norte-americana explicitamente contrariou o precedente *Bowers v. Hardwick* e declarou inconstitucional uma lei do Texas que criminalizava as relações homossexuais, ao argumento de que tais relações íntimas entre adultos estavam protegidas pela liberdade e pela cláusula do devido processo legal substantivo da 14ª Emenda Constitucional.

validade de emendas constitucionais) ou direitos de minorias (união de pessoas do mesmo sexo ou direitos indígenas).

Mas, diante da extensão da Constituição Federal de 1988, do leque de direitos e garantias constitucionais, do desenho da nossa federação e da nossa separação de poderes, bem como da amplitude do nosso controle de constitucionalidade difuso e concentrado, tais decisões judiciais não seriam propriamente externas ou ativistas, mas conseqüências da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do incremento da jurisdição constitucional e da inevitável judicialização da política. Além disso, provavelmente gerariam descontentamento mesmo que provenientes do Legislativo, dada a crise de legitimidade que se abateu sobre esse poder.

O mesmo pode ser dito acerca da primeira razão para o *backlash*, concernente à saliência que a Corte confere à questão em julgamento. Embora pareça verdadeiro que os julgados da Corte dos EUA, como no caso *Lawrence*¹⁸⁴, impulsionem as pessoas, que ainda não haviam atentado para o problema (*in casu*, dos direitos dos homossexuais), a notá-lo e a formar uma opinião sobre o assunto, parece igualmente certo que uma legislação federal sobre temas naturalmente polêmicos (como, no exemplo, uma lei que admitisse o casamento entre pessoas do mesmo sexo) também levaria as pessoas a tomarem posição e nada garante que uma decisão judicial confira maior destaque à questão do que uma legislação no mesmo sentido.

A esse argumento, a realidade brasileira acresce outro a favor do *backlash*. É que, ainda que as decisões judiciais causem polêmica, se elas contribuem para suscitar ou salientar uma questão e colocá-la em debate, isso, por si só, é um efeito positivo, especialmente num contexto em que determinadas matérias, apesar de extremamente relevantes para parte considerável da sociedade (como as ações afirmativas e a união de pessoas do mesmo sexo) são conscientemente negligenciadas pela arena representativa, que, por preconceito ou receio da repercussão eleitoral, nega-se a sequer discutir certos temas na seara parlamentar.

Relativamente à terceira e principal causa de *backlash* apontada por Klarman – a interferência na ordem natural da mudança social – o autor parece sugerir que, ao contrário do Judiciário, instituições politicamente e democraticamente responsáveis, como o Legislativo e o Executivo, normalmente não optariam por decisões suscetíveis de produzir *backlash* e que seriam espaços de negociação que naturalmente funcionariam para evitar decisões que provoquem massiva resistência. As instituições políticas não teriam, por exemplo, acabado

¹⁸⁴ Sobre o caso *Lawrence v. Texas*, vide nota de rodapé nº 183.

com a segregação racial nas escolas até que os custos políticos de tal decisão fossem aceitáveis, noutras palavras, até que o risco de *backlash* fosse reduzido. Diversamente, as Cortes produziriam *backlash* por não responderem a negociações políticas, mas a agendas fixadas pelos litigantes¹⁸⁵.

Discordando dessa visão, Post e Siegel salientam, com razão, que as implicações da tese de Klarman são ambíguas, pois, de um lado, podem significar que a dessegregação escolar, seja por decisão judicial ou legislativa, deveria ser adiada indefinidamente ou até que pudesse ser alcançada sem *backlash*; de outro lado, sugerem que as Cortes não deveriam ter atuado para provocar massiva resistência, uma vez que a dessegregação poderia ser pacificamente efetivada através da política e da legislação¹⁸⁶.

Na primeira interpretação, a tese de Klarman apontaria para uma cautela generalizada contra a aplicação de direitos constitucionais sempre que tal aplicação pudesse produzir sérias controvérsias, o que, convenhamos, enraizaria a atual distribuição de direitos e seria incompatível com o comprometimento que se deve ter com a efetividade dos direitos constitucionais. Na segunda interpretação possível da tese de Klarman - de que os esforços judiciais nessa seara devem ser cautelosos para não interferirem na realização de valores constitucionais que possam ser realizados, sem conflito, mediante legislação -, o autor expressa uma idéia que subjaz o medo contemporâneo de *backlash*, qual seja, a de que valores constitucionais podem ser mais harmoniosamente alcançados através de legislação do que de jurisdição.

No Brasil, isso significaria adiar a discussão de inúmeros temas relevantes, privar de efetividade vários direitos e cruzar os braços até que a sociedade firme um consenso e o Legislativo se libere de sua crise política para, eventualmente, resolver se debruçar sobre tais

¹⁸⁵ KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the struggle for racial equality*. Op. cit., p. 465.

¹⁸⁶ Interessante o esclarecimento de Post e Siegel acerca dessa segunda implicação da tese de Klarman: “We appreciate that Klarman himself would probably not draw this normative implication from his own history, because he believes that *Brown* ultimately produced such violent Southern resistance that it provoked a Northern backlash committing the nation to the path of desegregation. From Klarman’s perspective, therefore, *Brown* ultimately (if indirectly) produced a socially desired outcome. But of course this result could not be known *ex ante*, so that at the time of *Brown* it could not be foreseen that predictable Southern resistance would produce a contingent Northern backlash. *Ex ante*, therefore, the normative implications of Klarman’s analysis are not so obvious.” (POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, Op. Cit., p. 22). **Ou seja:** calculamos que Klarman provavelmente não tiraria essa implicação normativa de sua própria história, porque ele acredita que, no final, *Brown* gerou uma resistência sulista tão violenta que provocou uma reação contrária nortista colocando a nação no caminho da dessegregação. Da perspectiva de Klarman, portanto, no final *Brown* (mesmo que indiretamente) produziu um resultado socialmente desejado. Mas é claro que esse resultado não poderia ser conhecido por antecipação, de modo que, à época de *Brown*, não se poderia imaginar que a previsível resistência sulista iria provocar uma inesperada reação contrária nortista. Antecipadamente, portanto, as implicações normativas da análise de Klarman não são tão óbvias.

matérias, sem, como visto, sequer saber-se se aquele consenso é alcançável em assuntos tão controvertidos e se os interesses envolvidos permitirão que esses debates algum dia ocorram, espontaneamente, no parlamento.

Esta seria, ademais, uma visão romântica da política democrática, que, na prática, frequentemente enfrenta *backlash* de grupos descontentes com os rumos das deliberações das instâncias representativas. Legislações que intervêm em relações de *status* já enraizadas na sociedade, geralmente ensejam contra-mobilizações e sérias controvérsias, tanto que o próprio termo *backlash* adquiriu conotação política no contexto antagônico ocasionado pelo *Civil Rights Act* de 1964 (CRA) e teve reforçada essa conotação durante os debates travados na tentativa (frustrada) de ratificação estatal da *Equal Rights Amendment* (ERA), que igualmente gerou forte resistência. Da mesma forma, leis liberalizando o aborto despertaram significativa mobilização contrária no período anterior ao julgado da Suprema Corte dos EUA em *Roe v. Wade*¹⁸⁷.

É preciso reconhecer que Klarman não negou expressamente a possibilidade de *backlash* decorrente de legislação, mas, ainda assim, sua teoria parte da implícita premissa de que tais direitos devem ser assegurados pelos foros representativos e não pelas Cortes, dado que a jurisdição seria ineficiente e custosamente anteciparia controvérsias constitucionais sem os correlativos benefícios. Nesse ponto, seu pensamento guarda semelhança com a idéia de que a jurisdição não é capaz de alterar práticas sociais e produzir reformas sociais significativas, servindo apenas para mobilizar oponentes¹⁸⁸, razão pela qual o seu papel se restringiria a consolidar as conclusões alcançadas pelo processo político majoritário¹⁸⁹.

Essa interpretação de Klarman desconsidera, porém, uma das mais relevantes funções do direito constitucional¹⁹⁰, precisamente a de reparar os defeitos do processo político, corrigindo a sua dinâmica e intervindo no resultado político quando este se revela, por exemplo, injusto porque baseado em preconceito contra minorias. Ademais, a premissa de que

¹⁸⁷ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, Op. Cit., p. 23.

¹⁸⁸ Considerando, a partir da análise de *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade*, que o Judiciário é incapaz de promover mudanças sociais substanciais, mas apenas vitórias simbólicas, confira-se ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: University of Chicago Press, 1991, p. 341.

¹⁸⁹ “To rely on litigation rather than political mobilization, as difficult as it may be, misunderstands both the limits of courts and the lessons of history. It substitutes symbols for substance and clouds our vision with a naïve and romantic belief in the triumph of rights over politics.” (ROSENBERG, Gerald N. *Courting Disaster: Looking for change in all the wrong places. Drake Law Review*, v. 54, n. 4, 2006, p. 813-15). **Isso quer dizer que:** confiar mais no litígio do que na mobilização política, por mais difícil que possa ser, compreende mal tanto os limites dos tribunais quanto as lições da história. Substitui símbolos por essência e turva nossa visão com uma crença ingênua e romântica no triunfo dos direitos sobre a política.

¹⁹⁰ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

a jurisdição é relativamente incapaz de afetar o comportamento e o conteúdo dos ideais sociais contradiz recentes estudos sociológicos e jurídicos¹⁹¹ que vêem o discurso e os procedimentos jurídicos como uma moldura através da qual os indivíduos na sociedade apreendem a realidade, sugerindo que a jurisdição pode gerar tanto compromisso ou adesão, como antagonismo, numa visão constitutiva do direito, ainda que em determinados casos aqueles efeitos positivos não sejam produzidos, como em *Brown*.

No caso brasileiro, a interferência do Poder Judiciário na defesa de minorias e no comportamento social não pode ser descartada, como evidenciam os julgados sobre indígenas, homossexuais, ações afirmativas e nepotismo, alguns dos quais serão analisados com maior vagar no Capítulo 3.

Por isso, o constitucionalismo democrático defendido por Post e Siegel repousa sobre a idéia de que o direito constitucional afirmado judicialmente e a política democrática sofrem influências recíprocas, não havendo razões para relegar a jurisdição a uma prática social particularmente incapaz de afetar os valores sociais, tanto que gerações de americanos lutaram para verem suas visões da Constituição judicialmente asseguradas, sendo certo que tais lutas não foram em vão. O significado constitucional, seja aquele declinado pelas Cortes ou por outros mecanismos, influencia e sofre influência das crenças e da adesão sociais.

As conseqüências práticas das decisões judiciais voltadas à garantia de valores constitucionais podem afetar atitudes públicas e levar determinados valores a conquistarem expressão na, até então indiferente ou refratária, arena política, como teria ocorrido relativamente aos direitos dos homossexuais¹⁹², em que a decisão da Suprema Corte do Estado de Vermont no caso *Baker v. State* reconheceu os direitos dos casais do mesmo sexo à união estável, mas não ao casamento, promovendo os valores da tolerância e do respeito mútuo.

De toda sorte, a teoria de Klarman teve o mérito de despertar o interesse jurídico pelo *backlash* e pelos efeitos das decisões judiciais sobre as controvérsias sociais. Porém, a constatação empírica de que as decisões judiciais não são irrelevantes à formação de ideais constitucionais, mas afetam esses valores constitucionais, reforça a noção de que, ao invés das

¹⁹¹ Merecem destaque as contribuições de BERMAN, Paul Schiff. The Cultural Life of Capital Punishment: Surveying the benefits of a Cultural analysis of Law. *Columbia Law Review*, v. 102, 2002 e SARAT, Austin D. Redirecting Legal Scholarship in Law Schools. *Yale J. L. & Human*, v. 12, 2000, p. 134. *Apud* POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash, Op. Cit., p. 23.

¹⁹² ESKRIDGE JR, William N. Equality Practice: Liberal Reflections on the jurisprudence of Civil Unions. *Albany Law Review*, v. 64, 2001, p. 853-877 e, do mesmo autor, No Promo Homo: The sedimentation of Anti-gay Discourse and the channeling effect of judicial review. *New York University Law Review*, v. 75, 2000, p. 1327-1405, disponível em <http://www1.law.nyu.edu/journals/lawreview/issues/vol75/no5/nyu501.pdf>.

Cortes sistematicamente evitarem os efeitos destrutivos do *backlash*, podem passar a compreendê-lo como uma consequência necessária da defesa de direitos constitucionais, tanto nos Estados Unidos como no Brasil.

b) William Eskridge

William Eskridge desenvolveu uma teoria constitucional aconselhando as Cortes a decidirem casos de maneira a evitar certas formas de conflito constitucional, advertindo contra um sistema de *judicial review* que intensifique os riscos da política de maneira a afastar as pessoas do processo político¹⁹³. Porém, ao discorrer sobre o papel do Judiciário no sistema constitucional norte-americano, o autor elabora uma teoria facilitadora do pluralismo que autoriza as Cortes a agirem para preservar políticas democráticas saudáveis numa nação heterogênea permeada por movimentos sociais identitários¹⁹⁴.

¹⁹³ Após uma análise do trabalho de John Hart Ely, pontua William Eskridge: “*Ely’s representation-reinforcing project was to draw from the Constitution principles for perfecting democracy. This article’s pluralism-facilitating project draws from theories of democratic pluralism principles for perfecting the Constitution. Some corollaries of my theory are that constitutional ‘change’ ought to come slowly and with input from legislators, administrators, and voters; that the efficacy of judicial review depends on its pluralist prudence more than its originalist pedigree; and that constitutional change cannot come from judges alone.*” (ESKRIDGE JR, William N. Pluralism and Distrust: How Courts can support Democracy by lowering the Stakes of Politics. *Yale Law Journal*, v. 114, 2005, p. 1327. Disponível em http://www.yalelawjournal.org/114/6/1279_william_n_eskridge_jr.html) **Em português:** o projeto representação-reforço de Ely deveria extrair da Constituição princípios para aperfeiçoar a democracia. O projeto facilitador do pluralismo desse artigo extrai de teorias do pluralismo democrático princípios para aperfeiçoar a Constituição. Alguns corolários da minha teoria são que a mudança constitucional deveria vir lentamente e com a contribuição de legisladores, administradores e eleitores; que a eficácia do judicial review depende mais da sua prudência pluralista do que de sua linhagem originalista; e que a mudança constitucional não pode vir somente dos juízes.

¹⁹⁴ O Judiciário deveria adotar uma posição mais ativa nos seguintes casos: “*Conversely, as Ely argued, a cautious judicial review can contribute positively to the democracy project. Part II suggests conditions under which judicial review can facilitate the operation of our pluralist democracy by lowering the stakes of politics. First, judges can encourage all groups to participate by assuring that neutral rules of an open political system are vigorously enforced. (This is a pluralism-facilitating justification for the first Carolene Products prong.) Second, judges can ameliorate politically destructive culture wars by denying groups state assistance in their efforts to exclude, demonize, or harm groups they dislike and by channeling intergroup politics away from appeals to prejudice and stereotypes. (This is a pluralism-facilitating extension of the second and third Carolene Products prongs.) Third, judges can help integrate successful new identity groups into the political process by clearing away obsolete laws that discriminate against these new partners assimilated into our multicultural pluralism.*” (This goes beyond the Carolene Products framework.) (ESKRIDGE JR, William N. Pluralism and Distrust: How Courts can support Democracy by lowering the Stakes of Politics. Op. Cit. p. 1283). **Versão traduzida:** inversamente, como Ely argumentou, um controle jurisdicional cauteloso pode contribuir positivamente para o projeto da democracia. A parte II sugere condições sob as quais o judicial review pode facilitar o funcionamento de nossa democracia pluralista reduzindo os riscos da política. Primeiramente, os juízes podem encorajar todos os grupos a participar, garantindo que regras neutras de um sistema político aberto sejam vigorosamente impostas. (Esta é uma justificativa facilitadora do pluralismo para a primeira Carolene Products prong.) Em segundo lugar, os juízes podem aperfeiçoar as guerras culturais politicamente destrutivas negando auxílio estatal a grupos em seus esforços para excluir, perturbar ou prejudicar grupos dos quais eles não gostam, e canalizando a política intergrupual para longe dos apelos do preconceito e dos

Para o autor, o *backlash* seria um possível efeito da decisão judicial que deveria ser considerado pelos juízes como qualquer outro efeito relevante, devendo por vezes ser evitado¹⁹⁵ e, noutras ocasiões, os juízes deveriam abordar questões que provoquem *backlash*¹⁹⁶. Arguindo que práticas igualitárias que evoluem muito rapidamente podem ensejar reações contraproducentes e comprometer a legitimidade institucional, enquanto decisões muito retardatárias arriscam-se a reforçar a desigualdade, Eskridge reconhece, a nosso ver acertadamente, a possibilidade dos juízes estabelecerem significados constitucionais controvertidos mesmo incorrendo em *backlash*.

Os julgamentos judiciais deveriam se pautar na compreensão de que a democracia pluralista é dinâmica e frágil, dependendo do comprometimento de todos os grupos politicamente relevantes, que deixariam o sistema político se os seus interesses não pudessem ser acomodados e se os seus ganhos não superassem suas perdas. Noutras palavras, o engajamento findaria se a participação no processo político perdesse o sentido, seja pela derrota permanente em questões relevantes para o grupo, seja pela percepção deste de que o sistema está contra ele, ameaçando-lhe a identidade ou coesão¹⁹⁷.

estereótipos. (Esta é uma extensão facilitadora do pluralismo da segunda e da terceira Carolene Product prongs.) Em terceiro lugar, os juízes podem ajudar a integrar novos grupos de identidade bem sucedidos ao processo político superando leis obsoletas que discriminam esses novos parceiros assimilados no nosso pluralismo multicultural.

¹⁹⁵ As Cortes deveriam ser mais contidas em algumas circunstâncias: “*The pluralism-facilitating model addresses the concerns of women, pro-life persons, language minorities, and lesbians and gay men, but with procedural twists to avoid judicial stakes raising. For contentious issues that roil the nation, the Supreme Court should not impose national resolutions and should instead rely on dialogic techniques that essentially remand to the democratic process and leave it room to elaborate or respond. Introduced in Section II.C and applied in Part III, these techniques include avoidance of tough constitutional issues through procedural dodges (the passive virtues) or narrow statutory interpretations; incremental, case-by-case development of new constitutional principles; and use of constitutional doctrines such as void-for-vagueness and as-applied challenges, which allow the political process to respond.*” (ESKRIDGE JR, William N. Pluralism and Distrust: How Courts can support Democracy by lowering the Stakes of Politics. Op. cit., p. 1283). **Ou seja:** o modelo facilitador do pluralismo dirige-se às preocupações de mulheres, pessoas pró-vida, minorias linguísticas, e lésbicas e homens gays, mas com truques processuais para evitar o aumento do risco judicial. Para questões controversas que perturbam a nação, a Suprema Corte não deveria impor resoluções nacionais e deveria, em vez disso, confiar em técnicas de diálogo essencialmente presentes no processo democrático, deixando espaço para que este elabore ou responda. Introduzidas na Seção II. C e aplicadas na Parte III, essas técnicas incluem fuga de questões constitucionais difíceis através de artifícios processuais (as virtudes passivas) ou de interpretações estatutárias limitadas; incremento, desenvolvimento caso a caso de novos princípios constitucionais; e uso de doutrinas constitucionais tais como fuga por falta de clareza e aplicação de desafios ou objeções, que permitem que o processo político responda.

¹⁹⁶ ESKRIDGE JR, William N. Equality Practice: Liberal Reflections on the jurisprudence of Civil Unions, Op. Cit., p. 853-877 e No Promo Homo: The sedimentation of Anti-gay Discourse and the channeling effect of judicial review. Op. Cit. p. 1327-1405.

¹⁹⁷ No original: “*Groups will disengage when they believe that participation in the system is pointless due to their permanent defeat on issues important to them or their perception that the process is stacked against them, or when the political process imposes fundamental burdens on them or threatens their group identity or cohesion.*” (ESKRIDGE JR, William N. Pluralism and Distrust: How Courts can support Democracy by lowering the Stakes of Politics. Op. Cit. p. 1293). **O que equivale a dizer que:** os grupos se desengajam quando

A questão se tornaria mais complicada porque uma democracia pluralista precisa tanto de grupos já estabelecidos que se mantenham leais ao processo político, quanto de grupos emergentes que adiram a esse processo, razão pela qual as Cortes deveriam evitar decisões que causem a saída dos primeiros, mas, também, que ratifiquem leis opressoras e assim impeçam grupos emergentes de se engajarem politicamente. O julgamento de *Roe v. Wade* representaria, nessa visão, uma ameaça à democracia¹⁹⁸ porque teria reconhecido um direito (aborto) que levou os americanos conservadores a se sentirem excluídos, revitalizando não só o movimento a favor da vida, mas acelerando a penetração da religião na política e a radicalização da tradicional direita.

Enquanto *Roe v. Wade* teria levado os conservadores a deixarem a política, pela mesma fundamentação, Eskridge critica a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Bowers v. Hardwick*, que teria impedido o ingresso dos homossexuais na arena política, uma vez que a mesma Corte não declarou a inconstitucionalidade de uma lei da Geórgia que criminalizava as relações homossexuais como sodomia, representando tal decisão uma declaração estatal contrária aos homossexuais.

Na correta percepção de Robert Post e Reva Siegel¹⁹⁹, a teoria pluralista de Eskridge versa, enfim, sobre quando as Cortes devem ou não provocar *backlash*, devendo ser evitadas decisões que levem grupos para fora da arena política, seja ao reafirmarem legislação opressiva, seja ao constitucionalizarem questões contenciosas, assumindo relevo precisar o que significa tirar grupos da política, pois aqui residiria o perigo à democracia. Nesse ponto, Eskridge parece adotar uma perspectiva juriscêntrica que ele próprio rejeita noutras searas.

Com efeito, os direitos à liberdade de expressão e de associação são constitucionalmente garantidos exatamente porque a proibição de que determinados grupos

acreditam que a participação no sistema é inútil devido à sua permanente derrota em questões importantes para eles, ou por sua percepção de estar em grande desvantagem no processo, ou quando o processo político impõe fardos fundamentais sobre eles ou ameaça sua identidade de grupo ou coesão.

¹⁹⁸ Nas palavras de Eskridge: “*Roe essentially declared a winner in one of the most difficult and divisive public law debates of American history. Don’t bother going to state legislatures to reverse that decision. Don’t bother trying to persuade your neighbors (unless your neighbor is Justice Powell). Roe was a threat to our democracy because it raised the stakes of an issue where primordial loyalties ran deep. Not only did Roe energize the pro-life movement and accelerate the infusion of sectarian religion into American politics, but it also radicalized many traditionalists.*” (ESKRIDGE JR, William N. *Pluralism and Distrust: How Courts can support Democracy by lowering the Stakes of Politics*. Op. Cit., p. 1312). **Traduzindo:** *Roe essencialmente declarou um vencedor em um dos mais difíceis e divisores debates públicos legais da história americana. Não adianta ir às legislaturas estaduais para reverter essa decisão. Não adianta tentar persuadir seus vizinhos (a menos que seu vizinho seja o Juiz Powell). Roe foi uma ameaça à nossa democracia porque aumentou os riscos numa questão onde lealdades primordiais estão profundamente arraigadas. Roe não apenas energizou o movimento pró-vida e acelerou a infusão da religião sectária na política americana, mas também radicalizou muitos tradicionalistas.*

¹⁹⁹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, Op. Cit., p. 27.

participem da política certamente é danosa à democracia, mas as decisões proferidas em *Roe* e *Hardwick* não obstaram a participação política. Ao revés, tais decisões forçaram seus oponentes a ingressarem no debate público, favorecendo o engajamento político. No caso de *Roe*, as críticas de que a Corte teria criado um direito fundamental às expensas da deliberação democrática, fechando as portas da política para o tema, desconsideram o fato, contraditoriamente também apontado pelas mesmas críticas²⁰⁰, de que o aborto se tornou uma das questões políticas nacionais mais explosivas após a referida decisão judicial.

Contudo, *Roe* realmente restringiu o âmbito de uma potencial legislação sobre o tema do aborto, limitando o processo de decisão majoritária como as Cortes sempre fazem na defesa de qualquer direito constitucional. Mas isso não implica na obstrução de qualquer deliberação sobre o assunto, já que o expressivo poder das decisões judiciais não fecha as portas à política, mas inspira o povo a lutar passionalmente para moldar o exercício do *judicial review*, que limita, guia e amplifica a política democrática, a qual, por sua vez, molda a instituição do *judicial review*. E a mobilização em apoio ou crítica a uma decisão não deixa de ser uma forma-chave de engajamento democrático²⁰¹.

Analisar como os grupos se engajam na política para debater questões constitucionais é também uma pretensão do constitucionalismo democrático, havendo inúmeras maneiras dos cidadãos que dissentirem de uma decisão judicial demonstrarem respeito ao *rule of law* ao mesmo tempo em que promovem vigoroso desacordo relativamente àquele julgamento, lançando mão, por exemplo, da legislação e das indicações para Ministro da Suprema Corte, como ocorreu após *Roe*, ou da mobilização para alteração do senso comum, como ocorreu após *Hardwick*.

De toda sorte, as decisões judiciais proferidas nos casos *Roe* e *Hardwick* podem ser criticadas ou comemoradas em termos de direito constitucional substantivo, mas não haveria

²⁰⁰ O argumento contraditório, que imputa a *Roe* o fechamento do debate político e, simultaneamente, culpa a mesma decisão pelas inflamadas reações dela decorrentes, está presente no voto divergente do Justice Scalia em *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 995, 1002 (1992).

²⁰¹ Convém salientar que a idéia de Post e Siegel não equivale a compreender a Corte como um mero reflexo da opinião popular: “*We resist the idea that the Court simply decides cases in ways that reflect ‘popular opinion’ or ‘popular consensus’.* *The meaning of cases is often too complex to be captured by opinion polls; courts construct as well as reflect popular opinion; politics can be too contested to be captured by any notion of consensus to which adjudication can correspond.*” (POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, Op. Cit., p. 29). **Isto é:** nós resistimos à idéia de que a Corte simplesmente decide casos de modo a refletir a opinião pública ou o consenso popular. O significado dos casos é frequentemente complexo demais para ser captado por pesquisas de opinião; os tribunais tanto constroem quanto refletem a opinião pública; a política pode ser controvertida demais para ser captada por qualquer noção de consenso à qual possa corresponder a jurisdição.

um critério independente ou neutro de um saudável pluralismo político com base no qual se pudesse condenar tais julgados.

Apesar da teoria de Eskridge oportunamente alertar para a necessidade de que os juízes estejam cientes dos efeitos do *backlash* e considerar que este não deva ser evitado quando se trata de garantir a participação democrática, noções igualmente aplicáveis no Brasil, o problema com tal teoria é que ela deriva de uma forte visão substantiva do tipo de tolerância que deve sustentar o pluralismo, encobrendo uma séria de escolhas valorativas, incluindo escolhas sobre quem é justificadamente objeto de preconceito e se metas legislativas são suficientemente importantes para justificar o ônus sobre alguns membros da sociedade.

c) Cass Sunstein

Embora não concentre sua argumentação no fenômeno do *backlash*, Sunstein²⁰² considera que as decisões judiciais podem produzir intensa reação contrária, o que deslegitimaria tanto a Corte quanto a causa por ela acolhida, constituindo uma das razões para a defesa do chamado minimalismo, que recomenda decisões estreitas e superficiais, ao invés de amplas e profundas, de maneira que seja decidido um caso de cada vez, deixando a Corte de enveredar por questões de princípios e por amplos julgamentos que possam, depois, ser repudiados pela nação.

O minimalismo evoluiu para ser uma das abordagens acerca do papel do juiz no sistema constitucional americano, sendo uma das alternativas ao lado do fundamentalismo (originalismo), do perfeccionismo e do majoritarianismo²⁰³, passando a inspirar alguns setores progressistas desconfiados da jurisdição constitucional.

²⁰² Sunstein defende que as Cortes minimizem os fardos decisórios e a probabilidade de erros através do que se convencionou chamar de “minimalismo decisório”, pautado em decisões restritas, ainda que não necessariamente superficiais, que respeitem os precedentes e reconheçam o papel limitado do Poder Judiciário, analisando, dentre outros, os casos *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade*. Veja-se SUNSTEIN, Cass R.. Foreword: Leaving Things Undecided, *Harvard Law Review*, v. 110, 1996, p. 4 e *One Case at a Time: Judicial Minimalism on The Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 54.

²⁰³ O rol de abordagens é do próprio Sunstein e, em linhas bem gerais, pode-se dizer que o fundamentalismo/originalismo defende que a Constituição deve ser interpretada de acordo com o seu significado original; o perfeccionismo considera que a interpretação constitucional deve buscar fazer da Constituição a melhor possível; e o majoritarianismo sustenta a idéia de que as Cortes devem deferência às deliberações dos representantes eleitos. (SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes: Why extreme right-wing Courts are Wrong for America*. New York: Basic Books, 2005)

Cinco razões ofereceriam suporte ao minimalismo²⁰⁴: ele reduziria os custos da decisão para as Cortes; diminuiria os custos do erro decorrente de julgamentos equivocados, mantendo o respeito mútuo; reduziria as dificuldades relacionadas à racionalidade limitada, inclusive falta de antecipação de efeitos adversos; ajudaria a sociedade a lidar com pluralismo razoável; e conferiria maior espaço ao processo democrático, para que este possa se adaptar à evolução, produzir compromissos mútuos e acrescentar informações e perspectivas às questões legais.

Enquanto as três primeiras razões do minimalismo constituiriam considerações pragmáticas mais ou menos cogentes conforme o caso particular, tanto nos EUA quanto no Brasil, as duas últimas articulariam justificações sistemáticas para tanto, já tendo a última delas (democracia e espaço para a deliberação democrática) sido discutida durante a exposição do pensamento de Eskridge, incidindo Sunstein no mesmo equívoco deste, ao adotar uma visão juriscêntrica de que a decisão judicial seria incompatível com engajamento democrático²⁰⁵. Como visto, a proteção da Corte a um direito constitucional não implica, necessariamente, no fechamento das portas do debate político.

Na visão ora acolhida do constitucionalismo democrático, nem mesmo a Suprema Corte teria a capacidade de julgar uma controvérsia de maneira a retirá-la dos limites da política, muito embora a constitucionalização de um direito realmente altere a natureza da política democrática, focando o debate nas decisões judiciais, eliminando determinados resultados legislativos, introduzindo princípios constitucionais no debate, e, às vezes, inflamando as discussões, de forma que, ao invocarem direitos constitucionais, os juízes devem, sim, considerar o efeito de suas decisões sobre a política democrática. Porém, seria um erro imaginar a relação entre jurisdição constitucional e democracia como um jogo de soma zero, no qual a argumentação de uma necessariamente implicaria na diminuição da outra.

Se a constitucionalização de um direito pode restringir o campo de deliberação pública, pode também revigorar e transformar a política, de forma que a decisão da Corte sobre a constitucionalização deve ser avaliada conforme o direito envolvido e o caso concreto, até porque certos direitos podem ser requeridos pela democracia em si, como a liberdade de expressão e de associação, enquanto outros impõem limites à democracia em nome de ideais

²⁰⁴ SUNSTEIN, Cass R.. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on The Supreme Court*. Op. Cit., p. 53-54.

²⁰⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, Op. Cit., p. 33.

constitucionais fundamentais, como a proibição da tortura e o repúdio a práticas que perpetuam injustas relações de *status*.

De outro lado, Sunstein invoca, como quarta razão sistemática em prol do minimalismo, a justificação de que, numa sociedade heterogênea que discorda acerca de inúmeros assuntos, a interpretação da Constituição deveria ser feita de maneira a acomodar o pluralismo razoável, o que implicitamente traria o reconhecimento de que evitar o conflito seria necessário para a solidariedade social. As Cortes deveriam economizar em argumentos morais, recusando-se a desafiar profundas convicções morais, a menos que isso fosse estritamente indispensável à decisão do caso concreto, de forma a possibilitar o consenso quando necessário e a torná-lo desnecessário quando impossível (*incompletely theorized agreement*)²⁰⁶. Assim, a Corte promoveria estabilidade²⁰⁷ e respeito mútuo.

Por isso, o minimalismo consideraria o conflito como uma ameaça à coesão social e à legitimidade constitucional, enquanto o constitucionalismo democrático acredita na possibilidade de que a controvérsia acerca do significado constitucional possa promover coesão sob condições heterogêneas, podendo o “acordo incompleto” buscado pelo minimalismo ser contraproducente ao inibir formas de engajamento popular que contribuam, justamente, para a coesão e estabilidade sociais que se pretende proteger.

O constitucionalismo democrático reconhece que, ao se engajarem em disputas sobre o significado constitucional, os cidadãos se unem por compreensões e práticas comuns e, ao invocarem a Constituição para criticarem decisões judiciais, eles se identificam com o documento fundamental. A invocação da Constituição como um poderoso símbolo do compromisso do povo demonstra que o *backlash* pode reforçar a coesão social e a legitimidade constitucional numa sociedade heterogênea. Por isso, o minimalismo, ao afastar a conexão entre a jurisdição constitucional e o significado constitucional para evitar conflito,

²⁰⁶ SUNSTEIN, Cass R.. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on The Supreme Court*. Op. Cit., p. 50.

²⁰⁷ Apesar da preocupação com a estabilidade, Sunstein afirma que: “*Stability is only one value, and for good societies it is not the most important one... Since 1950 our constitutional system has not been entirely stable; the document has been reinterpreted to ban racial segregation, to protect the right to vote, to forbid sex discrimination, and to contain a robust principle of free speech. Should we really have sought more stability?*” (SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes: Why extreme right-wing Courts are Wrong for America*. Op. Cit., p. 76). De acordo com Post e Siegel, essa passagem de Sunstein assumiria que uma justificação para o direito constitucional seria expressar valores sociais fundamentais, os quais, contudo, não poderiam ser deduzidos do minimalismo, mas extraídos dos ideais acolhidos pela Constituição e utilizados como guias. (POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, Op. Cit., p. 31-32). **Em português:** *a estabilidade é apenas um valor, e para as boas sociedades não é o mais importante... desde 1950 nosso sistema constitucional não tem sido inteiramente estável; o documento tem sido reinterpretado para banir a segregação racial, para proteger o direito de votar, para proibir a discriminação sexual, e para conter um forte princípio de liberdade de expressão. Deveríamos realmente ter buscado mais estabilidade?*

acabaria por podar as práticas de engajamento político que o constitucionalismo democrático identifica como fonte da estabilidade social.

Restaria a segunda razão invocada por Sunstein em favor do minimalismo, no sentido de que os casos deveriam ser decididos de forma a manter o respeito mútuo entre grupos divergentes na sociedade pluralista, sugerindo que *Roe v. Wade* poderia ser evitada se a Corte tivesse preservado uma postura neutra face às perspectivas discordantes.

Embora sedutor, o argumento não resistiria às constatações históricas²⁰⁸, segundo as quais o *backlash* não seria uma resposta ao excesso judicial, já que a mobilização contra *Roe* era parte de um movimento maior, essencialmente católico, contrário a qualquer tentativa de legalização do aborto, judicial ou legislativa. Ademais, tal mobilização se expandiu, acrescida de protestantes e evangélicos, para questionar proteções constitucionais à igualdade de gênero e ao secularismo²⁰⁹, pregando valores familiares tradicionais e a importância da religião na vida pública, evidenciando a incompatibilidade dessa visão com compromissos constitucionais progressivos.

Nessas circunstâncias, em que a mobilização contrária a *Roe* não foi simplesmente uma reação à decisão judicial nem se restringiu ao aborto, a aspiração por mútuo respeito não oferece muito norte na negociação das controvérsias atualmente produzidas pela *Roe v. Wade*. Assim como não solucionou as discussões que surgiram no Brasil em decorrência da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre pesquisas com células tronco embrionárias, nem solucionará as futuras decisões do STF sobre união homoafetiva e aborto do feto anencefálico (que serão analisadas no Capítulo 3), que desafiam a interpretação constitucional a decidir quais ideais constitucionais devem ser defendidos.

Primeiramente, convém distinguir entre as críticas formuladas no seio do debate profissional acadêmico e jurisprudencial acerca do excesso judicial e os argumentos políticos lançados no debate público, pois os americanos que ingressaram na política para se oporem a

²⁰⁸ Para um histórico detalhado sobre a natureza e alcance do *backlash* envolvendo *Roe v. Wade*, veja-se, mais uma vez, POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe v. Wade: Democratic Constitutionalism and Backlash*, Op. Cit., p. 39-66.

²⁰⁹ A amplitude que o movimento assumiu, contrariamente ao humanismo secular, foi assim resumida no “Special Report on Secular Humanism vs. Christianity”, da *Christian Harvest Times*, de 1980: “*To understand humanism is to understand women’s liberation, the ERA, gay rights, children’s rights, abortion, sex education, the ‘new’ morality, evolution, values clarification, situational ethics, the loss of patriotism, and many of the other problems that are tearing America apart today.*” (MARTIN, William M. *With Good on our side: The rise of the religious right in America*. New York: Broadway Books, 1996, p. 196) **Novas palavras:** compreender o humanismo é compreender a liberação feminina, a Equal Rights Amendment (emenda da igualdade de direitos), os direitos dos gays, os direitos das crianças, o aborto, a educação sexual, a nova moralidade, a evolução, o esclarecimento de valores, a ética situacional, a perda de patriotismo, e muitos outros problemas que hoje estão dividindo a América.

Roe estavam primariamente preocupados com a questão substancial do aborto e, não, com questões de técnica judicial ou com o papel do Judiciário na democracia. Mais que isso, esses movimentos passaram a invocar, na esfera pública, objeções religiosas ao aborto²¹⁰, ao invés de direitos fundamentais ou argumentos científicos, atacando o secularismo de que *Roe* seria um reflexo. E não parece que no Brasil esses debates serão muito diferentes.

Em segundo lugar, o direito ao aborto passou a ser visto como símbolo da revolução na família e nas práticas sexuais, associado ao movimento feminista pela libertação das mulheres e que provocou forte oposição, unindo conservadores contra o aborto para protegerem os valores familiares tradicionais, o que se converteu na plataforma do partido republicano em 1980²¹¹. A construção do aborto como uma ameaça aos valores familiares não foi produzida por *Roe* nem prevista pela Corte por ocasião do seu julgamento²¹², mas este teria sido convertido num símbolo do secularismo e da desintegração da família pelos setores conservadores da sociedade.

Em suma, o *backlash* anti-aborto refletiria uma visão constitucional voltada à preservação da tradicional família norte-americana e à resistência da secularização do Estado, o que demonstra que *Roe rage* não é resultado do excesso judicial (*judicial overreaching*), transcendendo questões de técnicas de *judicial review*. O minimalismo estaria, portanto, diante de uma ambigüidade: saber se a Corte deveria evitar decisões controvertidas, como *Roe*, mesmo que o direito seja constitucionalmente justificado (o que certamente não procede); ou se a Corte deveria adotar decisões consistentes com o respeito mútuo, tendo *Roe*

²¹⁰ Tais argumentos não constituem uma razão pública num Estado liberal democrático, pois desconsideram que, no espaço de deliberação e decisão política, somente são admissíveis as razões que se pode esperar que sejam aceitas por outros cidadãos que não compartilham da mesma consmvisão religiosa, filosófica e moral (RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, ou na versão *Liberalismo Político*. Tradução João Sedas Nunes. Lisboa: Editorial Presença, 1997).

²¹¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, Op. Cit., p. 52.

²¹² Segundo Post e Siegel, “*The internal architecture of the Roe opinion strongly suggests that the Justices who joined it had little idea of the inflammatory meanings that would later be attributed to it. As we have noted, (...) the Justices President Nixon appointed to the Court were oriented to the political conflicts of the 1960s, which involved race and crime, and did not anticipate the controversies over gender and family values that would engulf the last half of the 1970s.*” (POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, Op. Cit., p. 52). **Ou seja:** a arquitetura interna do julgamento de *Roe* sugere fortemente que os Juízes que votaram tinham pouca noção dos significados inflamantes que seriam depois atribuídos ao julgado. Como observamos, (...) os Juízes que o Presidente Nixon indicou para a Corte estavam familiarizados com os conflitos políticos dos anos sessenta, os quais envolviam raça e crime, e não anteciparam as controvérsias sobre gênero e valores familiares que iriam dominar a segunda metade dos anos setenta.

sido equivocada por desrespeitar os integrantes da coalizão a favor da vida e contra o aborto²¹³.

Se por respeito se entender que a Corte deveria permanecer neutra frente a visões constitucionais antagônicas, a análise anteriormente feita do caso *Roe* demonstraria que, em determinadas circunstâncias, é impossível essa pretendida neutralidade. Diante de ideais incompatíveis - como os progressistas, de que as questões familiares e religiosas competem à esfera individual e não podem ser impostas pelo Estado, e os conservadores, de que a proteção ao individualismo contraria os valores tradicionais da família e da fé -, o Judiciário, norte-americano ou brasileiro, deve fazer escolhas.

Diversamente, caso se compreenda respeito como o dever das Cortes de não decidirem os casos de uma maneira que os grupos divergentes possam entender ofensiva, isso significaria que o Judiciário somente poderia reconhecer direitos constitucionais que expressassem valores incontroversos.

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal não deveria permitir as pesquisas com células tronco embrionárias, a união de pessoas do mesmo sexo ou o aborto do feto anencefálico, pois assim estaria desrespeitando os valores da parte conservadora da sociedade brasileira. E a Suprema Corte dos EUA não deveria ter abolido a segregação escolar em *Brown v. Board of Education* porque, ao assim decidir, teria desrespeitado o modo de vida sulista, o que demonstra o equívoco do raciocínio, pois a jurisdição deve aplicar os direitos constitucionais, ainda que leve em consideração a sua relação com a democracia e com o desacordo cultural porventura existente. Até porque adotar esse entendimento implicaria assumir, por via oblíqua, que determinados direitos constitucionais não mereceriam proteção constitucional, o que nada tem a ver com respeito, mas com uma análise valorativa²¹⁴.

Isso não afasta o reconhecimento de que possa ser prudente evitar determinados conflitos constitucionais, especialmente quando o seu enfrentamento se mostre desnecessário no bojo da jurisdição constitucional casuística, devendo os juízes terem consciência da resposta popular que seus julgamentos podem despertar, o que, porém, nem sempre é possível antever. Apenas significa que, diferentemente do minimalismo - que propõe uma metodologia voltada para evitar *backlash* independentemente do direito em jogo e das circunstâncias de sua aplicação -, o constitucionalismo democrático não faz da fuga do *backlash* uma regra

²¹³ As duas possíveis interpretações desse respeito mútuo, a seguir resumidas, foram feitas por POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, Op. Cit., p. 58.

²¹⁴ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, Op. Cit., p. 58-59.

geral da jurisdição que possa se opor à melhor compreensão do direito constitucional²¹⁵, o que nos parece adequado.

Sem desconsiderar os riscos do *backlash*, o constitucionalismo democrático propõe que se considere o outro lado da moeda, levando-se em consideração as construtivas funções sociais do desacordo, na medida em que a contínua discussão dos grupos da sociedade sobre o sentido da Constituição mantém tais grupos comprometidos com a mesma ordem constitucional e, concomitantemente, é a consideração de tais visões, pela jurisdição constitucional, que confere legitimidade ao *judicial review*²¹⁶.

Um exemplo de como o Judiciário pode ser bem-sucedido em lidar, sem minimalismo, com a controvérsia constitucional poderia ser encontrado no julgamento do caso *Planned Parenthood v. Casey*²¹⁷, em que, demonstrando respeito tanto pelos opositores ao aborto quanto pelos defensores de tal direito, a Suprema Corte norte-americana, ao invés de evitar o conflito, tentou conduzi-lo rumo a um consenso fundado no conhecimento, no sentido de que, embora reafirmado o direito ao aborto, fosse autorizada legislação que encorajasse a mãe a levar adiante a gravidez, seja pelos argumentos filosóficos ou sociais, seja pelas possibilidades de adoção e assistência estatal.

Casey ilustraria uma decisão constitucional democraticamente sensível às pressões populares e simultaneamente comprometida com a autonomia política, conciliando bem a tensão entre independência judicial e legitimidade democrática. Um julgamento através do qual a Suprema Corte teria enfrentado a controvérsia moral e utilizado a flexibilidade jurídica para mediar o conflito, guiando o diálogo público sobre práticas sociais bastante controvertidas e moldando os debates sociais²¹⁸.

²¹⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, Op. Cit., p. 59.

²¹⁶ “*Social movements and political parties, in turn, influence public opinion and shape who sits on the judiciary. Shifts in public opinion and in the ideological character of the judiciary, in turn, produce changes in constitutional interpretation and constitutional doctrine. What gives the system of judicial review its legitimacy, in other words, is its responsiveness – over the long run – to society’s competing views about what the Constitution means.*” (BALKIN, Jack. *Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution*. *Tulsa Law Review*, v. 39, 2004, p. 485-505. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=510482). **Traduzindo para o português:** *os movimentos sociais e os partidos políticos, de um lado, influenciam a opinião pública e moldam aqueles que ingressam no Judiciário. Mudanças na opinião pública e no caráter ideológico do Judiciário, por sua vez, produzem mudanças na interpretação constitucional e na doutrina constitucional. O que dá legitimidade ao sistema do judicial review, em outras palavras, é sua capacidade de ser responsivo ou sensível - ao longo do tempo - às opiniões contrárias da sociedade sobre o que a Constituição significa.*

²¹⁷ 505 U.S. 833 (1992)

²¹⁸ Sobre a judicialização da política e a dinâmica da mudança: SWEET, Alec Stone. *Judicialization and the Construction of Governance*. In SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics and Judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002, p. 55-90, uma versão anterior disponível em <http://www.irlle.berkeley.edu/culture/papers/Sweet.pdf>.

Em suma, o julgamento proferido em *Casey* demonstraria que o *judicial review* e o desacordo social não seriam incompatíveis, podendo o direito constitucional emergir da controvérsia política²¹⁹, enriquecendo-se com o *backlash*, inclusive porque controvérsias sobre temas tão sensíveis não são simplesmente transpostas por estratégias jurídicas anti-conflitos²²⁰.

Trazendo essa discussão para o Brasil, seria aconselhável que o Supremo Tribunal Federal tivesse maior cautela ao decidir determinados casos cuja solução seria satisfatoriamente minimalista, evitando desnecessárias invocações de princípios e discussões profundas e freando, inclusive, a tentação de editar súmulas vinculantes demasiadamente amplas e não antecedidas do requisito de reiterados precedentes, pretendendo solucionar, de pronto, questões complexas. Noutras palavras, às vezes Sunstein tem razão e basta decidir um caso de cada vez. Mas, quando isso não for possível e o julgamento efetivamente demandar discussões amplas e principiológicas, especialmente quando em jogo direitos essenciais à democracia como a liberdade de expressão e a proteção de minorias, o receio de *backlash* não pode obstar tais decisões, devendo esse exame ser feito caso a caso.

2.3.3. Legitimidade da mutação Constitucional via decisão judicial

Ultrapassada a inicial euforia com a ascensão do Poder Judiciário e a ampliação da jurisdição constitucional, em grande parte decorrente da retomada dos princípios constitucionais, do surgimento da ponderação, da constitucionalização do direito e do desenvolvimento da argumentação jurídica, surgem tentativas de limitar o excesso do

²¹⁹ FRIEDMAN, Barry. The importance of being positive: The Nature and Fuction of Judicial Review. Op. Cit., p. 1257-1294.

²²⁰ “*The controversies about religion, family and gender that animate Roe rage are now joined in politics and in judicial decisionmaking. They can not be escaped by strategies of conflict avoidance. (...) The question is which constitutional vision will influence the Court; it is not whether the Court will express a constitutional vision. This essay offers a jurisprudential model, democratic constitutionalism, which explores the deep and inevitable interdependence of constitutional law and politics. Constitutional law embodies a nomos, and fidelity to that nomos demands engagement that is both legal and political.*” (POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, Op. Cit., p. 65-66). **Isto é:** as controvérsias sobre religião, família e gênero que inspiram a ira contra Roe estão agora ligadas à política e às tomadas de decisões judiciais. Não se pode fugir delas através de estratégias de fuga de conflitos. (...) A questão é qual visão constitucional vai influenciar a Corte; e, não, se a Corte vai expressar uma visão constitucional. Este ensaio oferece um modelo jurisprudencial, constitucionalismo democrático, que explora a profunda e inevitável interdependência entre a política e o direito constitucional. O direito constitucional abrange um ‘nomos’ (do grego: regra ou conduta), e a fidelidade a esse ‘nomos’ exige um engajamento ao mesmo tempo jurídico e político.

Judiciário, das quais são exemplos a retomada das críticas ao *déficit* de legitimidade do *judicial review* e a defesa de uma jurisdição constitucional mais neutra ou contida.

A preocupação com o alcance das decisões judiciais se faz notar especialmente naqueles temas sensíveis e sobre os quais há forte controvérsia social e política, o que faz com que julgamentos que incidam sobre tais questões ensejem, não raramente, violenta reação contrária de setores da sociedade, comumente designada, no direito norte-americano, de *backlash*, mas não estranhas ao direito brasileiro, onde seriam apenas mais suaves e raras. Essa reação pode ser ainda mais desconcertante quando a fixação do significado de um direito constitucional, sobre o qual não há consenso social, é feita mediante interpretação judicial, sem a correspondente alteração do texto normativo, ou seja, quando ocorrem as chamadas mutações constitucionais.

Nesse tópico, analisaram-se as relações entre o Poder Judiciário e o *backlash*, destacando-se como esse fenômeno, corriqueiramente entendido apenas como uma ameaça à autoridade judicial e à solidariedade social, além de representar, em certos casos, uma conseqüência inevitável da aplicação dos direitos fundamentais, pode ter o efeito construtivo de contribuir para a integridade constitucional e sua legitimidade democrática.

Para tanto, foram sinteticamente expostas as teses de Michael Klarman, William Eskridge e Cass Sunstein acerca do papel da jurisdição constitucional e do *backlash*, considerado por Klarman como um sinal de má desempenho e ativismo das Cortes, que assim alteram a ordem natural das mudanças, e por Eskridge e Sunstein como um conflito constitucional a ser evitado, deixando aberto o processo político e favorecendo o pluralismo (Eskridge) e adotando uma postura judicial minimalista, voltada para o caso concreto e que evite escolhas valorativas (Sunstein).

Embora pertinentes as advertências sobre excesso judicial, as preocupações com o pluralismo político e com uma postura, por vezes, minimalista, o confronto de tais teorias com o constitucionalismo democrático proposto por Robert Post e Reva Siegal e acolhido nessa dissertação, evidencia que um certo grau de conflito pode ser inevitável à afirmação dos direitos constitucionais, seja essa afirmação decorrente do Legislativo ou do Judiciário, pois a resistência à mudança do *status quo* não pode obstar o reconhecimento de direitos fundamentais. Mais que isso, a controvérsia despertada pela decisão judicial pode ter a vantagem de produzir engajamento político e compromisso constitucional, promovendo o debate público que vai conferir legitimidade democrática ao significado constitucional.

Como o direito constitucional sofre mudanças temporais, a aferição da legitimidade desse sistema passa, não só pelo atual conteúdo constitucional, mas também pela crença na legitimidade futura desse conteúdo, de maneira que os membros da comunidade política possam se considerar integrantes de um projeto constitucional inacabado e que se estende no tempo.

Também por isso, a legitimidade desse sistema constitucional depende da existência de métodos de aferição (*feedback*), formais e informais, através dos quais os membros daquela comunidade política possam contestar e desafiar compreensões dominantes do conteúdo constitucional que lhes pareçam equivocadas. Num ordenamento jurídico que adote o modelo do *judicial review*, devem haver métodos, inclusive informais, que permitam que interpretações constitucionais divergentes possam moldar, influenciar e afetar as interpretações constitucionais oficiais. Mais do que conferir ao Judiciário a última palavra sobre o significado constitucional, a legitimidade reside na abertura para interpretações constitucionais diversas daquela oficial²²¹.

O *backlash* seria um mecanismo informal de *feedback* que faz com que o rumo da mudança constitucional seja popularmente responsivo, garantindo que uma Constituição digna de respeito não perca a sua legitimidade com o decorrer dos anos²²². Apesar da menor

²²¹ Sobre a necessidade desses mecanismos de *feedback*, confira-se, no original, Jack Balkin: “*Rational reconstruction of the system may be increasingly difficult to manage if the direction of change takes the system further and further from one’s preferred political values. Therefore the legitimacy of the system requires that there be some method of feedback—whether formal or informal—through which members of the political community can critique and change the dominant understandings of the constitutional/legal system. In terms of the American constitutional system, with its practice of judicial review, there must be formal or informal methods through which protestant constitutional interpreters can shape, influence, and affect judicial interpretations of the Constitution*”. (BALKIN, Jack. *Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution*. Op. Cit., p. 493-494). **Tradução livre:** a reconstrução racional do sistema pode ficar progressivamente mais difícil ser gerenciada se a direção da mudança levar o sistema cada vez mais para longe dos valores políticos preferidos das pessoas. Por essa razão, a legitimidade do sistema requer que haja algum método de ‘feedback’ - formal ou informal - através do qual os membros da comunidade política possam criticar e mudar os significados dominantes do sistema constitucional/legal. No sistema constitucional americano, com sua prática de ‘judicial review’, é preciso haver métodos formais ou informais através dos quais insatisfeitos intérpretes constitucionais possam moldar, influenciar e afetar interpretações judiciais da Constituição.

²²² Dentre os mecanismos de *feedback*, Balkin menciona os partidos políticos e os movimentos sociais: “*There are two standard ways by which protestant constitutional interpretations influence the development of constitutional norms. The first is through the political party system, which promotes particular interpretations of the Constitution through legislation and judicial appointments. The second is through social movement contestation, which attempts to change attitudes (especially elite attitudes) about what the Constitution means, and hence influences judicial decisionmaking, because judges are largely drawn from elites. Thus, a pro-life citizen can influence the development of the Constitution in one of two ways.*” (BALKIN, Jack. *Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution*. Op. Cit., p. 504). **Em português:** há dois meios pelos quais interpretações constitucionais divergentes influenciam o desenvolvimento de normas constitucionais. O primeiro é através do sistema de partidos políticos, que promove interpretações particulares da Constituição através da legislação e indicações judiciais. O segundo é através da contestação do movimento social, que tenta mudar

longevidade e do maior detalhamento da Constituição Federal de 1988 quando comparada à norte-americana - o que confere à brasileira menor distanciamento temporal do constituinte originário e menor plasticidade a suas normas -, as mutações constitucionais também se multiplicam aqui e podem extrair do *backlash* efeitos positivos à legitimidade constitucional.

2.4. Mutações Constitucionais e Poderes Legislativo e Executivo

Embora seja constante associar-se a mudança informal à atividade jurisdicional e tal associação enseje ricos debates, como retro demonstrado, não é somente o Poder Judiciário que realiza mutações constitucionais, já que todos os órgãos legislativos, judiciários e executivos participam da interpretação constitucional de modos diversos, mudando paulatinamente a feição da Constituição e imprimindo-lhe conteúdo renovado. Valorizar essa interpretação constitucional não-judicial poderia contribuir para reduzir a tensão entre constitucionalismo e democracia²²³.

Até porque, numa democracia pluralista, o legislador, o administrador e o juiz trabalham diariamente na busca do bem comum em distintos níveis da hierarquia normativa, mas em todas as áreas jurídicas e no contexto de várias funções estatais. Por isso, apesar da Constituição enunciar valores voltados para a realização do bem comum (como a dignidade da pessoa humana), todos os Poderes recebem os influxos da sociedade acerca da idéia dinâmica de bem comum, de modo que este acaba sendo definido historicamente²²⁴.

O presente tópico centra suas atenções nos papéis, bem menos explorados pela doutrina, que os Poderes Legislativo e Executivo²²⁵ podem desempenhar nas mutações constitucionais, seja promovendo essas mudanças de sentido, sem alteração do texto

attitudes (especialmente attitudes da elite) sobre o que a Constituição significa, e assim influencia decisões judiciais, porque grande parte dos juízes vêm de elites. Assim, um cidadão pró-vida pode influenciar o desenvolvimento da Constituição de uma dessas duas maneiras.

²²³ TUSHNET, Mark. Interpretation in Legislatures and Courts: incentives and institutional design. In LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: the theory and practice of Constitutional Amendment*. Op. Cit., p. 355.

²²⁴ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Tradución de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2003, p. 210-245.

²²⁵ A presente análise não esgota as formas pelas quais tais poderes podem ocasionar mutações constitucionais e, no tocante ao Poder Executivo, considerar-se-á apenas a sua participação pontual na indicação e nomeação dos Ministros do STF e na iniciativa do processo legislativo em si, embora se saiba que os atos administrativos integram a teia da mutação constitucional, uma vez que *“los límites de la jurisdicción constitucional no se pueden, por último, fijar desde la perspectiva del método jurídico, pues todos los otros órganos del Estado están vinculados a la Ley Fundamental en la misma manera que el Tribunal y, por ello, no sólo están legitimados, sino obligados a interpretar la Constitución según determinadas reglas de interpretación constitucional”* (SCHNEIDER, Hans-Peter. *Jurisdicción Constitucional y Separación de Poderes*. Traducción: Joaquin Abellan. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Op. Cit., p. 39).

constitucional, seja afastando algumas mudanças feitas pelo Judiciário, como resposta democrática aos rumos da interpretação constitucional. Diga-se, de passagem, que a análise aqui feita considera a atuação que tais Poderes *podiam* ter na mudança constitucional, apesar da atual crise²²⁶ que se abateu sobre o Legislativo nacional indicar que ele está aquém do seu potencial democrático.

Evitando incorrer em idealizações²²⁷ e de forma bastante pragmática, a participação ativa dos Poderes Legislativo e Executivo pátrios nas mutações constitucionais pode ocorrer, principalmente, de três formas ou em três momentos distintos, a seguir individualmente abordados: a) no processo de aprovação e nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; b) no processo legislativo em si, através de emendas constitucionais, leis e outros atos legislativos; c) na suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta última hipótese – suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por constituir, em si mesma, objeto de polêmica acerca da possível mutação constitucional sofrida pelo dispositivo que a prevê (art. 52, X, CF/88), será analisada detalhadamente no Capítulo 3. Aqui, é suficiente lembrar que tal norma pode ensejar uma resposta do Legislativo Federal, através do Senado, a decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no controle difuso de constitucionalidade, reforçando tais decisões ao conferir-lhes efeitos *erga omnes* mediante a suspensão da execução da lei ou, de outro lado, questionando tais decisões declaratórias de inconstitucionalidade e deixando a discussão em aberto (ao menos até que o STF edite súmula vinculante sobre o tema) ao rejeitar a suspensão da lei.

Por fim, não se desconhece que notadamente o Poder Executivo pratica uma infinidade de atos administrativos que, ao interpretarem a Constituição, podem contribuir para mutações constitucionais, não estando a sua participação restrita à indicação e nomeação de Ministros do STF nem à iniciativa do processo legislativo em si. Por ora, basta dizer que a Administração Pública, ao ditar políticas públicas, criar programas de governo e Secretarias

²²⁶ É fato público e notório que a sucessão de escândalos no Congresso Nacional brasileiro – desde os anões do orçamento, passando pelo Mensalão, pelos Sanguessugas e até os recentes atos secretos eivados de nepotismo – abalou a credibilidade dessa instituição tão essencial à democracia representativa.

²²⁷ Interessante a crítica de Larry Kramer, que, de um lado, resgata o caráter deliberativo e aberto do Poder Legislativo, ainda que os compromissos de grupo sejam eventualmente inevitáveis e que esse Poder tenha, por força das circunstâncias, tornado-se mais burocratizado, com debates nos bastidores e nas comissões, ao invés de nas sessões públicas; e, de outro, desmistifica a idéia romântica que envolve os juízes da Suprema Corte, igualmente forçada a se burocratizar e a descentralizar o trabalho para assessores, restringindo os debates orais e pouco deliberando coletivamente, além de nem sempre serem juízes desinteressados. (KRAMER, Larry. *The People themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 238-240).

ou Conselhos com finalidades específicas participa das mutações constitucionais de diversas formas, que variam conforme os direitos envolvidos, como ficará evidente durante o exame do caso das ações afirmativas (Capítulo 3).

2.4.1. Aprovação e nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal

Juízes da Suprema Corte não estão completamente desconectados das instituições democraticamente eleitas²²⁸ e desprezar esse vínculo de legitimação democrática seria um equívoco, independentemente dos mecanismos de distanciamento do povo e do poder político que incidem sobre o Judiciário, para o bem e para o mal.

A menor ou maior legitimidade democrática do juiz constitucional é uma das circunstâncias relevantes na objeção democrática à jurisdição constitucional, já que o sistema do *judicial review* permite que o Judiciário invalide atos praticados por representantes legislativos e administrativos periodicamente eleitos. Duas medidas podem reduzir a intensidade do *déficit* democrático das Cortes Constitucionais, sem alterar substancialmente o desenho institucional do *judicial review*: a designação dos juízes constitucionais por órgãos políticos representativos e a previsão de mandato para os mesmos²²⁹.

Ora, a Constituição da República de 1988 expressamente determina que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, embora vitalícios, somente sejam nomeados, pelo Presidente da República, após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal, por maioria absoluta

²²⁸ Acerca da legitimidade democrática do Judiciário, pertinentes os dizeres de Owen Fiss: “*The democratic ideal should be applied to the political system as a whole and should not be used to ascertain the legitimacy of each component within the system. As a test of the system, democracy only requires that each component be linked to public officials and institutions that are responsive to popular sentiment. Thus, although the judiciary may not be directly responsive to the people, as the legislature is, it is sufficiently embedded within a larger system of democratic governance to meet the objection that judicial review is undemocratic. Although Justices of the Supreme Court are not elected, they are appointed by elected officials. (...) Democracy only requires that those links between the judiciary and popular sentiment are sufficiently robust to justify the judiciary as part of the larger system.*” (FISS, Owen. *Between supremacy and exclusivity*. In BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. Cambridge-New York: Cambridge University Press, 2006, p. 462). **Ou seja:** o ideal democrático deveria ser aplicado ao sistema político como um todo e não deveria ser usado para averiguar a legitimidade de cada componente dentro do sistema. Como um teste do sistema, a democracia apenas requer que cada componente seja ligado a agentes e instituições públicas que sejam responsivos ou sensíveis ao sentimento popular. Assim, embora o Judiciário possa não ser diretamente responsivo ao povo, como a legislatura é, ele está suficientemente vinculado a um sistema mais amplo de governo democrático para refutar a objeção de que o ‘judicial review’ seja não-democrático. Embora os Juízes da Suprema Corte não sejam eleitos, eles são nomeados por agentes públicos eleitos. (...) A democracia somente demanda que aqueles elos entre o Judiciário e o sentimento popular sejam suficientemente fortes para justificar o Judiciário como parte do sistema mais amplo.

²²⁹ Sobre essas e outras circunstâncias que provocam a objeção democrática à jurisdição constitucional: COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2007, p. 43-46.

(art. 52, III, 'a' c/c art. 101, parágrafo único, CF/88). Na Europa, a aprovação dos nomes a integrarem as Cortes Constitucionais requer, igualmente, uma supermaioria em uma ou ambas as Casas parlamentares, garantindo uma base de legitimidade a essas jurisdições constitucionais, reforçada pela existência de mandato, a assegurar permanente renovação e sintonia com as mudanças sociais²³⁰.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, que tem procedimento bastante semelhante ao brasileiro, bem ilustra como os Poderes Executivo e Legislativo podem, indiretamente, influir na mudança da interpretação constitucional mediante a alteração da composição da Corte, ainda que o grau dessa interferência dependa de uma série de variáveis²³¹, como o número de cargos vagos durante o mandato de um Presidente.

Essa foi a vantagem usufruída pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva, que detém o recorde histórico nacional por ter nomeado, entre 2003 e 2009, nada menos que 8 (oito) Ministros para o Supremo Tribunal Federal, tendo sido por ele indicados 7 (sete) dos atuais 11 (onze) Ministros daquela Corte²³². Embora a origem da nomeação não seja obviamente garantia de voto favorável ao governo, dada a vitaliciedade e independência funcional que os Ministros adquirem no cargo, não se desconsidera o poder que tais nomeações têm de interferir no perfil ideológico e jurídico da Corte.

Tanto é assim que, logo após a promulgação da Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal ainda manteve uma interpretação constitucional retrógrada e desconectada dos anseios da nova ordem constitucional, fruto da permanência da antiga composição da Corte, o que só começou a se alterar a partir das nomeações dos Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello, ambas feitas pelo então Presidente José Sarney, em 1989.

²³⁰ DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (Org.). *Teoria da Mudança Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 8.

²³¹ "After all, each President's power to influence the Court depends on the vagaries of death and resignation. A significant number of vacancies may open up during the term(s) of an ideological President who lacks bread and deep support. Given the ease with which Senatorial confirmation battles can obscure the underlying issues, it is just too easy for randomly selected Presidents to revolutionize constitutional law without the kind of popular support required in dualist theory." (ACKERMAN, Bruce. *We The People: Transformations*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 405). **Noutras palavras:** *afinal de contas, o poder de cada Presidente de influenciar a Corte depende dos caprichos da morte e das renúncias. Um significativo número de vagas pode surgir durante o(s) mandato(s) de um Presidente ideológico ao qual falte sustentação e apoio intenso. Dada a facilidade com que as batalhas de confirmação Senatorial podem obscurecer questões subjacentes, é simplesmente muito fácil que Presidentes selecionados ao acaso revolucionem o direito constitucional sem o tipo de apoio popular exigido na teoria dualista.*

²³² Dado o falecimento do Min. Menezes Direito, sucedido pelo Min. Dias Toffoli, ambos nomeados por Lula. Confira-se o histórico das nomeações para o STF em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_23_1009.pdf

Por outro lado, a possibilidade de que as nomeações sejam utilizadas até mesmo para tumultuar os trabalhos do tribunal se fez presente no Brasil pré-Constituição de 1988, quando o Supremo Tribunal Federal ficou meses sem funcionar por falta de preenchimento dos cargos vagos, diante da omissão do Presidente da República²³³.

Considerando-se o crescente protagonismo que o Judiciário tem desempenhado na mutação constitucional, conforme amplamente demonstrado no tópico anterior, a amplitude do controle de constitucionalidade brasileiro²³⁴, os mecanismos de que o Supremo dispõe para orientar a jurisdição constitucional em todo o País²³⁵ e a vasta gama de suas competências²³⁶, o fato dos Poderes Executivo e Legislativo poderem interferir na composição da maior Corte do país não pode ser desprezado, mesmo que o Parlamento pátrio ainda não tenha se dado conta dessa realidade, ao contrário do que já ocorre com o Presidente da República, que tem conferido relevância política às suas indicações.

Tampouco se deve almejar o exagero que ocorre na aprovação dos nomes dos Ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos nem perder de vista que a sabatina brasileira compete somente ao Senado Federal, precípuo representante da Federação (não havendo, pois, participação da Câmara dos Deputados, maior representante do povo) e ocorre em votação secreta, ainda que precedida de sessão de arguição pública. O procedimento envolve menos debate democrático do que seria desejável, especialmente quando o partido do Presidente tem maioria no Senado, o que facilita as nomeações²³⁷.

²³³ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Vol. I – Defesa das liberdades civis, 1891-1898. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 3.

²³⁴ Ao conjugar os controles difuso e concentrado e prever a ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle de constitucionalidade atingiu, no Brasil, feições inegavelmente amplas (art. 102, I, ‘a’ e §1º, CF/88).

²³⁵ Como, por exemplo, a reclamação e a edição de súmulas vinculantes (art. 102, I, ‘I’ e art. 103-A, CF/88).

²³⁶ Inclusive com competências originárias impróprias para uma verdadeira Corte Constitucional, que levaram a um excesso de processos no STF: VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 441-459, 2008.

²³⁷ Como alerta Ackerman: “*Changing the Constitution by changing the Court is also less democratic, especially since the process of gaining Senatorial consent does not invite the mass participation properly required for a new constitutional beginning. (...) If the Senate is controlled by the same party as the President, the hearings may serve as a very superficial probe indeed. Even if a different party is in control, hearings are inadequate. Since concerned participants have little prior notice of the vacancy and the nominee, they cannot mobilize a sustained constitutional debate in the country on the underlying issues. (...) Surely we can do better than this to organize public participation in a process of debate and decision that may, over time, yield decisive changes in constitutional doctrine.*” (ACKERMAN, Bruce. *We The People: Transformations*. Op. Cit., p. 405-406). Saliente-se que o autor tenta, adiante, formular um modelo que, baseado na legitimidade conquistada pela reeleição presidencial, adapte-se à realidade norte-americana e minimize essas fraquezas das nomeações dos juízes da Suprema Corte. **Traduzindo:** *mudar a Constituição mudando a Corte é também menos democrático, especialmente quando o processo para obter o consentimento Senatorial não convida a participação de massa adequadamente requerida para um novo começo constitucional. (...) Se o Senado for controlado pelo mesmo partido que o Presidente, as audiências podem servir como uma sindicância realmente muito superficial. Mesmo se um partido diferente estiver no controle, as audiências são inadequadas. Já que os participantes envolvidos*

Mas algum grau de legitimidade democrática decorre desse processo em que, não só o Executivo, mas igualmente o Legislativo, se quiser, pode adotar posição ativa, ao invés de simplesmente cancelar a indicação do Presidente da República, como vem fazendo o Senado brasileiro. E isso seria especialmente desejável quando se vislumbrasse o perigo de que tais indicações deixassem de deter simplesmente viés ideológico e jurídico, como é de se esperar, para assumirem feições nitidamente partidárias e pessoais, em desrespeito aos requisitos constitucionais exigidos para o cargo (notório saber jurídico e reputação ilibada, além da idade mínima de trinta e cinco anos) e à independência dos Ministros do Supremo Tribunal Federal²³⁸.

Aliás, críticas e preocupações com a independência dos Ministros frente ao governo que os nomeou fizeram com que Ministros da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, tidos como componentes de uma “maioria automática”, fossem destituídos mediante julgamento político (*impeachment*) ou impelidos a renunciar em 2003. A partir de então, por força de um decreto presidencial²³⁹, foram traçados parâmetros para a transparência na seleção de candidatos a Ministros daquela Corte, devendo ser observados, além da idoneidade moral e jurídica, sua trajetória e compromisso com os direitos humanos e os valores democráticos e diversidade de gênero, especialidade e procedência regional relativamente à composição do tribunal à época.

Além disso, o procedimento prevê que todos os candidatos à Corte argentina passem por um processo de exposição pública através dos meios de comunicação, com a publicação de currículo no diário oficial, em dois jornais de grande circulação e no sítio do Ministério da Justiça, para discussão da sociedade civil e, após três meses, o Presidente da República avalia

têm pouca informação prévia sobre a vaga e a pessoa indicada para ela, eles não conseguem mobilizar um debate constitucional que tenha sustentação no país sobre as questões essenciais. Certamente, podemos fazer melhor que isso para organizar a participação pública num processo de debate e decisão que pode, ao longo do tempo, permitir mudanças decisivas na doutrina constitucional.

²³⁸ A polêmica anterior à sabatina, no Senado, do atual Min. Dias Toffoli, decorrente do histórico do então candidato como advogado do Partido dos Trabalhadores e do próprio Lula, nas eleições de 2002 e 2006, além da pendência de ação de improbidade administrativa em face dele e do currículo considerado regular, foi amplamente divulgada na mídia, mas não impediu que a sua aprovação fosse meramente protocolar: KRAMER, Dora. Toffoli 10, Senado 0. *Jornal O Estado de São Paulo*. 02 Out. 2009; CABRAL, Otávio. A toga não agradece: ex-advogado de Lula chega ao STF, mas a tradição da casa é sempre esquecer o passado. *Revista Veja*, Ed. 2133. 07 de Out. 2009, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_231009.pdf, acesso em 16/02/2010.

²³⁹ Trata-se do Decreto Presidencial nº 222/2003, publicado no Boletim Oficial Argentino em 20.06.2003 e disponível em <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/86247/norma.htm>, acesso em 16.02.2010. O primeiro Ministro a ser nomeado após exposição pública foi Eugenio Raul Zaffaroni. Disponível em <http://buscar.lanacion.com.ar/'Eugenio%20Zaffaroni'?filter=locations:Inadi&sort=default>, acesso em 16.02.2010.

o apoio ou a rejeição para, então, apresentar ou não a nomeação do candidato ao Senado, que o aprova com a maioria de dois terços. Os candidatos ainda têm que apresentar declarações de bens pessoais, do cônjuge e dos filhos menores, além das associações civis, sociedades comerciais e escritórios de advocacia que integraram nos últimos oito anos, nomes de clientes e compromissos que possam afetar a imparcialidade, em virtude de atividades próprias, do cônjuge, de ascendentes ou descendentes em primeiro grau, para permitir a análise de incompatibilidades ou conflitos de interesses.

Embora o Brasil não possua regulamentação semelhante do procedimento de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal - sendo a idéia interessante para conferir maior transparência e alguma objetividade à escolha, bem como rumo à sabatina do Senado -, é certo que o desenho institucional da Constituição em vigor já permite que o Poder Executivo, responsável pelas indicações, e o Legislativo, encarregado das aprovações, tenham participação, ainda que pontual, mas prévia e decisiva no processo de escolha dos Ministros do STF, indicando, rejeitando ou aceitando determinados nomes conforme o perfil do candidato em questões sensíveis, especialmente aquelas que inevitavelmente serão julgadas pela Corte²⁴⁰.

Ainda que se trate de meio indireto ou anômalo²⁴¹ de se interferir nos rumos da mudança constitucional, a nomeação de Ministros pode conduzir à alteração da interpretação constitucional judicial e, portanto, a mutações constitucionais.

²⁴⁰ Aliás, a nomeação do falecido Min. Carlos Alberto Menezes Direito para o Supremo Tribunal Federal, em 2007, foi apoiada pela Igreja Católica, através da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, e teve forte viés ideológico, ao colocar naquela Corte, prestes a julgar a constitucionalidade de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias e de união de pessoas do mesmo sexo, um jurista conservador e de conhecida formação católica, além de católico militante, já que integrante da União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro (FREITAS, Silvana de; NUBLAT, Johanna. De maioria católica, STF julga uso de embriões nesta quarta-feira. *Folha de São Paulo*. 02/03/2008, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u377746.shtml>, acesso em 07/03/2010).

²⁴¹ Sobre outros meios anômalos ou indiretos de reação política ao excesso judicial, polemiza Larry Kramer: “*The Constitution leaves room for countless political responses to an overly assertive Court: Justices can be impeached, the Court’s budget can be slashed, the President can ignore its mandates, Congress can strip it of jurisdiction or shrink its size or pack it with new members or give it burdensome new responsibilities or revise its procedures. The means are available, and they have been used to great effect when necessary – used, we should note, not by disreputable or failed leaders, but for some of the most admired Presidents and Congresses in American history.*” (KRAMER, Larry. *The People themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Op. Cit., p 249). **O que quer equivale a dizer que:** a Constituição deixa espaço para incontáveis respostas políticas a uma Corte demasiadamente agressiva: os Juízes podem sofrer impeachment, o orçamento da Corte pode ser reduzido, o Presidente pode ignorar os mandatos de seus membros, o Congresso pode retirar a sua jurisdição, restringi-la, abarrotá-la com novos membros, dar a ela novas e pesadas responsabilidades ou revisar seus procedimentos. Os meios estão disponíveis e têm sido efetivamente usados quando necessário - usados, convém observar, não por líderes fracassados ou de má reputação, mas por alguns dos mais admirados Presidentes e Congressistas da história americana.

2.4.2. Processo legislativo: emendas constitucionais, leis e outros atos legislativos

Num segundo e mais relevante momento, o Executivo e o Legislativo podem interferir nos rumos da mudança constitucional através do processo legislativo em si, propondo e aprovando emendas constitucionais que, por exemplo, rechacem mutações empreendidas pelo Judiciário, bem como editando leis que, ao regulamentarem ou concretizarem dispositivos constitucionais, ditam determinadas interpretações e afastam outras, podendo ocasionar ou afastar mutações constitucionais.

De início, ressalte-se que o Poder Executivo participa da interpretação legislativa na medida em que intervém no processo legislativo, seja através da iniciativa de projetos de lei, seja da sanção ou do veto, notadamente quando este é fundamentado na inconstitucionalidade da norma editada.

Como as emendas constitucionais se inserem no âmbito da reforma constitucional e a relação dialética entre reforma e mutação já foi abordada no Capítulo 1, o seu estudo detalhado foge ao escopo deste tópico, bastando salientar a possibilidade de que a reforma seja uma resposta à mutação. Dois exemplos ilustram bem a hipótese.

Após reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal afirmando ser inconstitucional a cobrança de taxa de iluminação pública, por se tratar de serviço inespecífico e indivisível²⁴², inclusive com a edição da Súmula 670, dispondo que o serviço de iluminação pública não poderia ser remunerado por meio de taxa, o Congresso Nacional aprovou a Emenda constitucional nº 39/2002, incluindo o art. 149-A à Constituição Federal e admitindo a cobrança de contribuição pelo serviço de iluminação pública. Após a reforma, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da exação, agora através de contribuição tributária²⁴³.

²⁴² STF, RE 233332/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 14.05.1999, p. 24: “*EMENTA: TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE NITERÓI. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ARTS. 176 E 179 DA LEI MUNICIPAL Nº 480, DE 24.11.83, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 1.244, DE 20.12.93. Tributo de exação inviável, posto ter por fato gerador serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, a ser custeado por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais. Recurso não conhecido, com declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos sob epígrafe, que instituíram a taxa no município.*”

²⁴³ STF, RE 573675/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 22.05.2009, que tem a seguinte ementa: “*EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RE INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - COSIP. ART. 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR 7/2002, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ, SANTA CATARINA. COBRANÇA REALIZADA NA FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. UNIVERSO DE CONTRIBUINTES QUE NÃO COINCIDE COM O DE BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O CUSTO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO DE ENERGIA. PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA QUE*

Semelhantemente, o Supremo Tribunal Federal havia consolidado o entendimento de que seria inconstitucional a progressividade fiscal das alíquotas do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU²⁴⁴, tributo que, nos termos da Súmula nº 668, somente admitiria a progressividade extrafiscal para assegurar o cumprimento da função social da propriedade. Em resposta à interpretação judicial daquela Corte, o Poder Legislativo editou a Emenda Constitucional nº 29/2000, alterando o texto constitucional para permitir a progressividade fiscal do IPTU, interpretação que parece ter sido acatada pelo STF²⁴⁵, ainda que não tenha sido diretamente questionada, ao menos por enquanto.

No que toca às leis, não se trata de inverter a supremacia constitucional e de interpretar a Constituição à luz da lei, mas de reconhecer que, dada a amplitude semântica das normas constitucionais, o legislador, assim como o juiz, desempenha papel relevante na concretização

EXPRESSA O RATEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO MUNICÍPIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. EXAÇÃO QUE RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I - Lei que restringe os contribuintes da COSIP aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública. II - A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva. III - Tributo de caráter sui generis, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. IV - Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. V - Recurso extraordinário conhecido e improvido.”

²⁴⁴ STF, RE 153771/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 05.09.1997, p. 41892: “EMENTA: - IPTU. Progressividade. - No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. - Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). - A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. - Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o sub-item 2.2.3 do setor II da Tabela III da Lei 5.641, de 22.12.89, no município de Belo Horizonte.”

²⁴⁵ STF, RE 212558/RS, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, 13.08.2004, p. 284, cuja ementa atenta para a resposta legislativa: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPTU. MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. LC 285/92. MUDANÇA NA PLANTA DE VALORES. ALÍQUOTA PROGRESSIVA. IMÓVEL RESIDENCIAL E NÃO-RESIDENCIAL. DIFERENÇA NA BASE DE CÁLCULO. 1. O Tribunal a quo, ao analisar a legislação tributária do Município de Porto Alegre, concluiu que a majoração na base de cálculo do IPTU se deu mediante a aprovação da competente lei complementar. Afastada a alegação de ofensa ao princípio da legalidade. 2. Antes da edição da EC nº 29/2000, este Supremo Tribunal decidiu que é inconstitucional qualquer progressividade do IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. Súmula nº 668. 3. O acórdão recorrido, além de julgar legítima a norma que diminuiu apenas base de cálculo do IPTU incidente sobre imóveis residenciais, entendeu que eventual declaração de sua inconstitucionalidade em nada aproveitaria aos recorrentes. Apenas o primeiro destes fundamentos foi impugnado no extraordinário. Incidência da Súmula STF nº 283. 4. Recurso extraordinário conhecido em parte e, nessa parte, provido, para afastar a cobrança de alíquotas progressivas do IPTU.”

dos seus dispositivos, interpretando, mediante leis, a Constituição²⁴⁶, constituindo a interpretação constitucional legislativa uma das mais importantes interpretações orgânicas²⁴⁷.

Não é a toa que a tarefa de conhecer a Constituição de um país se revela árdua sem o conhecimento da respectiva legislação infraconstitucional²⁴⁸, já que, ao editar leis ordinárias e, com maior razão, leis complementares, o legislador examina a compatibilidade da norma com o texto constitucional, não raro enfatizando novos aspectos da norma constitucional, adaptando-a à realidade, ampliando-lhe o alcance ou conferindo-lhe contornos revigorados²⁴⁹.

No processo legislativo, busca-se o significado da norma constitucional para complementá-la e dar continuidade à obra do poder constituinte, tarefa que assume maior discricionariedade legislativa em se tratando de desdobramentos legislativos de princípios constitucionais, em que há um leque, muitas vezes amplo, das alternativas a serem adotadas para a integração ou concretização da Constituição.

De um lado, a tentativa de afastar determinadas interpretações judiciais não se mostra somente na aprovação de emendas constitucionais, mas, às vezes, vem revestida em leis ordinárias, sendo interessante citarem-se dois exemplos, ressaltando-se que várias das mudanças de interpretação constitucional, a seguir mencionadas, ocorreram graças à alteração da composição da Corte constitucional.

Desde 1964, o Supremo Tribunal Federal adotava a Súmula 394, cujo enunciado dizia que, cometido o crime durante o exercício funcional, prevalecia a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após a cessação daquele exercício. Em 1999, a Corte, por unanimidade, mudou o seu entendimento e

²⁴⁶ “Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre com el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece em un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sofre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación.” (JELLINEK, Georg. *Reforma e Mutación de la Constitución*. Traducción de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 16).

²⁴⁷ “A mutação constitucional legislativa ocorre quando, por essa via, se transmuda o sentido atribuído aos conceitos fixados pela norma constitucional, para adaptá-la a realidades novas, a situações distintas, a momentos e circunstâncias sociais, políticas ou econômicas diferentes; ocorre, também, quando se altera, se amplia ou se restringe o programa apenas esboçado pela norma constitucional; ocorre, ainda, quando se preenchem vazios constitucionais, se suprem omissões, se esclarecem obscuridades, dando-se, por via legislativa, novo alcance ao texto constitucional, que irá abranger situações novas ou disciplinar, de modo atual e definido, comportamentos imprecisamente previstos na Constituição.” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 92).

²⁴⁸ Como já dizia FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 159.

²⁴⁹ Segundo Miguel Reale, “cada lei promulgada representa a negação de mil outras possíveis, constitui o termo de uma seleção e de um pronunciamento, segundo critérios variáveis que só podem ser apreciados em concreto, em função de cada caso particular.” (REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Martins, 1970, p. 305).

cancelou a referida súmula²⁵⁰, ao considerar que a extensão do foro por prerrogativa de função a ex-autoridades não estaria em consonância com a Constituição de 1988 e que, como privilégio que não encontra exemplar no direito comparado e que representa exceção ao princípio da isonomia, não mereceria interpretação ampliativa.

Na tentativa de afastar o novo entendimento judicial, revigorar a Súmula 394 do STF e restabelecer o foro por prerrogativa de função para ex-detentores de cargos ou mandatos públicos, estendendo-o para fins de improbidade administrativa, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal. A interpretação autêntica, embora no âmbito criminal refletisse o entendimento sumulado que, durante anos, prevaleceu na Corte (salvo no tocante às ações de improbidade administrativa), acabou sendo declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal²⁵¹,

²⁵⁰ STF, INQ 687/99 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 09.11.2001, p. 44, com a seguinte ementa: “**EMENTA:** - DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PROCESSO CRIMINAL CONTRA EX-DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA DE JUÍZO DE 1º GRAU. NÃO MAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CANCELAMENTO DA SÚMULA 394. 1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis nºs 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segunda a qual, “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. 2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, “b”, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar “os membros do Congresso Nacional”, nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, “b” e “c”). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteg er quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é contraditória no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos. 3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário. 4. Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou”.

²⁵¹ STF, ADI 2797/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006, p. 37, cuja ementa, no que interessa, tem o seguinte teor: “(...) III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo

que manteve o entendimento judicial mais recente.

Situação parecida ocorreu relativamente à progressão de regime de pena nos crimes hediondos. Há anos, o Supremo Tribunal Federal, ao argumento de que a garantia de individualização da pena poderia ser concretizada de acordo com a opção do legislador, vinha adotando o posicionamento de que o art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, que vedava a progressão de regime em tais delitos, seria constitucional²⁵². Posteriormente, com base em interpretação

Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L . 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal -salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal. 2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado.”

²⁵² STF, RE 69657/SP, Tribunal Pleno, Rel. p/acórdão, Min. Francisco Rezek, DJ 18.06.1993, p. 12111: “Habeas corpus. Lei dos crimes hediondos. Pena cumprida necessariamente em regime fechado. Constitucionalidade do artigo 2. Par. 1. Da lei 8072. Trafico ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o artigo 2. Par. 1. Da lei 8072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime

diversa da mesma garantia constitucional de individualização da pena, o Supremo Tribunal Federal passou a considerar inconstitucional a vedação à progressão de regime de pena nos crimes hediondos²⁵³.

Em consequência e para não equiparar totalmente a progressão da pena dos condenados por crimes hediondos aos condenados pelos demais delitos (que dependem do cumprimento de 1/6 da pena), o Congresso Nacional editou a Lei nº 11.467/2007, alterando a Lei nº 8.072/90 para prever a possibilidade de progressão mediante o cumprimento de 2/5 ou 3/5 da pena, conforme o caso, entendimento que foi acatado pelo Supremo Tribunal Federal, com as inevitáveis restrições decorrentes da irretroatividade da lei penal menos benéfica ao acusado²⁵⁴.

Um pouco diferente, e talvez mais relevante, é o debate acerca do trancamento da pauta legislativa decorrente da existência de medidas provisórias pendentes de deliberação, discussão que se encontra no cerne do processo legislativo nacional e que demonstra que outros atos legislativos podem ensejar mutação constitucional.

Diante da dificuldade de controlar os requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias e da sucessiva reedição destas, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 32/2001, objetivando coibir a desenfreada edição de medidas provisórias e induzir a deliberação legislativa sobre as mesmas.

fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente a caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual a fixação da pena, sobretudo no que se refere a intensidade da mesma. Habeas corpus indeferido por maioria.”

²⁵³ STF, HC 82959/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01.09.2006, p. 18: “*PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.”*

²⁵⁴ STF, 89976/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24.04.2009: “*DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. FATO ANTERIOR À LEI 11.343/06. PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL. CONCESSÃO DA ORDEM. (...) 6. E, no tema referente à progressão do regime prisional, levando em conta que - considerada a orientação que passou a existir nesta Corte à luz do precedente no HC 82.959/SP - o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico ao condenado em matéria de requisito temporal (1/6 da pena), comparativamente ao sistema implantado pela Lei nº 11.646/07 (2/5 ou 3/5, dependendo do caso), deve ser concedida a ordem para que haja o exame do pedido de progressão do regime prisional do paciente, levando em conta o requisito temporal de 1/6 da pena fixada. 7. Ordem concedida para que se proceda ao exame, pelo juízo competente, da presença (ou não) dos requisitos do art. 44, do Código Penal, e da progressão do regime prisional.”*

De acordo com a redação dada pela emenda ao art. 62, §6º da CF/88, caso não apreciada em 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação, a medida provisória entraria em regime de urgência em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até a sua votação, todas as demais deliberações legislativas do Plenário da respectiva Casa. Tornou-se, então, freqüente o trancamento da pauta legislativa devido à pendência de apreciação de medidas provisórias.

Contudo, diante do delicado momento que atravessa o Congresso Nacional, imerso em grave crise de legitimidade, o Presidente da Câmara dos Deputados, na tentativa de resgatar a capacidade do Legislativo federal de deliberar sobre os temas relevantes para o país e se desprender da agenda presidencial ditada pelas inúmeras medidas provisórias que trancam a pauta, inaugurou, em resposta a uma questão de ordem, o entendimento de que a pendência de apreciação de medidas provisórias somente sobrestaria a deliberação dos projetos de lei ordinária e as sessões ordinárias, mas não trancaria a pauta daquelas extraordinárias²⁵⁵.

Tal decisão, assentada em relevantes argumentos políticos e jurídicos²⁵⁶, foi

²⁵⁵ A decisão proferida pelo Presidente da Câmara dos Deputados tem, em síntese, o seguinte teor: “*Responde à questão de ordem do Deputado Regis de Oliveira com uma reformulação e ampliação da interpretação sobre quais são as matérias abrangidas pela expressão ‘deliberações legislativas’ para os fins de sobrestamento da pauta por medida provisória nos termos da Constituição; entende que, sendo a medida provisória um instrumento que só pode dispor sobre temas atinentes a leis ordinárias, apenas os projetos de lei ordinária que tenham por objeto matéria passível de edição de medida provisória estariam por ela sobrestados; desta forma, considera não estarem sujeitas às regras de sobrestamento, além das propostas de emenda à Constituição, dos projetos de lei complementar, dos decretos legislativos e das resoluções - estas objeto inicial da questão de ordem - as matérias elencadas no inciso I do art. 62 da Constituição Federal, as quais tampouco podem ser objeto de medidas provisórias; decide, ainda, que as medidas provisórias continuarão sobrestando as sessões deliberativas ordinárias da Câmara dos Deputados, mas não trancarão a pauta das sessões extraordinárias.*”

²⁵⁶ Apesar de longa, merece ser conhecida a fundamentação adotada pelo Presidente da Câmara dos Deputados: “(...) quero dizer - já faço uma síntese preliminar – que, além das resoluções, que podem ser votadas apesar do trancamento da pauta por uma medida provisória, também assim pode ocorrer com as emendas à Constituição, com a lei complementar, com os decretos legislativos e, naturalmente, com as resoluções.

Dou um fundamento para esta minha posição.

O primeiro fundamento é de natureza meramente política. Os senhores sabem o quanto esta Casa tem sido criticada, porque praticamente paralisamos as votações em face das medidas provisórias. Basta registrar que temos hoje 10 medidas provisórias e uma décima primeira que voltou do Senado Federal, porque lá houve emenda, que trancam a pauta dos nossos trabalhos. Num critério temporal bastante otimista, essa pauta só será destrancada no meio ou no final de maio, isso se ainda não voltarem para cá outras medidas provisórias do Senado Federal, com eventuais emendas, ou, ainda, outras vierem a ser editadas de modo a trancar a pauta.

Portanto, se não encontrarmos uma solução, no caso, interpretativa do texto constitucional que nos permita o destrancamento da pauta, nós vamos passar, Deputadas e Deputados, praticamente esse ano sem conseguir levar adiante as propostas que tramitam por esta Casa que não sejam as medidas provisórias. Aqui, estou me cingindo a colocações de natureza política. Eu quero, portanto, dar uma resposta à sociedade brasileira, dizendo que nós encontramos, aqui, uma solução que vai nos permitir legislar. (...)

Fechada a explicação de natureza política, eu quero dar uma explicação de natureza jurídica que me leva a esse destrancamento. A primeira afirmação que quero fazer, agora sob o foco jurídico, é uma afirmação de natureza genérica. (...)

Uma primeira é que esta Constituição - sabemos todos – inaugurou, política e juridicamente, um estado democrático de direito. Não precisamos ressaltar que nasceu como fruto do combate ao autoritarismo. Não precisamos ressaltar que surgiu para debelar o centralismo. Não precisamos repisar que surgiu para igualar os

questionada perante o Supremo Tribunal Federal através da impetração de mandado de

poderes e, portanto, para impedir que um dos poderes tivesse uma atuação política e juridicamente superior à de outro poder, o que ocorria no período anterior à Constituinte de 1988. (...)

E, na seqüência, estabeleceu uma igualdade absoluta entre os poderes do Estado, ou seja, eliminou aquela ordem jurídica anterior que dava prevalência ao Poder Executivo e, no particular, ao Presidente da República. (...)

Ao distribuir essas funções, a soberania popular, expressada na Constituinte, estabeleceu funções distintas para órgãos distintos. Para dizer uma obviedade, Executivo executa, Legislativo legisla e Judiciário julga.

Portanto, a função primacial, primeira, típica, identificadora de cada um dos poderes é esta: execução, legislação e jurisdição. (...)

No caso do Legislativo, essa atividade foi entregue ao órgão do poder chamado Poder Legislativo.

Pode haver exceção a esse princípio? Digo eu: pode e há. Tanto que, em matéria legislativa, o Poder Executivo, por meio do Presidente da República, pode editar medidas provisórias com força de lei, na expressão constitucional. É uma exceção ao princípio segundo o qual ao Legislativo incumbe legislar. (...)

Então, volto a dizer: toda vez que há uma exceção, esta interpretação não pode ser ampliativa. Ao contrário. A interpretação é restritiva. Toda e qualquer exceção retirante de uma parcela de poder de um dos órgãos de Governo, de um dos órgãos de poder, para outro órgão de Governo, só pode ser interpretada restritivamente.

Muito bem. Então, registrado que há uma exceção, nós vamos ao art. 62 e lá verificamos o seguinte: que a medida provisória, se não examinada no prazo de 45 dias, sobresta todas as demais deliberações legislativas na Casa em que estiver tramitando a medida provisória. Mas, aí, surge uma pergunta: de que deliberação legislativa está tratando o texto constitucional? E eu, aqui, faço mais uma consideração genérica.

A interpretação mais prestante na ordem jurídica do texto constitucional é a interpretação sistêmica. Quer dizer, eu só consigo desvendar os segredos de um dispositivo constitucional se eu encaixá-lo no sistema. É o sistema que me permite a interpretação correta do texto. A interpretação literal - para usar um vocábulo mais forte - é a mais pedestre das interpretações.

Então, se eu ficar na interpretação literal, 'todas as deliberações legislativas', eu digo, nenhuma delas pode ser objeto de apreciação. Mas não é isso o que diz o texto. Eu pergunto, e a pergunta é importante: uma medida provisória pode versar sobre matéria de lei complementar? Não pode. Há uma vedação expressa no texto constitucional. A medida provisória pode modificar a Constituição? Não pode. Só a emenda constitucional pode fazê-lo. A medida provisória pode tratar de uma matéria referente a decreto legislativo, por exemplo, declarar a guerra ou fazer a paz, que é objeto de decreto legislativo? Não pode. A medida provisória pode editar uma resolução sobre o Regimento Interno da Câmara ou do Senado? Não pode. Isto é matéria de decreto legislativo e de resolução. Aliás, aqui faço um parêntese: imaginem os senhores o que significa o trancamento da pauta. Se hoje estourasse um conflito entre o Brasil e um outro país, e o Presidente mandasse uma mensagem para declarar a guerra, nós não poderíamos expedir o decreto legislativo, porque a pauta está trancada até maio. Então, nós mandaríamos avisar: só a partir do dia 15 ou 20 de maio nós vamos poder apreciar esse decreto legislativo. Não é?

Então, em face dessas circunstâncias, a interpretação que se dá a essa expressão 'todas as deliberações legislativas' são todas as deliberações legislativas ordinárias. Apenas as leis ordinárias é que não podem trancar a pauta. E ademais disso, mesmo no tocante às leis ordinárias, algumas delas estão excepcionadas. O art. 62, no inciso I, ao tratar das leis ordinárias que não podem ser objeto de medida provisória, estabelece as leis ordinárias sobre nacionalidade, cidadania e outros tantos temas que estão elencados no art. 62, inciso I. Então, nestas matérias também, digo eu, não há trancamento da pauta.

Esta interpretação, como V. Exas. percebem, é uma interpretação do sistema constitucional. O sistema constitucional nos indica isso, sob pena de termos que dizer o seguinte: (...) a Constituinte de 1988 não produziu o Estado Democrático de Direito; a Constituinte de 1988 não produziu a igualdade entre os órgãos do Poder. A Constituinte de 1988 produziu um sistema de separação de Poderes, em que o Poder Executivo é mais relevante, é maior, politicamente, do que o Legislativo, tanto é maior que basta um gesto excepcional de natureza legislativa para paralisar as atividades do Poder Legislativo. Poderíamos até exagerar e dizer: na verdade o que se quis foi apenas o Poder Legislativo. Ou seja, se o Legislativo não examinou essa medida provisória, que nasceu do sacrossanto Poder Executivo, o Legislativo paralisa as suas atividades e passa naturalmente a ser chicoteado pela opinião pública.

Por isso que, ao dar esta interpretação, o que quero significar é que as medidas provisórias evidentemente continuarão na pauta das sessões ordinárias, e continuarão trancando a pauta das sessões ordinárias, não trancarão a pauta das sessões extraordinárias (...)."

segurança por parlamentar daquela Casa legislativa (MS 27931/DF), com fundamento no direito líquido e certo à observância do devido processo legislativo constitucional, instaurando-se a jurisdição constitucional acerca da interpretação atribuída pelo Presidente da Câmara dos Deputados ao art. 62, §6º da CF/88.

Embora, por um lado, pareça inequívoco que a interpretação legislativa retirou considerável parte da eficácia do referido dispositivo constitucional, que tinha por finalidade trancar a pauta da respectiva Casa legislativa até a votação das MPs, por outro lado, ao indeferir a medida liminar naquele mandado de segurança, o Ministro Relator considerou ausente a plausibilidade jurídica do pedido, eis que relevante o receio de hegemonia do Executivo e de degradação e esvaziamento do Legislativo, bem como a tentativa de reequilibrar as relações institucionais entre os dois Poderes, de forma que o diálogo institucional não se converta em desequilíbrio sistêmico e preponderância institucional²⁵⁷.

Isso exemplifica, também, como mutações constitucionais podem interferir em arranjos institucionais e em regras de competência, ainda que reflexamente, muito embora esse não seja o foro natural das mutações, que devem ser analisadas com muita cautela nessa seara, dada a necessidade de estabilidade e os riscos aí envolvidos.

²⁵⁷ STF, MS 27931/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJE 62, 31.03.2009. Da decisão do relator, extrai-se o seguinte trecho: “As razões expostas pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados põem em evidência um fato que não podemos ignorar: o de que a crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem causado profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. (...)”

Se é certo, de um lado, que o diálogo institucional entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo há de ser desenvolvido com observância dos marcos regulatórios que a própria Constituição da República define, não é menos exato, de outro, que a Lei Fundamental há de ser interpretada de modo compatível com o postulado da separação de poderes, em ordem a evitar exegeses que estabeleçam a preponderância institucional de um dos Poderes do Estado sobre os demais, notadamente se, de tal interpretação, puder resultar o comprometimento (ou, até mesmo, a esterilização) do normal exercício, pelos órgãos da soberania nacional, das funções típicas que lhes foram outorgadas.

Na realidade, a expansão do poder presidencial, em tema de desempenho da função (anômala) de legislar, além de viabilizar a possibilidade de uma preocupante ingerência do Chefe do Poder Executivo da União no tratamento unilateral de questões, que, historicamente, sempre pertenceram à esfera de atuação institucional dos corpos legislativos, introduz fator de desequilíbrio sistêmico que atinge, afeta e desconsidera a essência da ordem democrática, cujos fundamentos - apoiados em razões de garantia política e de segurança jurídica dos cidadãos - conferem justificação teórica ao princípio da reserva de Parlamento e ao postulado da separação de poderes. (...)”

Mais do que isso, a decisão em causa teria a virtude de devolver, à Câmara dos Deputados, o poder de agenda, que representa prerrogativa institucional das mais relevantes, capaz de permitir, a essa Casa do Parlamento brasileiro, o poder de selecionar e de apreciar, de modo inteiramente autônomo, as matérias que considere revestidas de importância política, social, cultural, econômica e jurídica para a vida do País, o que ensejará – na visão e na perspectiva do Poder Legislativo (e não nas do Presidente da República) - a formulação e a concretização, pela instância parlamentar, de uma pauta temática própria, sem prejuízo da observância do bloqueio procedimental a que se refere o § 6º do art. 62 da Constituição, considerada, quanto a essa obstrução ritual, a interpretação que lhe deu o Senhor Presidente da Câmara dos Deputados.”

Os exemplos acima demonstram, a um só tempo, como a interpretação constitucional pode adaptar o texto da Constituição Federal às mudanças na realidade, como o Poder Legislativo pode se engajar no debate acerca da melhor interpretação dos dispositivos constitucionais e como todos os Poderes vivem num constante diálogo constitucional.

Além dessas respostas legislativas às decisões judiciais, há outras formas de interpretação constitucional legislativa. Em tópico anterior, em que se abordou a idéia de *living Constitution*, mencionou-se a relevância dos *landmark statutes* para a mutação constitucional, noção que merece ser agora aprofundada.

Tais estatutos ou leis especiais – também conhecidos como *superstatutes* ou *framework statutes* – consistem numa lei ou série de leis que definem ou protegem certos valores e direitos fundamentais, e, por vezes, estabelecem instituições fundamentais, normas que progressivamente aderem à cultura jurídica pública e acabam espalhando seus efeitos pelos ramos jurídicos, afetando a Constituição e o discurso constitucional²⁵⁸.

Referidas leis, editadas em resposta a movimentos ou demandas sociais, ratificam que a mudança constitucional ocorre fora do processo de reforma, também conta com a participação de legisladores e agências e afigura-se contínua, ao invés de apenas episódica. Leis impulsionadas pela busca de novas e fundamentais diretrizes legais, que, na origem, podem ter suscitado conflito, mas que, graças ao positivo *feedback* popular, tornam-se estáveis (ainda que permanentemente debatidas) e de observância incontroversa por uma geração, vindo a afetar outros estatutos legais e a doutrina e jurisprudência constitucionais, ao inaugurarem um novo discurso.

O entendimento de que as mencionadas leis acarretam mutação constitucional, por certo, afasta-se das premissas do constitucionalismo tradicional, segundo o qual: a) a interpretação constitucional se restringe ao texto constitucional e as grandes mudanças constitucionais são acompanhadas de modificações neste; b) a interpretação e o significado constitucionais são ditados, essencialmente, pelos juízes; c) os estatutos devem ser

²⁵⁸ “(...) we maintain that fundamental rights at the dawn of the new millennium are more firmly and legitimately rooted in statutory claims recognize by legislatures and agencies as well as courts. The process by which fundamental norms stick in our society through statutory enactment, implementation, and interpretation is the heart of our project. Super-statutes have changed the way American public law evolves and ought to evolve.” (ESKRIDGE JR., William N.; FEREJOHN, John. *Super-statutes: The new American constitutionalism*. In BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. Cambridge-New York: Cambridge University Press, 2006). **Em português:** nós sustentamos que os direitos fundamentais, ao alvorecer do novo milênio, estão mais legítima e firmemente enraizados em reivindicações estatutárias reconhecidas por legislaturas e agências, assim como pelas Cortes. O processo pelo qual normas fundamentais aderem à nossa sociedade através da edição, implementação e interpretação estatutárias é o cerne do nosso projeto. Super-estatutos têm mudado o modo pelo qual o direito público americano evolui e deve evoluir.

consistentes e subordinados à Constituição, cujos princípios evoluem independentemente daqueles²⁵⁹.

Contudo, a nova compreensão teria as vantagens de ser democraticamente legítima, já que os legisladores possuem, em maior grau do que os juízes, as características da acessibilidade, da responsabilização e da diversidade; e atenta às capacidades institucionais, uma vez que o Legislativo tem, ao menos em tese, amplo acesso à informação e a diferentes pontos de vista, possui liberdade para abordar, simultaneamente, vários aspectos de um mesmo problema e tem a heterogeneidade como vantagem também funcional²⁶⁰.

Feitos esses esclarecimentos, nota-se que algumas leis brasileiras se aproximam da idéia de *landmark statutes*, inclusive pela reação que uma tentativa de sua revogação causaria na sociedade e no meio jurídico. Assim, dada a concretização de direitos fundamentais e a aderência à cultura jurídica pública que ensejaram, bem como aos efeitos reflexos que produziram em todos os ramos jurídicos e na interpretação constitucional dos respectivos direitos fundamentais, parece ser viável atribuir esse peso às Leis nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

De outro lado, diante do caráter mutável da interpretação legislativa, eis que normas legais posteriores poderão alterar interpretações antes dadas ao texto constitucional, às vezes uma reforma legislativa é suficiente para produzir mutações constitucionais ou, pelo menos, mudar significativamente a interpretação constitucional de determinado ramo jurídico. No âmbito do direito econômico, a Lei nº 8.031/90, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização e foi depois modificada pela Lei 9.491/97, parece essencialmente vinculada à concretização dos direitos constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, e à opção por determinada política econômica, ao determinar a privatização e o leilão de empresas prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividades econômicas.

Em que pese não caiba, aqui, adentrar no debate acerca da constitucionalidade de legislação desse jaez, tais normas parecem condizentes com a compreensão de que, diante dos princípios republicano, democrático e pluralista, compete às maiorias democraticamente eleitas conferir à livre iniciativa, por lei, conteúdo adequado às suas doutrinas abrangentes, já que as normas constitucionais que regulam a ordem econômica abrem espaço a interpretações

²⁵⁹ ESKRIDGE JR., William N.; FERREJOHN, John. Super-statutes: The new American constitutionalism. Op. Cit., p. 325-327.

²⁶⁰ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

ideologicamente divergentes²⁶¹.

Sem desvirtuar o esquema econômico capitalista inequivocamente acolhido pela Constituição de 1988, o legislador detém ampla margem de conformação, especialmente diante de compromissos dilatatórios sobre o modelo econômico brasileiro (se liberal ou social-dirigente), cujas diretrizes constitucionais abstratas permitem que a legislação reflita as condições históricas de seu tempo, sem que a Constituição fique refém de um ou outro modelo.

Provavelmente, uma vindoura reforma eleitoral também venha a produzir mutação constitucional, seja porque alguns temas polêmicos já tiveram resposta judicial, mas não legislativa (como fidelidade partidária, verticalização de coligações e elegibilidade de candidatos “ficha suja”; veja-se o Capítulo 3), seja porque alguns desdobramentos do sistema eleitoral, apesar de sua fundamental relevância constitucional, ficam a cargo da legislação infra-constitucional.

De toda sorte, parece suficiente a demonstração de que os Poderes Legislativo e Executivo contribuem para a mudança constitucional, tanto através de reforma, como através de mutação, vertente democrática que poderia ser melhor explorada, especialmente quando se pretende resgatar as instituições essencialmente democráticas e manter as decisões do Supremo Tribunal Federal em sintonia com o sentimento constitucional do povo brasileiro, ao menos quando isso for compatível com a Constituição Federal.

2.5. Mutação e diálogo constitucional

De tudo quanto foi dito, percebe-se que a definitividade das decisões judiciais não importa em imutabilidade e é salutar que assim seja, eis que *judicial review* não implica em monopólio da interpretação constitucional, nem esse sistema é capaz de gerar certeza absoluta²⁶², podendo tais decisões serem alteradas pelo próprio Judiciário ou serem objeto de

²⁶¹ Conforme SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentação e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 709-741.

²⁶² Nas palavras de Larry Kramer: “*The claim that we need judicial supremacy to settle matters and bring an end to conflict is straightforwardly empirical: that this claim is anything but obvious is equally straightforward. To begin with, there is no such thing as perfect finality or ‘settlement’ in law. Uncertainty and instability will always exist. Even in a regime of total judicial supremacy (...) The choice is not between order and chaos or stability and anarchy, but between different types of stability and different mechanisms for achieving it. (...) Clarity and finality obviously matter, but they are not the only values or even the most important ones in a legal system, and no one thinks we should pursue them at all costs.*” (KRAMER, Larry. *The People themselves:*

reação por outros Poderes ou pela sociedade²⁶³.

Todas as instituições participam de um processo contínuo de construção do significado constitucional, num diálogo²⁶⁴ constante em que cada Poder, em interação com a sociedade, contribui de maneira peculiar para a permanente adaptação do texto constitucional à realidade cambiante. A interpretação extrajudicial é inevitável, a questão é saber quanta deferência os Poderes devem conceder-se reciprocamente em cada caso²⁶⁵.

Seja no exercício da jurisdição constitucional (com seus *superprecedents*), seja na nomeação e aprovação de Ministros do Supremo Tribunal Federal, no processo legislativo em si (edição de emendas constitucionais e leis, especialmente *landmark statutes*) ou na suspensão de execução de lei declarada inconstitucional pelo STF, na própria dinâmica das relações entre os Poderes encontra-se o germe da mudança, devendo ser reconhecido o relevante papel de cada instituição como promotora de mutação constitucional²⁶⁶.

A tensão entre constitucionalismo e democracia poderia ser aliviada se o relacionamento institucional se desse de forma integrativa, ao invés de desafiadora, partindo da certeza de que nenhuma instituição é infalível na prestação da justiça procedimental imperfeita²⁶⁷.

popular constitutionalism and judicial review. Op. Cit., p. 234-236). **Isto é:** a alegação de que precisamos de supremacia judicial para resolver questões e pôr fim a conflitos é francamente empírica: que essa alegação é tudo exceto óbvia é igualmente correto. Para começar, não há essa coisa chamada resolução perfeita e acabada no direito. Incerteza e instabilidade sempre existirão. Mesmo num regime de supremacia judicial total. (...) A escolha não é entre ordem e caos, ou estabilidade e anarquia, mas entre diferentes tipos de estabilidade e diferentes mecanismos para alcançá-la. (...) Clareza e definição são obviamente relevantes, mas não são os únicos valores nem sequer os mais importantes num sistema legal, e ninguém acha que deveríamos buscá-los a qualquer custo.

²⁶³ Consoante Eskridge: “*Deliberate perspectives approach constitutionalism as a process by which our fundamental commitments are articulated and evolve. (...) They are not only more dynamic than Aristotelian or social contract models, but they also insist on a process of publicly accountable reasoning to elaborate on the nation’s values. (...) the goal of constitutional discourse is no longer to amend the Constitution (...), but to press for the adoption of super-statutes that change public norms through an ongoing administrative-judicial-legislative dialogue.*” (ESKRIDGE JR., William N.; FERREJOHN, John. *Super-statutes: The new American constitutionalism*. Op. cit., p. 329 e 349). **Tradução:** *perspectivas ponderadas abordam o constitucionalismo como um processo pelo qual nossos compromissos fundamentais são articulados e evoluem. (...) Eles não apenas são mais dinâmicos do que os modelos aristotélico ou de contrato social, mas também insistem em um processo de argumentação publicamente responsável para elaborar os valores da nação. (...) o objetivo do discurso constitucional não é mais emendar a Constituição (...), mas pressionar pela adoção de super-estatutos que mudem as normas públicas através de um contínuo diálogo legislativo-judicial-administrativo.*

²⁶⁴ FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

²⁶⁵ WHITTINGTON, Keith. Extrajudicial constitutional interpretation: three objections and responses. *North Carolina Law Review*, v. 80, 2001, p. 848.

²⁶⁶ TUSHNET, Mark. Interpretation in Legislatures and Courts: incentives and institutional design. In LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: the theory and practice of Constitutional Amendment*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995.

²⁶⁷ A noção de justiça procedimental imperfeita é melhor entendida através de sua comparação com as concepções de justiça procedimental pura e perfeita. Na *justiça procedimental pura*, não há critério independente

A Corte pode agir como contrapeso à política majoritária, combatendo a indiferença legislativa ou inserindo argumentos morais e de razão pública²⁶⁸ na interlocução institucional e fazendo com que o Legislativo e o Executivo também assumam responsabilidade na promoção dos valores constitucionais, enriquecendo a democracia. Nessa dinâmica, o Judiciário modularia contenção e ativismo conforme o desempenho do parlamento, daí surgindo novas interpretações, que refletem, em diferentes graus, a vontade popular, mediada pela interação institucional²⁶⁹.

Por mais desconcertante que isso possa soar, talvez não exista última palavra, ou esta seja, apenas, provisória, pois o fim de uma “rodada procedimental” ou circuito decisório entre os poderes pode conviver com nova mobilização política, em que o tema possa renascer no domínio da deliberação política, numa mesma geração ou em outra (os exemplos que serão citados no Capítulo 3 evidenciam isso). Se assim for, no lugar de competirem pela última palavra, as instituições travariam, numa relação horizontal e não hierarquizada, um diálogo permanente e cooperativo, na busca do melhor significado constitucional e nisso consistiria a separação de poderes²⁷⁰.

Mais do que discutir sobre juízes ou legisladores ideais, deve-se desviar o olhar para a integração que pode haver entre *judicial review* e processo legislativo, recusando-se uma visão juriscêntrica e que confira monopólio judicial à interpretação constitucional e rejeitando-se a obsessão pela última palavra. Não se trata de ignorar o conflito ou o desacordo, mas de compreender a complexidade da interação.

para o resultado correto. Existe um procedimento correto ou justo de modo que o resultado será também correto ou justo, qualquer que seja ele, desde que o procedimento tenha sido corretamente aplicado (ex.: jogo). Na *justiça procedimental perfeita*, há um critério independente, definido previamente, além de um procedimento que, com certeza, trará o resultado desejado. Noutras palavras, há um padrão independente para decidir qual resultado é justo e um procedimento que certamente conduzirá a este resultado (ex.: repartição igualitária do bolo). Trata-se de hipótese rara, senão impossível quando existentes muitos interesses concretos. Por sua vez, na *justiça procedimental imperfeita*, embora haja um critério independente para produzir o resultado correto, não há processo factível que com certeza leve a esse resultado, como, por exemplo, o processo criminal, que pode obter um julgamento injusto (RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1980).

²⁶⁸ Sobre razão pública, confira-se a nota de rodapé 198, com as referências a John Rawls, lembrando, especificamente no tocante ao Judiciário, que: “*The competence of the judiciary derives not from the persons who are judges, but from the limitations on their exercise of Power – limitations that commit the judiciary to what might be called public reason. Judges who fail to respect these limitations forfeit their authority and their claim to supremacy.*” (FISS, Owen. *Between supremacy and exclusivity*. Op. Cit., p. 463.). **Ou seja:** a competência do Judiciário não deriva da pessoa dos juízes, mas das limitações ao exercício do seu Poder - limitações que submetem o Judiciário ao que poderia ser chamado razão pública. Os juízes que deixam de respeitar essas limitações perdem o direito à sua autoridade e à sua reivindicação de supremacia.

²⁶⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida na USP/SP, publicada em 22.12.2008 e disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/>

²⁷⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Op. cit.

Para isso, seria produtivo que a Corte reconhecesse o seu papel no diálogo e levasse a sério a interação com o legislador, sendo sensível às reações provenientes deste, o que, consoante demonstrado, pode justificar, em determinados casos, uma postura judicial deferente, formalista ou minimalista²⁷¹, especialmente quando diante de leis ou emendas que gozem de amplo respaldo parlamentar, que passaram por um processo deliberativo mais amplo ou receberam o apoio direto do eleitorado²⁷² (por ex., através de plebiscito ou referendo).

Às vezes, com um senso de oportunidade histórica, deixar de decidir já é suficiente para gerar um colóquio²⁷³ com os demais poderes e provocá-los a agir²⁷⁴, estimulando o legislador e a sociedade a acomodarem os seus impulsos por mudança. Especialmente em

²⁷¹ Podem ser suficientes os “incompletely theorized agreements” ou “leaving things undecided”, nas expressões cunhadas por SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. O. Cit..

²⁷² COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. Op. Cit., p. 197-199.

²⁷³ “And the Court’s arguments need not be compulsory in order to be compelling. Many of the devices of not doing engage the Courts, as I have shown, in colloquies with the political institutions. (...)” (BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Op. Cit., p. 188). **Em português:** e os argumentos da Corte não precisam ser compulsórios para serem convincentes. Muitos dos artifícios de não-fazer engajam as Cortes, como tenho mostrado, em conversações com as instituições políticas.

²⁷⁴ Exemplo disso foi a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3682/MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06.09.2007, em que se conferiu ao Legislador prazo para cumprir o seu mister constitucional: “**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.**”

tema de mutação constitucional, a mudança nem sempre deve ser repentina e uma dose de prudência e planejamento costuma ser bem-vinda²⁷⁵.

Seria também conveniente que o legislador respeitasse a decisão judicial, que serviria de estímulo para uma deliberação cuidadosa e atenta aos direitos constitucionais, sem ser a ela subserviente, de modo que se considere a si mesmo um legítimo intérprete constitucional, capaz de dar as respostas adequadas e pautadas pelo interesse público. Embora envolva mais a relação entre o Executivo e o Legislativo, a nova interpretação dada ao trancamento da pauta por medidas provisórias foi um bom exemplo dessa tentativa de valorização da interpretação legislativa da Constituição e de reequilibrar as relações institucionais.

Mas, independentemente da disposição para dialogar, a interação institucional decorreria da separação de poderes e do desenho institucional, que, como visto, favorecem o diálogo e um processo circular que só termina quando se alcança um consenso razoável, o qual, ainda assim, costuma ter prazo de validade. Nesse processo, decisões judiciais não põem fim ao debate²⁷⁶, como, aliás, demonstrou o amplo exame que se empreendeu acerca do caso *Roe v. Wade* e os vários exemplos em que o parlamento brasileiro respondeu a decisões do Supremo Tribunal Federal.

É certo que, em algum momento e nos casos específicos, alguma decisão precisará resolver desacordos persistentes, de forma a conferir relativo grau de estabilidade ao sistema jurídico, e o Poder Judiciário tem capacidade institucional e metodologia para lidar com as nuances de um caso concreto, enquanto o Legislativo está mais habilitado a produzir normas gerais e abstratas, dificilmente antecipando todos os desdobramentos concretos da norma²⁷⁷. Mas o importante é que se maximizem as capacidades institucionais de produzir respostas cada vez melhores, através de um diálogo social do qual a sociedade e todos os Poderes

²⁷⁵ “*But it is the function of the Court in the sphere of its competence – to maintain the continuity in the midst of change. Change should be a process of growth. (...) Change should not come about in violent spasms. Government under law is a continuum, not a series of jerky fresh departures. And so the past is relevant. (...)*” (BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Op. Cit., p. 108-109). **Isto é:** mas é função da Corte, na esfera de sua competência, manter a continuidade no meio da mudança. A mudança deveria ser um processo de crescimento.(...) A mudança não deveria ocorrer em espasmos violentos. O Estado de Direito é contínuo, não uma série de novas partidas aos arrancos. E portanto o passado é relevante.

²⁷⁶ “*Courts decisions are entitled to respect, not adoration. When the Court issues its judgment, we should not suspend ours.*” (FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 279). **O que significa que:** decisões judiciais são merecedoras de respeito, não adoração. Quando a Corte pronuncia o seu julgamento, nós não devemos suspender o nosso.

²⁷⁷ Até porque, se não se deve idealizar os juízes, tampouco se podem desconsiderar as pressões eleitorais a que estão sujeitos os parlamentares e que são, no mínimo, bem maiores do que as sujeitam os juízes, que primariamente decidem com base em questões de princípio (MICHELMAN, Frank. *Brennan and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p.. 22)

participem ativamente, ainda que de formas diversas, daí o caráter dinâmico da interpretação²⁷⁸.

E enquanto tais respostas vão sendo construídas, não se pode desprezar o papel educativo que as Cortes podem desempenhar ao provocarem o debate público focado em argumentos de princípio e, não, em estratégias políticas, estimulando reações na mesma linguagem e enriquecendo a política²⁷⁹, conforme evidenciado no exame do *backlash* gerado por decisões controversas. Essa interação institucional ocorre no cotidiano constitucional e decorre da constatação que permeou esse trabalho, qual seja, a de que o texto constitucional comporta diversas interpretações, o que faz com que a interpretação constitucional não seja estática²⁸⁰.

Essa visão enfraquece, embora não afaste totalmente, a objeção democrática à jurisdição constitucional. Intervenções judiciais em questões controvertidas, como as mencionadas ao longo desse capítulo, contribuem para elevar a qualidade deliberativa do processo político de interpretação dos direitos fundamentais que a Constituição enuncia em abstrato, tendo o peso de emanarem de juízes conscientes de sua função de velar pelos direitos frente a considerações diversas daquelas presentes no parlamento e de forma coerente nos diversos casos concretos, numa tendência à imparcialidade. Mesmo diante da falibilidade desses juízos, tais decisões são relevantes do ponto de vista da adequada proteção aos direitos fundamentais e devem, portanto, ser levadas a sério no debate político²⁸¹.

Esse diálogo constitucional faz com que a Constituição reflita e incorpore as mudanças fáticas e valorativas de uma sociedade²⁸² e, embora não forneça diretamente uma resposta

²⁷⁸ “Change is both healthy and inevitable. In reality, the process of constitutional interpretation is dynamic, not static. (...) Moreover, such dynamism is critical to the success of the venture. (...) Judicial decisions are experiments, and experiments rarely are completely successful.” (FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review* v. 91, 1993, p. 652). **Traduzindo:** a mudança é saudável e inevitável. Na realidade, o processo da interpretação constitucional é dinâmico, não estático.(...) Além disso, esse dinamismo é crucial para o sucesso da empreitada.(...) Decisões judiciais são experimentos, e experimentos raramente são completamente bem sucedidos.

²⁷⁹ Para o autor do “constitucionalismo dialógico” ou “popular mediado”, a Corte pode funcionar como interlocutora ou mediadora do diálogo: “This process of constitutional interpretation hardly pits the court against the people. Rather, the court mediates the views of various people. The process is interactive (...) Simply put, our process of constitutional interpretation is a dialogue.” (FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. Op. Cit., p. 654). **Em português:** esse processo de interpretação constitucional dificilmente coloca a Corte contra o povo. Ao invés disso, a Corte serve de mediadora das visões de várias pessoas. O processo é interativo. (...) Colocado de um modo simples, nosso processo de interpretação constitucional é um diálogo.

²⁸⁰ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. Op. Cit., p. 616, 629.

²⁸¹ COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional Y Democracia*. 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2007, p. 14-15.

²⁸² “A Constitution cannot retain its claim to republican validity without changing , in response to historical change in people’s composition and values, its identity and ‘fate as a People’” (MICHELMAN, Frank. MICHELMAN, Frank. Law’s Republic. *Yale Law Journal* 97, 1943). **Ou seja:** uma Constituição não pode

para *hard cases*, desperta um processo no qual todos participam dessa busca, garantindo legitimidade democrática à interpretação constitucional.

Se, atualmente, o Judiciário tem proferido a última palavra provisória em vários temas, talvez isso seja indicativo de que tal Poder goza, por enquanto, da confiança da comunidade na sua capacidade de produzir a melhor decisão na maioria das hipóteses, ainda que em questões específicas, as decisões judiciais possam contrariar a opinião pública. Porém, se tal contrariedade perdurar por muito tempo, resta sempre a possibilidade de que instituições “mais democráticas” formulem uma resposta, pois a legitimidade de cada participante do diálogo oscila com o tempo e essa oscilação pode determinar o espaço de cada um no arranjo de forças. Ao final, a separação de poderes é, também, dinâmica²⁸³.

manter seu anseio de validação republicana sem mudar, em resposta à mudança histórica na composição e nos valores do povo, sua identidade e destino como um Povo.

²⁸³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Op. Cit., p. 181-182.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

3.1. Panorama das Mutações na Constituição da República de 1988. 3.2. Mutações constitucionais não configuradas: suspensão, pelo Senado, da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. 3.3. Mutações constitucionais configuradas: a dinâmica social do princípio da igualdade e as ações afirmativas.

3.1. Panorama das mutações na Constituição da República de 1988

Os capítulos anteriores foram destinados a contribuir para a construção, na doutrina nacional, de uma moderna teoria da mutação constitucional, a partir de reflexões trazidas, em grande parte, da doutrina norte-americana e passíveis de incorporação, com as devidas reservas, ao direito brasileiro.

Este capítulo tem objetivo diverso e pretende exemplificar a teoria até aqui desenvolvida através da análise de casos de mutações constitucionais refutadas, ocorridas ou em curso na Constituição da República de 1988, de forma a demonstrar a forma pela qual vários dispositivos constitucionais sofreram inegáveis alterações de sentido e de alcance, sem modificação dos respectivos textos, ou, por razões diversas, não completaram esse percurso.

A evolução desses significados constitucionais comprova que as Constituições não mudam somente por procedimentos expressamente previstos no texto constitucional e fornece um bom exemplo de como as mutações constitucionais são decorrentes da conjugação da linguagem constitucional polissêmica e indeterminada e de fatores externos, de ordem econômica, cultural e social.

Esclareça-se que essa análise não tem a ilusão de ser exaustiva, eis que os casos de mutação constitucional na Constituição Federal de 1988 são muitos e aqui somente se quer demonstrar a aplicação prática das reflexões antes empreendidas.

Por óbvio, a abrangência e complexidade de cada um dos temas a seguir apontados fazem-nos objeto de inúmeras dissertações ou teses e não se poderia ter a pretensão de, num único capítulo, exauri-los ou sequer mencionar todos os ângulos pelos quais os mesmos podem ser estudados. Até porque não se pode perder de vista que o tema dessa dissertação é o fenômeno da mutação constitucional e, não, os diversos casos utilizados para ilustrar esse fenômeno.

Por questões didáticas, optou-se por mencionar, numa visão panorâmica, várias mutações constitucionais em diferentes estágios de evolução, seguidas da análise mais detida

de dois casos específicos: a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, CF/88), hipótese na qual, de acordo com a teoria de albergada nesse trabalho, não se está diante de mutação constitucional; e as ações afirmativas, especialmente as raciais, que, estimuladas por mudanças históricas e na consciência social, deram ensejo a um grande debate na sociedade e à transformação da compreensão jurídica do princípio da igualdade, caracterizando autêntica mutação constitucional.

Iniciando pela visão panorâmica de vários casos de mutações constitucionais, que se encontram em diferentes estágios de evolução, pode-se dizer que o princípio da presunção de inocência, base das discussões sobre a possibilidade de execução provisória da pena e da inelegibilidade dos candidatos “ficha suja”, seria um exemplo de mutação deflagrada mas interrompida, embora possa ressurgir no futuro.

Com efeito, no ramo do direito penal, a sensação de impunidade e o inconformismo com a ineficácia das condenações penais²⁸⁴ que, especialmente nos chamados “crimes de colarinho branco”, pouco se traduzem em execução da pena após a sentença de primeira instância e mesmo após o acórdão do tribunal, refletiram em discussões jurídicas sobre o alcance do princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade (art. 5º, LVII, CF/88) e sobre a possibilidade da sentença penal condenatória recorrível afastar essa presunção.

Após várias decisões judiciais, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal²⁸⁵, a favor da execução provisória da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, depois da confirmação da condenação pela segunda instância e tendo em vista a ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, bem como a infinidade de recursos protelatórios, o tema voltou a bater às portas daquela Corte.

Dessa vez, o STF freou os anseios de maior eficiência na persecução penal ao negar a possibilidade de execução provisória da pena²⁸⁶, numa interpretação ampla e quase absoluta

²⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 12, n. 47, p. 60-122, 2004.

²⁸⁵ Reconhecendo a ausência de óbice à execução provisória da pena quando pendentes recursos sem efeito suspensivo, todos do STF: RHC 92872/MG, 1ª T., Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 15.12.2008; HC 90645/PE, 1ª T., Rel. Min. Menezes Direito, DJe 14.11.2007; HC 91675/PR, 1ª T., Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 07.12.2007; HC 89952/MG, 2ª T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 29.06.2007; HC 85886/RJ, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 28.10.2005.

²⁸⁶ STF, Pleno, HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. 05.02.2009, Informativo STF nº 534: “Ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, concedeu

da presunção de inocência que dificilmente encontra similar no direito comparado, mas própria da postura extremamente garantista²⁸⁷ que o tribunal assumiu e que, não raramente, destoa da vontade popular e do perfil do Poder Judiciário de primeira instância²⁸⁸, o que pode significar mudança de rumo dessa interpretação em futuras gerações²⁸⁹.

O mesmo princípio da presunção de inocência foi invocado, no âmbito do direito eleitoral, no debate sobre a inelegibilidade dos candidatos com antecedentes criminais, conhecidos como “ficha suja”, dada a constatação de que, inobstante inúmeras condenações criminais em primeira e segunda instâncias, muitos candidatos ainda continuam a se eleger como agentes políticos, apesar dos valores constitucionais da probidade administrativa, moralidade para o exercício do mandato e consideração da vida progressa (art. 14, §9º, CF/88), e de se exigirem bons antecedentes de todos aqueles que ingressam no serviço público.

Depois de uma avalanche de impugnações de registro de candidaturas e de decisões de inelegibilidade fundadas na vida progressa dos candidatos de vários Tribunais Regionais Eleitorais, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Súmula nº 13, considerando que o retro

habeas corpus, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tratava-se de habeas corpus impetrado contra acórdão do STJ que mantivera a prisão preventiva do paciente/impetrante, ao fundamento de que os recursos especial e extraordinário, em regra, não possuem efeito suspensivo — v. Informativos 367, 371 e 501. Salientou-se, de início, que a orientação até agora adotada pelo Supremo, segundo a qual não há óbice à execução da sentença quando pendente apenas recursos sem efeito suspensivo, deveria ser revista. Esclareceu-se que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, artigos 105, 147 e 164), além de adequados à ordem constitucional vigente (art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP, que estabelece que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença. Asseverou-se que, quanto à execução da pena privativa de liberdade, dever-se-ia aplicar o mesmo entendimento fixado, por ambas as Turmas, relativamente à pena restritiva de direitos, no sentido de não ser possível a execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado. Aduziu-se que, do contrário, além da violação ao disposto no art. 5º, LVII, da CF, estar-se-ia desrespeitando o princípio da isonomia.” A vedação à execução provisória da pena vem sendo reproduzida nos julgados posteriores do STF: HC 99891/SP, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, Dje 18.12.2009, HC 93857/RS, 2ª T., Rel. Min. Cezar Peluso, Dje 16.10.2009; HC 97.143/SP, 1ª T., Rel. Min. Carlos Britto, Dje 21.08.2009.

²⁸⁷ Garantismo que, muitas vezes, vai além do preconizado pelo seu fundador FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002. Veja-se, a respeito: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010.

²⁸⁸ Embora comentando outras decisões, essa constatação, junto com uma abrangente e perspicaz retrospectiva de várias das questões constitucionais controvertidas adiante mencionadas, pode ser conferida em PEREIRA, Jane Reis Gonçalves Pereira. *Retrospectiva Direito Constitucional 2008: A expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita*. *Revista de Direito do Estado*, Ano 4, n. 13, jan./mar. 2009, p. 3-30.

²⁸⁹ Um exemplo da flexibilização para admitir a execução provisória da pena quando o recurso especial ou extraordinário não passa pelo exame de admissibilidade do tribunal de origem, ainda que possível a interposição de agravo de instrumento, pode ser conferido no acórdão do TRF-2ª Região, MS 2009.02.01.000354-9, 1ª T. Esp., Rel. Juiz Federal Convocado Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, j. 07/10/2009.

citado dispositivo constitucional não seria auto-aplicável e que o Judiciário não poderia criar nova hipótese de inelegibilidade. Chamado a intervir, o Supremo Tribunal Federal reverteu o curso da mudança e apoiou o TSE ao julgar improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144²⁹⁰, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (que, apesar de ser uma entidade de classe, denota a amplitude do debate e o choque de posições jurídicas no próprio Judiciário).

Assim como no direito penal, a interpretação prevalecente acerca da presunção de inocência foi extensiva e contramajoritária, garantindo aos réus em processos penais o direito de se candidatarem a cargos eletivos. Também aqui, ficou por conta dos votos vencidos e da resposta do eleitorado nas urnas a possibilidade de fazer o debate renascer no futuro²⁹¹.

Ao contrário da interpretação do princípio da presunção de inocência, cujo ensaio de mutação constitucional foi interrompido pelo Supremo Tribunal Federal, foi essa própria

²⁹⁰ STF, ADPF 144/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 06.09.2008, Informativo STF nº 514: “Asseverou-se que estaria correto o entendimento do TSE no sentido de que a norma contida no § 9º do art. 14 da CF, na redação que lhe deu a ECR 4/94, não é auto-aplicável (Enunciado 13 da Súmula do TSE), e que o Judiciário não pode, sem ofensa ao princípio da divisão funcional do poder, substituir-se ao legislador para, na ausência da lei complementar exigida por esse preceito constitucional, definir, por critérios próprios, os casos em que a vida pregressa do candidato implicará inelegibilidade. Concluiu-se, em suma, que o STF e os órgãos integrantes da justiça eleitoral não podem agir abusivamente, nem fora dos limites previamente delineados nas leis e na CF, e que, em consequência dessas limitações, o Judiciário não dispõe de qualquer poder para aferir com a inelegibilidade quem inelegível não é. Reconheceu-se que, no Estado Democrático de Direito, os poderes do Estado encontram-se juridicamente limitados em face dos direitos e garantias reconhecidos ao cidadão e que, em tal contexto, o Estado não pode, por meio de resposta jurisdicional que usurpe poderes constitucionalmente reconhecidos ao Legislativo, agir de maneira abusiva para, em transgressão inaceitável aos postulados da não culpabilidade, do devido processo, da divisão funcional do poder, e da proporcionalidade, fixar normas ou impor critérios que culminem por estabelecer restrições absolutamente incompatíveis com essas diretrizes fundamentais. Afirmou-se ser indiscutível a alta importância da vida pregressa dos candidatos, tendo em conta que a probidade pessoal e a moralidade representam valores que consagram a própria dimensão ética em que necessariamente se deve projetar a atividade pública, bem como traduzem pautas interpretativas que devem reger o processo de formação e composição dos órgãos do Estado, observando-se, no entanto, as cláusulas constitucionais, cuja eficácia subordinante conforma e condiciona o exercício dos poderes estatais. Aduziu-se que a defesa desses valores constitucionais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo consubstancia medida de mais elevada importância e significação para a vida política do país, e que o respeito a tais valores, cuja integridade há de ser preservada, encontra-se presente na própria LC 64/90, haja vista que esse diploma legislativo, em prescrições harmônicas com a CF, e com tais preceitos fundamentais, afasta do processo eleitoral pessoas desprovidas de idoneidade moral, condicionando, entretanto, o reconhecimento da inelegibilidade ao trânsito em julgado das decisões, não podendo o valor constitucional da coisa julgada ser desprezado por esta Corte. Vencidos os Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa que julgavam a arguição procedente.”

²⁹¹ No tocante à elegibilidade dos “candidatos ficha-suja”, a conclusão de que o debate não se encerrou se apóia também em dois fatos: o Projeto de Lei 518/2009, fruto de uma proposta do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, objetiva regulamentar o art. 14, § 9º da CF/88 e sua redação atual prevê inelegibilidade após condenação por órgão colegiado; e o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que, nas eleições de 2010, os candidatos serão obrigados a apresentar certidão criminal no momento do registro eleitoral (Resoluções TSE nºs. 23.221, de 02.03.2010 e 23.224, de 04.03.2010), ficando a ficha criminal acessível aos eleitores pela *internet*. Disponível em <http://agencia.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1282487>, acesso em 20.03.2010.

Corte que, em interpretações contraparlamentares mas não contramajoritárias²⁹² e indiscutivelmente ativistas, consolidou as mudanças constitucionais atreladas à fidelidade partidária e à vedação do nepotismo, lançando mão de uma retórica bem menos deferente à separação de poderes e à contenção judicial diante da arena democrática.

A possibilidade do parlamentar, eleito por um partido político, filiar-se a outra legenda e manter o mandato foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal em vários mandados de segurança (MS 26.602, 26.603 e 26.604.) e no julgamento da ADI nº 3999-7²⁹³, oportunidade na qual o tribunal, ao reconhecer a constitucionalidade da Resolução nº 22.526 do Tribunal

²⁹² “É interessante notar que as decisões sobre fidelidade partidária e nepotismo, embora ativistas, estabelecem soluções que contam com a adesão moral da maioria. No primeiro caso, o julgado foi ao encontro do sentimento generalizado de que o candidato que troca de partido após a eleição trai a confiança do eleitor, praticando um ato oportunista que subverte o sistema representativo proporcional. No segundo, espelhou a conclusão intuitiva de que a ocupação de cargos públicos motivada pelo parentesco e não pelo mérito contradiz os padrões de moralidade na esfera pública. Não seria preciso, portanto, afirmar que as decisões em questão são contramajoritárias. No entanto, é certo que são “contraparlamentares”, já que ocuparam o vácuo de regulamentação existente em domínios nos quais os órgãos de representação democrática tradicionais deliberadamente se omitiram.” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves Pereira. Retrospectiva Direito Constitucional 2008: A expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita. Op. Cit., p. 16).

²⁹³ STF, ADI 3999-7/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Dje 17.04.2009: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA.

1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as conseqüências da revelia (art. 3º, caput e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato “pertenceria” ao Partido.). Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.”

Superior Eleitoral, adotou uma interpretação perfeccionista²⁹⁴ e incluiu a infidelidade partidária entre as hipóteses de perda do mandato previstas pela Constituição Federal (art. 55, I a VI, da CF/88), sem fazer, inclusive, diferenciação entre candidatos eleitos pelo sistema proporcional (que confere maior peso ao partido político) ou pelo majoritário.

De perfil semelhante foi a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, em que se reconheceu a constitucionalidade da Resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça, que proibiu o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Ao considerar que a norma estava em consonância com o poder regulamentar do CNJ e emanava diretamente dos princípios da isonomia, moralidade, eficiência e impessoalidade administrativas (art. 37, X, CF/88), convertendo a vedação ao nepotismo na Súmula Vinculante nº 13²⁹⁵, inclusive em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, a Corte conferiu novo alcance a tais princípios constitucionais, muito embora a situação talvez se aproxime mais de uma mudança de interpretação judicial do que propriamente o coroamento de um processo de mutação constitucional.

Também com contornos muito próximos de uma oscilação jurisprudencial, mas digno de nota e pendente de decisão há anos, tem-se o debate sobre o poder investigatório criminal do Ministério Público²⁹⁶ no sistema acusatório brasileiro (art. 129, I, VII e IX, CF/88). Embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha proferido várias decisões favoráveis ao poder investigatório²⁹⁷, a jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal, sempre foi

²⁹⁴ Para uma análise crítica do perfeccionismo e do minimalismo presentes nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da cláusula de barreira e da fidelidade partidária, confira-se SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição: entre o perfeccionismo e o minimalismo. In: *XVII Encontro Preparatório do CONPEDI: cidadania e a efetividade dos direitos*, 2008, Salvador. Anais do XVII Encontro Preparatório do CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteaux, 2008. p. 3321-3341. Disponível em http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/alexandre_garrido_da_silva.pdf, acesso em 30 de Janeiro de 2010.

²⁹⁵ Assim como a polêmica Súmula nº 11, relativa ao uso de algemas nos presos, a edição da Súmula Vinculante nº 13, referente à vedação do nepotismo, não observou o requisito constitucional prévio de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional objeto da súmula (art. 103-A, CF/88), o que caracteriza vício de inconstitucionalidade formal e um risco à democracia no uso indiscriminado desse instrumento.

²⁹⁶ Sobre o tema, confira-se CALABRICH, Bruno. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: RT, 2007; BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Revista Forense* n. 33, p. 195-203, 2004; e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Segurança Pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 401-448; FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner (Org.) *Investigação Criminal e Ação Penal*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

²⁹⁷ STJ, HC 55500, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 20.11.2006; REsp. 756.891, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 09.10.2006; HC 43.030, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 02.10.2006, HC 54719/RJ, Rel. Min. Hamiltom Carvalhido, j. 28.06.2007, dentre outras.

vacilante²⁹⁸, mas esta Corte vem sinalizando, em decisões recentes, a constitucionalidade desse poder²⁹⁹.

A matéria está prestes a ser decidida pelo STF³⁰⁰, mas é provável que tal poder investigatório seja reconhecido, com base na teoria dos poderes implícitos conferidos ao titular privativo da ação penal pública ou como decorrência do controle externo da atividade policial, ainda que com restrições ou somente no tocante a crimes praticados por policiais.

Não se poderia esquecer, também, do debate em torno de questões morais tão sensíveis quanto relevantes, como a compreensão jurídica acerca da dignidade da pessoa humana e do direito à vida (arts. 1º, III e 5º, *caput*, CF/88) e o alcance que daí se extrai à proteção constitucional conferida ao embrião ou ao feto.

Essas reflexões estiveram na raiz das discussões travadas durante o julgamento da ADI 3510/DF³⁰¹, que declarou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) e das pesquisas com células-tronco embrionárias congeladas, tendo despertado o interesse de vários setores da sociedade civil, especialmente religiosos, cientistas e possíveis beneficiários das pesquisas, como os deficientes físicos. A movimentação social que o tema deflagrou por parte de defensores e críticos das pesquisas embrionárias e o seu surgimento graças à mudança histórica (especialmente ao avanço científico) conferem contornos de

²⁹⁸ Os julgados daquela Corte vacilam entre a negativa e o reconhecimento, ainda que pontual e complementar ao inquérito, do poder investigatório do Ministério Público: STF, RHC 81326, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 01.03.2003; STF, Inq 1957/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 11.11.2005; STF, HC 77770, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 03.03.2000.

²⁹⁹ STF, HC 91661/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje 02.04.2009; STF, HC 89837/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 19.11.2009.

³⁰⁰ STF, HC 84548/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Inq 1968/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo STF n. 359.

³⁰¹ STF, ADI 3510/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 29.05.2008, Informativo STF nº 508: “*Em conclusão, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização — v. Informativo 497. Prevaleceu o voto do Min. Carlos Britto, relator. Nos termos do seu voto, salientou, inicialmente, que o artigo impugnado seria um bem concatenado bloco normativo que, sob condições de incidência explícitas, cumulativas e razoáveis, contribuiria para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano in vitro. Esclareceu que as células-tronco embrionárias, pluripotentes, ou seja, capazes de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto, constituiriam, por isso, tipologia celular que ofereceria melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos. Asseverou que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), aos “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), ao “livre exercício dos direitos... individuais” (art. 85, III) e aos “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado.*”

mutação a essa questão, que deu novo colorido ao direito à vida, ultrapassando as disposições do código civil referentes ao direito do nascituro e alçando a discussão ao patamar constitucional.

Embora o argumento central adotado pelo Supremo Tribunal Federal tenha sido o de que a Constituição, além de proteger a saúde e incentivar a pesquisa científica, não confere uma resposta definitiva sobre o início da vida, havendo diferentes estágios de proteção jurídica, outras preocupações foram tangenciadas, como a postura da Corte diante de *hard cases* e o perigo de interferência religiosa no Estado laico. Tal exemplo demonstra, também, como é relativa a relação entre tempo e mutação, pois, apesar de constituir um fator a ser seriamente sopesado, o tempo de vigência constitucional pode não ser determinante para a ocorrência de mutações constitucionais, já que determinados dispositivos relativamente recentes podem sofrer mutações em virtude de outros fatores como, *in casu*, o avanço científico propiciado pelas pesquisas com células-tronco embrionárias.

A discussão promete se aprofundar no julgamento da Arguição de Preceito Fundamental nº 54, referente à interrupção da gravidez de feto anencefálico, com questionamentos acerca do direito à vida, da exclusão de ilicitude ou culpabilidade do crime de aborto e dos direitos reprodutivos das mulheres, decisão que tem potencial para gerar *backlash*, dado o receio de que tal *decisum* signifique posicionamento jurisprudencial rumo à legalização do aborto. Assim como no julgamento das pesquisas com células-tronco, a participação da sociedade civil na discussão do aborto nos casos de anencefalia será viabilizada através de audiências públicas, realizadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Para encerrar essa visão panorâmica das mutações constitucionais e ainda nessa seara das controvérsias morais, a união de pessoas do mesmo sexo constitui uma mutação constitucional em vias de consolidação pelo Supremo Tribunal Federal, estando pendente de julgamento a ADPF 132³⁰², que postula o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, o que repercutirá no princípio da igualdade e no conceito constitucional de família (arts. 5º e 226, §3º, CF/88). Após anos de luta, os casais homossexuais, que primeiro viram suas uniões equiparadas a sociedades de fato e depois obtiveram o reconhecimento de direitos hereditários e previdenciários, agora estão em vias de obter, na Suprema Corte, a consagração de suas uniões civis³⁰³.

³⁰² STF, ADPF/RJ 132, Rel. Min. Ayres Britto.

³⁰³ Para uma defesa da união estável entre pessoas do mesmo sexo com fundamento em vários princípios constitucionais, inclusive com a evolução da matéria na jurisprudência brasileira e no direito comparado, confirmam-se os trabalhos de SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo:

Traçado esse panorama e evidenciada a diversidade de mutações constitucionais em curso ou consolidadas na Constituição da República de 1988, é hora de analisar detidamente dois casos bastante controvertidos de mutação constitucional.

O primeiro deles carece, na verdade, dos requisitos básicos das mutações e conflita com a concepção deste trabalho, que não vê mutação constitucional na norma que determina a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, CF/88). O segundo, ao revés, deixa bastante clara a força e a gradatividade das mutações constitucionais realmente embasadas na mudança social, fazendo das ações afirmativas, notadamente as raciais, um caso paradigmático de mutação constitucional sobre o princípio da isonomia.

Lembre-se que, mesmo no caso das ações afirmativas, que serão analisadas com maior vagar, o objetivo não é incluir na dissertação o exame propriamente jurídico do princípio da igualdade, mas utilizar a mutação constitucional da isonomia como um caso exemplar no direito brasileiro, numa abordagem menos jurídica e mais sociológica, capaz de demonstrar como operam, na realidade, as teorias que foram invocadas ao longo deste trabalho (fundamentalidade dinâmica, *living Constitution*, constitucionalismo democrático e diálogo constitucional) e, em suma, evidenciar a dinâmica da mutação constitucional.

Antes de testar as teorias acima através de uma abordagem sociológica das ações afirmativas, voltemos, por ora, ao caso do art. 52, X, da CF/88.

3.2. Mutação constitucional não configurada: suspensão, pelo Senado Federal, da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal

Embora se insira no processo legislativo (abordado no Capítulo 2), merece ser separadamente analisada a norma do art. 52, X, CF/88, que vem sendo considerada objeto de mutação constitucional que a tornaria inócua pela maioria dos Ministros do STF e que, porém, permitiria ao Senado dar uma resposta a algumas decisões judiciais daquela Corte proferidas em controle difuso, reforçando-as ao conferir-lhes efeitos *erga omnes* mediante a suspensão da execução da lei ou, de outro lado, questionando tais decisões declaratórias de

perspectivas constitucionais; e BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil; ambos In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p. 619-659 e 661-693.

inconstitucionalidade e deixando a discussão em aberto (ao menos até que o STF edite súmula vinculante sobre o tema) ao rejeitar a suspensão da lei.

Lembre-se que, como demonstrado no Capítulo 2, a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime em crimes hediondos, com base no princípio constitucional da individualização da pena, foi dada em controle difuso (HC 8259/SP) e poderia ter sido alvo de manifestação do Senado Federal, que, valendo-se da sua prerrogativa constitucional, poderia ter suspenso, com efeito *erga omnes*, a execução do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90. Trata-se de um terceiro momento (além da aprovação dos Ministros do STF e do processo legislativo em si, vistos no Capítulo anterior) em que o Poder Legislativo pode interferir nos rumos da mudança constitucional, ao suspender, ou não, a execução de lei declarada inconstitucional, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso.

Como isso não ocorreu naquele caso, o próprio Supremo Tribunal Federal conferiu efeito *erga omnes* àquele *decisum* e passou a julgar procedentes inúmeras reclamações contra decisões judiciais que se negavam a reconhecer a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime. Nesses julgados, a Corte vem delineando o entendimento de que o próprio art. 52, X, da CF/88 teria sofrido mutação constitucional, restando ao Senado Federal a competência apenas para conferir publicidade à declaração de inconstitucionalidade do STF, cuja decisão bastaria para suspender a execução da lei³⁰⁴.

³⁰⁴ STF, RC 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01.02.2007 (Informativo STF n. 454) e 19.04.2007 (Informativo STF n. 463): “**Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle da Constitucionalidade**

O Tribunal iniciou julgamento de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º.9.2006), em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. O Min. Gilmar Mendes, relator, julgou procedente a reclamação, para cassar as decisões impugnadas, assentando que caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

(...) Preliminarmente, quanto ao cabimento da reclamação, o relator afastou a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deva ser preservada. No ponto, afirmou, inicialmente, que a jurisprudência do STF evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da reclamação para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses, em reconhecimento à eficácia vinculante erga omnes das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. Em seguida, entendeu ser necessário, para análise do tema, verificar se o instrumento da reclamação fora usado de acordo com sua destinação constitucional: garantir a autoridade das decisões do STF; e, depois, superada essa questão, examinar o argumento do juízo reclamado no sentido de que a eficácia erga omnes da decisão no HC 82959/SP dependeria da expedição da resolução do Senado suspendendo a execução da lei (CF, art. 52, X). Para apreciar a dimensão constitucional do tema, discorreu sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade. (...)

Aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. (...)

Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Saliu ser inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau. (...)

O Tribunal retomou julgamento de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º.9.2006), em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos - v. Informativo 454. O Min. Eros Grau, em voto-vista, julgou procedente a reclamação, acompanhando o voto do relator, no sentido de que, pelo art. 52, X, da CF, ao Senado Federal, no quadro de uma verdadeira mutação constitucional, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão contém força normativa bastante para suspender a execução da lei. (...)

Em divergência, o Min. Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação, mas concedeu habeas corpus de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão. Reportando-se aos fundamentos de seu voto no RE 191896/PR (DJU de 29.8.97), em que se declarou dispensável a reserva de plenário nos outros tribunais quando já houvesse declaração de inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo Supremo, ainda que na via do controle incidente, asseverou que não se poderia, a partir daí, reduzir-se o papel do Senado, que quase todos os textos constitucionais subseqüentes a 1934 mantiveram. Ressaltou ser evidente que a convivência paralela, desde a EC 16/65, dos dois sistemas de controle tem levado a uma prevalência do controle concentrado, e que o mecanismo, no controle difuso, de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei tem se tornado cada vez mais obsoleto, mas afirmou que combatê-lo, por meio do que chamou de "projeto de decreto de mutação constitucional", já não seria mais necessário. Aduziu, no ponto, que a EC 45/2004 dotou o Supremo de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensaria essa intervenção, qual seja, o instituto da súmula vinculante (CF, art. 103-A). (...)

Por sua vez, o Min. Joaquim Barbosa não conheceu da reclamação, mas conheceu do pedido como habeas corpus e também o concedeu de ofício. Considerou que, apesar das razões expostas pelo relator, a suspensão da execução da lei pelo Senado não representaria obstáculo à ampla efetividade das decisões do Supremo, mas complemento. Aduziu, de início, que as próprias circunstâncias do caso seriam esclarecedoras, pois o que suscitaria o interesse da reclamante não seria a omissão do Senado em dar ampla eficácia à decisão do STF, mas a insistência de um juiz em divergir da orientação da Corte enquanto não suspenso o ato pelo Senado. Em razão disso, afirmou que resolveria a questão o habeas corpus concedido liminarmente pelo relator. Afirmou, também, na linha do que exposto pelo Min. Sepúlveda Pertence, a possibilidade de edição de súmula vinculante. Dessa forma, haveria de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CF, que trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional e não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF. Afastou, ainda, a ocorrência da alegada mutação constitucional. Asseverou que, com a proposta do relator, ocorreria, pela via interpretativa, tão-somente a mudança no sentido da norma constitucional em questão, e, que, ainda que se aceitasse a tese da mutação,

De acordo com esse posicionamento, não unânime, a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo STF seria ato político, inspirado numa concepção de separação de poderes ultrapassada e dissonante do moderno controle de constitucionalidade, que favorece o controle abstrato de normas, devendo ser concedido efeito *erga omnes* mesmo nas declarações de inconstitucionalidade em concreto.

Entretanto, não parece adequado tal entendimento.

Primeiramente, conforme demonstrado no Capítulo 1 e apesar da dificuldade de estabelecer limites à mutação constitucional, é certo que esta esbarra no texto da Constituição e que a norma em questão consubstancia uma regra que deixa pouco espaço para a interpretação³⁰⁵, não podendo haver mutação que retire toda a eficácia de determinado dispositivo constitucional (e transformar o Senado em mero publicador de decisões do STF seria exatamente isso).

A prevalecer o novel entendimento, o Senado não mais teria a competência para suspender a execução da lei, mas somente para publicar essa decisão, que competiria ao Supremo Tribunal Federal. Tal interpretação desrespeita os limites do texto e desmerece o papel das instâncias representativas no controle difuso de constitucionalidade, não se coadunando com a norma constitucional³⁰⁶, de maneira que, caso se considere obsoleta tal competência, a referida mudança constitucional deveria ser objeto de emenda constitucional, não de mutação.

Em segundo lugar, o tema atrai a discussão acerca da possibilidade de mutação constitucional por desuso. A doutrina tradicional sempre foi refratária à possibilidade de

seriam necessários dois fatores adicionais não presentes: o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo. Por fim, enfatizou que essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição. Após, pediu vista dos autos o Min. Ricardo Lewandowski.

³⁰⁵ No mesmo sentido é a posição defendida por Jane Reis: “Mas a principal crítica que cabe opor à tese da mutação é a de que, em verdade, ela subverte o texto da Constituição, dando-lhe um sentido completamente diverso do que deflui do texto. Sendo a mutação um processo informal de mudança de significado sem alteração do dispositivo, é intuitivo que só pode ocorrer nas hipóteses em que o texto interpretado é dotado de certo grau de abertura e indeterminação. Do entendimento exposto nos votos mencionados não deflui autêntica mutação constitucional, mas sim a negação dos sentidos possíveis do texto do art. 52, X, da Constituição. Tal formulação, se prevalecer, promoverá uma mutação inconstitucional.” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves Pereira. Retrospectiva Direito Constitucional 2008: A expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita. *Revista de Direito do Estado*, Ano 4, n. 13, jan./mar. 2009, p. 20)

³⁰⁶ STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 31 jan. 2010.

modificação da Constituição por falta de exercício das competências estatais³⁰⁷. De modo geral, considera-se que o desuso de uma competência estatal não pode tornar obsoleta a correspondente prescrição constitucional, inclusive pela dificuldade de aferir em que medida a ausência de exercício de um poder possui relevância jurídica capaz de alcançar normatividade e se aquele dispositivo ainda pode cumprir determinado propósito na vida estatal.

Também há a dificuldade de distinguir o desuso – inobservância consciente e reiterada de uma norma constitucional - da mera inércia, pois enquanto esta se caracteriza pela vontade temporária de não se aplicar um dispositivo constitucional, aquele demanda o *animus* definitivo, aproximando-se de um costume derogatório. Por fim, há séria dúvida se o desuso, ainda que equiparado a costume *contra legem*, poderia importar na revogação do texto escrito³⁰⁸.

Parece ser o caso de inadmitir-se o costume *contra constitutionem* e considerar-se que tanto o costume constitucional quanto o desuso não adquirem a supremacia das normas constitucionais escritas das Constituições rígidas, não se prestando a reformar a Constituição³⁰⁹.

Ademais, não se deve reduzir um papel que vem sendo atribuído ao Senado em quase todos os textos constitucionais desde 1934 e, mesmo que se considere haver, atualmente, uma prevalência do controle abstrato de constitucionalidade e seus mecanismos, a competência em discussão se insere no âmbito do controle difuso, no qual continua a deter relevância política e jurídica. Basta imaginar que, caso o Senado suspendesse a execução de uma lei, não haveria como o Supremo Tribunal Federal modificar, posteriormente, o entendimento que ensejou a comunicação à Casa parlamentar, tornando-se permanente a declaração de inconstitucionalidade, o que demonstra a relevância da deliberação parlamentar.

Além disso, a suspensão da execução da lei pelo Senado não representaria obstáculo à ampla efetividade das decisões do Supremo, mas a reforçaria, pois se fosse exercitada a

³⁰⁷ “De nuestra exposición resulta que de ninguna manera puede concluirse que el desuso de una competencia Del poder estatal, las correspondientes prescripciones constitucionales y legales resulten obsoletas. Em este sentido se puede decir que el Derecho supremo del Estado según su esencia es imprescritible. Por eso, una de las investigaciones más difíciles consiste en determinar, en el caso particular, em qué medida un poder nunca ejercido de hecho tiene relevância jurídica o no. Es decir, si es válido, si es capaz de cumplir, em algún caso, su propósito normativo para la vida estatal.” (JELLINEK, Georg. *Reforma e Mutación de la Constitución*. Op. Cit., p. 51).

³⁰⁸ O costume teria um elemento objetivo, relativo à reiteração de certa prática, e um subjetivo, consistente na convicção generalizada da obrigatoriedade daquele comportamento.

³⁰⁹ Tanto que a inércia e o desuso são considerados mutações inconstitucionais: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. Op. Cit., p. 184-186.

competência do art. 52, X, CF/88, a decisão do STF não seria questionada, sequer sendo necessárias as reclamações perante a Corte.

Como se não bastassem os argumentos acima e consoante ressaltado em capítulo anterior, a existência de métodos de aferição (*feedback*), formais e informais, através dos quais interpretações constitucionais judiciais possam ser contestadas, discutidas e até afastadas, é de suma importância para a legitimidade do sistema constitucional, especialmente num ordenamento jurídico que adote o modelo do *judicial review*.

Assim como o *backlash* é um mecanismo informal dessa aferição de legitimidade, o dispositivo em questão constitui um instrumento formal que permite ao Legislativo (por intermédio do Senado) discordar da interpretação judicial, como o fez, através de emendas e leis, nas inúmeras vezes apontadas no Capítulo 2. Pode até mesmo servir de canal, ainda que restrito, de manifestação popular (*backlash*), especialmente em decisões que envolvam pacto federativo e que, por isso, insiram-se no âmbito direto de interesse do Senado.

Por derradeiro, além de ser contrário à literalidade do art. 52, X, da CF, de caracterizar inadmissível desuso ou costume *contra constitutionem*, de fechar um canal democrático de resposta às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso, de ir na contramão das regras de controle social ou parlamentar (inclusive para impedir mutações inconstitucionais) e das tentativas de valorização do Poder Legislativo brasileiro, tal posicionamento atribui efeito *erga omnes* a todas as decisões de inconstitucionalidade proferidas em controle difuso, quando tal efeito somente pode decorrer caso editada súmula vinculante (art. 103-A da CF/88, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

Somente quando a declaração de inconstitucionalidade, em concreto, culminar na edição de súmula vinculante, que depende de procedimento e requisitos próprios³¹⁰, é que o posicionamento judicial se tornará vinculante e, mesmo assim, não em relação ao Poder

³¹⁰ Constituição Federal: “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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).”

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, 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.”

Legislativo. Pretender conferir efeitos *erga omnes* a qualquer decisão do STF é esvaziar a súmula vinculante³¹¹, recentemente incluída no texto constitucional pelo poder constituinte derivado e, portanto, não obsoleta, e desrespeitar tanto a norma do art. 52, X, quanto aquela do art. 103-A, ambas da Constituição Federal.

3.3. Mutação constitucional configurada: a dinâmica social do princípio da igualdade e as a o es afirmativas

Talvez uma das mais relevantes muta o es constitucionais diga respeito a um dos princípios mais caros ao regime republicano: o princípio da igualdade, consagrado nos arts. 3 , IV, e 5 , da Constitui o Federal de 1988. Trata-se da chamada a o o afirmativa³¹² ou discrimina o o positiva³¹³, que, longe de ser reduzida às quotas, abrange várias iniciativas (como o estabelecimento de preferências ou b nus e a concess o o de incentivos fiscais), públicas ou privadas, voltadas   promo o o de grupos tradicionalmente discriminados com os

³¹¹ No mesmo sentido   o entendimento de BRANDÃO, Rodrigo. Rigidiz constitucional e pluralismo político. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Cláudio (Coordenadores). *Vinte Anos da Constitui o Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.255-291.

³¹² Embora já existisse anteriormente na  ndia, a express o o teria sido juridicamente inaugurada num decreto presidencial (*Executive Order* n  10.925/1961) do então Presidente norte-americano, John F. Kennedy, que previa a ado o o de a o es afirmativas voltadas aos empregados das empresas que recebessem verbas do Governo Federal, durante a luta pelos direitos civis na década de 1960, ganhando contornos mais definidos no final dos anos sessenta, nas conclus o es da Comiss o o Nacional sobre Distúrbios Civos (conhecida como *Comiss o o Kerner*), que recomendou a ado o o de estímulos especiais para a promo o o da popula o o negra (MENEZES, Paulo Lucena de. *A a o o afirmativa - affirmative action - no direito norte - americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001). Na verdade, o decreto presidencial determinava que a contrata o o se desse e fosse mantida sem preconceito de raça ou cor (*"The contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regard to their race, creed, color, or national origin"*), de forma que a express o o 'a o o afirmativa' teria adquirido o significado de discrimina o o reversa com o Plano de Filadélfia, anunciado por Nixon em 1969 (MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 85). Mais tarde, a idéia foi difundida para outras minorias (hispânicos, asiáticos, indígenas, mulheres, deficientes) e encontra-se subjacente a várias políticas públicas adotadas em países como EUA, Índia, Malásia, Líbano, Noruega, Bélgica, Canadá e Brasil, dentre outros.

³¹³ Joaquim Barbosa tem uma das mais propagadas defini o es de a o es afirmativas no Brasil, como *"um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate   discrimina o o racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discrimina o o praticada no passado, tendo por objetivo a concretiza o o do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educa o o e o emprego. (...) Em síntese, trata-se de políticas e mecanismos de inclus o o concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas   concretiza o o de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito."* (GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *A o o Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transforma o o social. A Experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001). Confirmam-se também os clássicos trabalhos de ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *A o o Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. *Revista de Informa o o Legislativa do Senado Federal*, 1996, n. 131. jul./set., p. 283-295; e de CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constitui o o aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

objetivos de compensar-lhes pela discriminação, proporcionar-lhes igualdade de oportunidades e promover a diversidade na sociedade³¹⁴.

Um esboço histórico sobre a evolução da questão racial, sobre a legislação, a jurisprudência e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil demonstra como o Movimento Negro surgiu no Brasil, colocou o tema na agenda política, modificou a compreensão acerca da isonomia, provocou um debate na sociedade e nas instituições políticas, bem como gerou (e gera) reações contrárias, especialmente às quotas, ambos os lados embasados em diversas compreensões da igualdade.

Para isso, é preciso retroceder um pouco antes da atual Constituição da República, para entender o contexto em que o princípio da igualdade foi nesta albergado e a evolução que sobre ele continuou a operar após a sua consagração na Carta Magna, de forma a evidenciar como a pressão do movimento social, sustentada por dados empíricos e traduzida em legislação, atos administrativos e jurisprudência, pode ser efetivo instrumento de mudança social e constitucional, bem como de inserção de grupos historicamente discriminados.

No início do século XX, polvilhavam no Brasil pensamentos que sustentavam a existência de criminalidade étnica ou de raça inferior³¹⁵, idéias que contaminaram a criminologia e o direito penal brasileiro. Não por acaso, na transição do trabalho escravo para o trabalho livre, a política de imigração brasileira favorecia a chegada de europeus com o fito, dentre motivações políticas e econômicas, de promover um processo seletivo de miscigenação que, após gerações, deveria culminar no branqueamento do povo brasileiro e na formação da unidade nacional³¹⁶.

Anos depois, esse racismo científico e a busca explícita pelo branqueamento deram lugar à visão até hoje tradicional nas ciências sociais, de que Brasil e Estados Unidos seriam extremos opostos no tocante às relações raciais, sendo o segundo exemplo de segregação e ódio racial, enquanto o primeiro seria uma experiência bem-sucedida de convivência racial, numa sociedade cega à cor.

³¹⁴ Para um resumo dos fundamentos das ações afirmativas e dos respectivos grupos beneficiários, além da indicação de *standards* constitucionais, veja-se SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João. Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 345-363.

³¹⁵ A idéia de que, no Brasil, as “raças” branca, negra e indígena estariam em fases diversas da evolução biológica estava presente no pensamento de RODRIGUES, Nina. *Os Africanos no Brasil*. 5ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977, p. 20.

³¹⁶ SEYFERTH, Giralda. Construindo a nação: hierarquias raciais e o papel do racismo na política de imigração e colonização. In MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. *Raça, ciência e sociedade*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998, p. 48-49.

A doutrina nacional de outrora festejava a igualdade racial como conseqüência do elevado grau de miscigenação da sociedade brasileira, visto, não como resultante da ocupação territorial condicionada por fatores demográficos (necessidade de povoamento e escassez de mulheres brancas), mas como sinal de tolerância e elemento redutor do preconceito e da discriminação, aliado a percepções subjetivas sobre as inclinações psicológicas de portugueses, negros e indígenas³¹⁷.

Era a teoria da democracia racial, formulada nos idos de 1930 e frequentemente atribuída ao sociólogo Gilberto Freyre, autor da obra *Casa Grande & Senzala*, considerada, até hoje, um clássico dos estudos das relações raciais no Brasil, mas que sofre pesadas críticas do movimento negro³¹⁸, que a considera portadora de uma visão aristocrática, assimilacionista e paternalista em relação aos negros, nela considerados inferiores. Para os ativistas, a dinâmica do processo de miscigenação exposto por Gilberto Freyre não decorreria da indiferença dos brasileiros relativamente à raça, mas da exploração sexual das mulheres negras.

Trata-se, na verdade, de figura extremamente controvertida na história do pensamento racial brasileiro, pois, independentemente de Freyre não ter originalmente idealizado o termo “democracia racial”³¹⁹, ele teve o mérito de deixar de lado o racismo científico e afirmar que

³¹⁷ MEDEIROS, Carlos Alberto. Prefácio de Roberto Borges Martins. *Na Lei e na Raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 22.

³¹⁸ Para o movimento negro, em *Casa Grande e Senzala*: “Longe de levar à superação das clivagens raciais, a miscigenação afirma-se como um sistema ideológico que induz ao embranquecimento. Ela constitui apenas a resultante demográfica de uma relação de dominação e exploração que dissemina o preconceito racial em decorrência do qual as mulheres de cor procuram unir-se, de preferência, a parceiros mais brancos que elas. (...) O ideal do branqueamento, que se apresenta por meio da miscigenação como um anti-racismo, revela na realidade um racismo profundamente heterofobo em relação ao negro. De fato, ele oculta uma integração distorcida, marcada por um racismo que pressupõe uma concepção evolucionista da caminhada necessária da humanidade em direção ao melhor, isto é, em direção a uma população branca, pelo menos na aparência.” (D’ADESKY, Jacques. *Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil*. Rio de Janeiro: Pallas, 2001, p. 69).

³¹⁹ O papel de Gilberto Freyre e o verdadeiro significado de democracia racial são polêmicos entre a doutrina sobre relações raciais, havendo quem rebata a crítica do movimento negro, ao argumento de que “Freyre não foi o autor do conceito de ‘democracia racial’, não foi ele que cunhou o termo, hoje tão combatido. Aliás, era avesso a tal conceito, porque o que ele via como realidade era a mestiçagem e não o convívio sem conflito entre raças estanques. Jamais edulcorou a escravidão. *Casa Grande & Senzala*, a obra-prima de Freyre, dedica páginas e mais páginas ao relato das atrocidades que se fizeram contra os escravos. Está tudo ali, todo os sofrimentos impostos aos escravos: o trabalho desumano nas lavouras, as meninas menores de 14 anos, virgens, violadas na crença de que o estupro curaria a sífilis, as mucamas que tinham os olhos furados e os peitos dilacerados apenas por despertar os ciúmes das senhoras de engenho. Freyre não omite nada, expõe. É claro que também reconhece no branco português uma elasticidade, sem o que não poderia ter havido mistura. É claro que descreve certo conagraçamento entre o elemento branco e o negro. Essas características de *Casa Grande & Senzala*, no entanto, foram tão realçadas com o decorrer do tempo que muitos hoje acreditam, erradamente, que Freyre escondeu os horrores da escravidão para fazer do Brasil mais do que uma democracia racial, um paraíso. (...) No debate com o pensamento majoritário de então, o que Freyre fez foi resgatar a importância do negro para a construção de nossa identidade nacional, para a construção da nossa cultura, do

não haveria raças inferiores ou superiores, mas apenas grupos mais ou menos avançados culturalmente, o que subvertia a anterior imagem negativa da mistura racial e adotava uma postura declaradamente anti-racista e a favor da miscigenação.

Tal teoria, embora tenha resgatado a importância do negro na formação da cultura nacional e superado a imagem elitista que via a população negra como obstáculo à construção de uma civilização moderna nos trópicos, contribuiu para a idéia, a partir daí difundida, de que a colonização portuguesa no Brasil teria produzido uma singular sociedade, racialmente harmônica e infensa ao preconceito racial, onde o fato biológico da ampla miscigenação teria sido incorporado à esfera identitária.

Da miscigenação como traço definidor da nacionalidade, passou-se ao mito da democracia racial – conveniente, externamente, para que o Brasil obtivesse reconhecimento internacional na primazia da solução do problema racial, sendo motivo de orgulho nacional, e, internamente, para afastar qualquer culpa da sociedade e atribuir a inferioridade dos negros, não à raça, mas à transitória classe social – que vinha associado aos mitos da “colonização doce” e da “escravidão benevolente”³²⁰, segundo os quais os colonizadores portugueses tratariam com maior tolerância os seus colonizados e os escravocratas portugueses seriam senhores benignos e reconheceriam a natureza humana de seus escravos, permitindo que estes casassem, adquirissem propriedades e comprassem a liberdade.

Ao ignorar a perseguição às religiões e aos cultos de origem africana e a discriminação explícita em locais públicos, a teoria da democracia racial serviu de ferramenta ideológica para negar o preconceito racial e a discriminação no Brasil e permitir a construção de uma identidade nacional que abarcasse os descendentes de africanos e os indígenas, sem ameaça à hegemonia branca.

De outro lado, ao supor que a discriminação racial não existiria no Brasil e reproduzir estereótipos de papéis subordinados atribuídos aos negros, a democracia racial contribuiu sobremaneira para a não politização da raça e para o desestímulo à identificação entre os

nosso jeito de pensar, de agir e de falar.” (KAMEL, Ali. *Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 18-19). No mesmo sentido, demonstrando que Freyre não foi o autor da *democracia racial*, mencionando-a apenas tardiamente como um ideal, jamais ocultou a violência da escravidão e rompeu com o racismo científico em plena era de Hitler, valorizando a miscigenação, confira-se MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 150 e 161.

³²⁰ MEDEIROS, Carlos Alberto. *Na Lei e na Raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos*. Op. Cit., p.55.

negros³²¹, dada a ausência de um sentimento de solidariedade necessário à formação de uma identidade coletiva e a dificuldade de combater uma discriminação praticada pela sociedade, mas cuja própria existência era negada³²².

A esperança de que o Brasil servisse de modelo de relações racialmente igualitárias começou a ruir em 1950, quando um estudo patrocinado pela *United Nations Educational Scientific and Cultural Organization* - Unesco teve resultado contrário ao desejado, ao revelar que os negros sofriam desvantagens em comparação com os brancos, desigualdade que, entretanto, foi atribuída a divisões de classe numa sociedade subdesenvolvida.

A partir da década seguinte, a Escola Paulista de Sociologia, com base no determinismo econômico e representada por nomes como Florestan Fernandes e Fernando Henrique Cardoso, embora com foco na desigualdade social, passou a refutar o mito da democracia racial, traçando o vínculo entre raça e classe e postulando que o racismo da sociedade brasileira seria um resquício do escravagismo, mas que seria superado com o desenvolvimento econômico. Ou seja, a idéia prevaiente nesses trabalhos era a de que a exclusão social dos negros se devia essencialmente a fatores histórico-econômicos: a escravidão e a forma como se deu a sua abolição³²³.

Nesse cenário e embalado pelo protesto de uma bailarina norte-americana negra que fora impedida de se hospedar num Hotel em São Paulo³²⁴, surgiu o primeiro e tímido

³²¹ “Os principais componentes da não politização da raça e do desestímulo à identificação grupal entre os negros são os seguintes: a) a suposição – sobretudo por parte das elites brancas – de que, em virtude da democracia racial, a discriminação racial não existe no Brasil, ou, pelo menos, não no mesmo nível que se observa em países como a África do Sul ou os Estados Unidos; b) a reprodução e a disseminação contínua de estereótipos que subestimam os negros e valorizam os brancos, o que resulta, entre os primeiros, em auto-imagens rebaixadas e distorcidas e numa aversão à ação coletiva; c) as sanções coercitivas e a prevenção da dissidência, imposta pelos brancos aos negros que questionam ou ameaçam os padrões fundamentalmente assimétricos da interação racial. Com o correr do tempo, a interação desses elementos, como sistemas de crença e práticas sociais, passou a situar a diferença racial num campo da não-contestação, no qual os papéis sociais dominantes e subordinados de negros e brancos são tomados como a ordem natural das relações sociais. Nas poucas situações em que o conflito racial é claro e inequívoco, os debates sobre a existência de racismo no Brasil superam qualquer discussão sobre atos racistas específicos. Os atos em si ficam sem solução.” (HANCHARD, Michael George. *Orfeu e o Poder: o movimento negro no Rio de Janeiro e São Paulo - 1945-1988*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001, p. 76).

³²² Essa disjunção entre retórica e prática caracterizaria uma hegemonia racial: “Assim, os mitos da excepcionalidade e da democracia raciais proclamam a existência de um igualitarismo racial no Brasil, em comparação com outras sociedades, ao mesmo tempo que produzem sistemas de crença e práticas racialmente discriminatórios. A manutenção e a reprodução dessa disjunção entre a retórica, a ideologia e a prática social, por parte das elites brancas, definem a hegemonia racial.” (HANCHARD, Michael George. *Orfeu e o Poder: o movimento negro no Rio de Janeiro e São Paulo - 1945-1988*. Op. Cit., p. 93).

³²³ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. Cit., p. 160.

³²⁴ O episódio com a bailarina Katherine Dunham foi alvo de um discurso de Gilberto Freyre a favor do ideal da democracia racial, da tribuna da Câmara, no dia 17/07/1950, mencionado, como parte do histórico das ações afirmativas no Brasil, por MAGGIE, Yvonne. Pela igualdade. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 16, n. 3, Dec. 2008, p. 897-912. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000300011&lng=en&nrm=iso, acesso em 29/12/2009.

reconhecimento legislativo de que a raça constituía uma questão que demandava abordagem jurídica. Tratava-se da Lei nº 1.390/1951, a denominada Lei Afonso Arinos, a qual, apesar de ter sua gênese numa Resolução da Convenção Nacional do Negro, realizada em 1945 pelo Teatro Experimental do Negro, resultou num texto legal de pouca eficácia e que se limitava a definir como contravenção penal o preconceito resultante de raça ou de cor³²⁵. Embora tenha contribuído para a redução do racismo explícito, não impediu a discriminação velada, nem teria como fazê-lo.

As denúncias do movimento negro e os episódios de discriminação racial atraíram o olhar de organizações internacionais e fizeram com que o Brasil fosse signatário da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas – ONU e da Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ambas ratificadas em 1968 e vinculadas a medidas de discriminação positiva, destinadas a reverter a desigualdade que afligia determinados grupos raciais, com a adoção de uma postura estatal pró-ativa, a adequação da legislação e das políticas públicas nacionais.

Contudo, a grande virada veio depois da década de 1970, quando uma nova onda de estudos sobre questões etnoraciais, sob influência da luta contra o colonialismo na África e pelos direitos civis e contra o racismo nos Estados Unidos³²⁶, passou a expor uma realidade marcada pela desigualdade e pela discriminação, colocando a raça no cerne das desigualdades

³²⁵ É preciso que se diga, porém, que algumas das críticas formuladas à Lei Afonso Arinos e à posterior Lei n. 7.716/89 são improcedentes e fruto de provável, ainda que compreensível, desconhecimento acerca dos princípios de direito penal. Somente a isso se pode atribuir, por exemplo, as críticas à exigência de prova de que a conduta seria decorrente do preconceito de raça ou de cor, ao argumento de que a prova da motivação do agente seria impossível, bem como as críticas à lista taxativa de condutas caracterizadoras do crime e à negativa judicial de equiparar, às situações tipificadas, condutas análogas, sob o fundamento de que a tipificação exaustiva deixaria de fora inúmeras situações discriminatórias e que deveriam ser consideradas as implicações políticas do fato (críticas que se encontram, por exemplo, em MEDEIROS, Carlos Alberto. *Na Lei e na Raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos*. Op. Cit., p.108-116 e 120). Ora, a necessidade de prova das elementares do crime e do dolo do agente, extraído das circunstâncias do delito, bem como de tipicidade fechada e vedação ao emprego de analogia são próprias de todo o direito penal, informado pelos princípios da legalidade estrita, da tipicidade cerrada e da responsabilidade pessoal, razão pela qual, ainda que, na prática, dificultem a prova do crime de racismo, não constituem falhas dessa legislação específica, mas reflexo de garantias individuais.

³²⁶ Nesse período, o movimento negro brasileiro teria desenvolvido duas vertentes, fruto das influências americana e africana: “*Um núcleo de afro-brasileiros do Rio de Janeiro vinculava suas lutas às dos Estados Unidos, combinando as ideologias do Poder Negro e dos Panteras Negras com o programa mais integracionista dos ativistas dos direitos civis. Esse grupo, que acreditava que os boicotes, as paralisações e os protestos contra atos específicos de exclusão racial poderiam surtir efeito no Brasil, era conhecido como o dos americanistas. Num pretenso contraste com eles, havia os africanistas, que defendiam um tipo mais transformador de movimento negro no Brasil, pautado nos movimentos anticolonialistas da África. A palavra ‘pretenso’ foi usada na frase anterior porque não havia uma clara linha divisória que separasse os americanistas dos africanistas. (...) Os brasileiros negros, na opinião dos africanistas, deveriam fazer exigências ao Estado e à sociedade civil na condição de grupo majoritário.*” (HANCHARD, Michael George. *Orfeu e o Poder: o movimento negro no Rio de Janeiro e São Paulo - 1945-1988*. Op. Cit., p. 109).

sócio-econômicas, de que são exemplos os trabalhos de Carlos Hasenbalg e Nelson do Valle Silva.

Outrossim, a conjunção do resgate do passado escravocrata com as lutas pelos direitos civis além-mar e com fenômenos culturais como o *Black Soul* e *Black Power* faziam dos estilos de penteados e de indumentária mais que representações simbólicas, mas associações com uma identidade coletiva que ultrapassava as fronteiras brasileiras e que unia os negros de vários países pela origem no berço comum africano³²⁷, abrindo uma nova perspectiva para os negros brasileiros, que assim percebiam a dignidade da raça e a universalidade da luta antirracista.

Seja através de experiências pessoais de discriminação, seja por força do maior acesso a informações sobre a luta de afro-descendentes em outras partes do mundo, começaram a vir à tona os mecanismos de exclusão, cuja própria existência era negada e que nem sempre operavam de forma consciente, mas que mantinham os negros longe das posições de prestígio e de poder na sociedade brasileira.

Embaladas pela experiência estrangeira e aproximando-se da política de esquerda (com núcleos, inicialmente, no Partido dos Trabalhadores – PT e no Partido Democrático Trabalhista – PDT), as organizações em defesa dos direitos dos negros se difundiram pelas principais capitais do país a partir dos anos setenta – especialmente São Paulo (Movimento Negro Unificado - MNU), Rio de Janeiro (Sociedade de Intercâmbio Brasil-África - SINBA e Instituto de Pesquisa das Culturas Negras – IPCN), Salvador e Recife - e passaram a criticar abertamente o mito da democracia racial, tido como o principal óbice à formação da consciência negra e à mobilização dos afro-brasileiros.

Em 1971, o Grupo Palmares, organizado em Porto Alegre, celebrou o dia 20 de Novembro, data do aniversário da morte de Zumbi de Palmares, como o Dia da Consciência Negra, em contraposição ao 13 de Maio, dia da Abolição da Escravatura³²⁸. Iniciou-se, aí,

³²⁷ Identidade coletiva que, ao buscar laços de origem na África, é bastante criticada, pois se a identificação da raça aos genes já foi descartada pela ciência, igualmente não há conexão entre raça e ancestralidade: “*Raça é, precisamente, a reivindicação de um gueto. O nome desse gueto é ancestralidade. A vida de um indivíduo que define o seu lugar no mundo em termos raciais está organizada pelos laços, reais ou fictícios, que o conectam ao passado. Mas a modernidade foi inaugurada por uma perspectiva oposta, que se coagula nos direitos da cidadania. Os cidadãos são iguais perante a lei e têm o direito de inventar o seu próprio futuro, à revelia de origens familiares ou relações de sangue. A política das raças é a negação da modernidade.*” (MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 15).

³²⁸ Sobre a importância desses dias festivos no Estado Constitucional, é interessante a lição de Häberle: “*La celebración de tales días es finalmente expresión de conexiones antropológico-culturales: una comunidad política (más exactamente, los hombres que la integran) toma conciencia de su origen, su presente y su futuro; recuerda ciertos antecedentes y materias con la ayuda de su memoria colectiva; reconoce su deuda para con ellos y proyecta en dicho marco las perspectivas del futuro deseado; se gana así un segmento de su identidad*”

uma revisão histórica em que o movimento negro associa o quilombo de Palmares a uma experiência de igualdade e transformação social, enquanto questiona a data convencional que não teria permitido o fim da exploração dos negros brasileiros³²⁹.

Valendo-se do amplo interesse que a questão étnica à época despertava³³⁰, o movimento encontrou ressonância em setores da academia, que se dispuseram a verificar se as denúncias de discriminação e desigualdade encontravam respaldo nos dados empíricos³³¹. Estimulada pela emergência do movimento negro e pelo ingresso em cena de intelectuais e acadêmicos, a introdução de pesquisas quantitativas sobre desigualdade e relações raciais propiciou um salto qualitativo no estudo do tema.

Uma das pioneiras pesquisas censitárias sobre grupos raciais foi a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) Mão-de-Obra 1976 e o seu Suplemento de Mobilidade e Cor, com base na qual foram publicados, na década de 1980, estudos acadêmicos³³² utilizando não apenas as categorias então indicadas pelo IBGE (brancos, pretos e pardos), mas também aquelas preconizadas pelo movimento negro (negros como a soma de pretos e pardos).

Mais que isso, ao retratar a desigualdade de forma persistente e difusa e demonstrar que o branco ganhava mais, em média, do que o negro, ainda que ambos fossem analfabetos ou, no outro extremo, tivessem a mesma escolaridade e experiência profissional, essa nova

cultural.” (HÄBERLE, Peter. *Liberdad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Op. Cit., p. 37-38). E também: HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Op. Cit.

³²⁹ Para alguns, o que o movimento negro tem feito, a partir da década de 1970, seria difamar a abolição, deixando de considerá-la como um movimento simplesmente incompleto para convertê-la numa ‘falsa abolição’, ignorando que a sua narrativa evidenciava o caráter nacional e o conteúdo popular da luta antiescravista e, ironicamente, retomando a versão fabricada pelo Império, que atribuía a abolição da escravatura à vontade magnânima da princesa Isabel. Seria a substituição de uma metáfora antirracial - o abolicionismo que reuniu brasileiros de várias cores e classes - por uma metáfora racial - o quilombo de Palmares, evidência do separatismo negro. (MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. Cit., p. 322-326)

³³⁰ Especialmente a partir da década de 1980, a divulgação da teoria da justiça de John Rawls, com o seu princípio da diferença agregado à igualdade de oportunidades, serviu de base intelectual para as políticas de preferência na busca por justiça distributiva (RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1980; ou, na versão traduzida, *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002).

³³¹ MEDEIROS, Carlos Alberto. *Na Lei e na Raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos*. Op. Cit., p.76-77.

³³² Um desses estudos explica que: “*Em vários momentos estaremos reunindo pretos e pardos sob a designação ‘negros’ já que consideramos que os indivíduos que se autoclassificam nestas categorias compartilham de uma situação socioeconômica semelhante com base nos indicadores relativos a rendimento, educação, inserção na força de trabalho, mobilidade social e outros que serão apresentados no decorrer deste relatório de pesquisa. (...) O procedimento anterior é inclusive recomendado pela ONU que diz a respeito: ‘As definições e os critérios aplicados por cada país para o estudo das características étnicas da população devem, portanto, ser determinados pelos grupos que se procura estudar.’*” (OLIVEIRA, Lúcia Elena Garcia de. (et al). O lugar do negro na força de trabalho. In ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares (org.). *Trabalho e cultura no Brasil*. Brasília; Anpocs, 1981, p. 11-12).

onda de estudos, ainda em efervescência à época da Constituinte de 1988, passou a questionar e refutar conclusões simplistas de que a desigualdade racial fosse mera herança da escravidão ou subproduto da concentração de renda da sociedade brasileira, que simplesmente desapareceria com o desenvolvimento nacional.

Valendo-se dos dados produzidos sobre desigualdades raciais, o movimento negro passou a contestar a idéia da democracia racial, realçando as diferenças e afirmando a identidade afrodescendente, na tentativa de conferir ao negro um espaço positivo na sociedade brasileira.

Curiosamente, a comparação entre o Brasil e os Estados Unidos, outrora muito utilizada para realçar as qualidades da tolerante sociedade brasileira, inverteu-se e aproximou os dois países antes considerados em situações contrapostas, passando os brasileiros a buscarem difundir, aqui, a experiência norte-americana na integração social de grupos historicamente discriminados e na utilização da lei como instrumento de mudança social.

A Constituição de 1988 foi um marco, ao trazer dispositivos referentes à população negra e consagrar o ideal da igualdade material, mas, como visto, não surgiu do nada, nem pôs fim à discussão, como se verá adiante, sendo intensificado, no Brasil e no mundo, o debate entre as políticas de reconhecimento e de redistribuição.

Colocando como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos, dentre outros, de raça ou cor (art. 3º, IV), repudiando o racismo (art. 4º, VIII), garantindo a liberdade religiosa e o exercício dos cultos religiosos (art. 5º, VI), preocupando-se em proteger a cultura afro-brasileira (art. 215), tombando as comunidades remanescentes de quilombos e garantindo-lhes a propriedade (art. 216, §5º e art. 68 do ADCT) e determinando que a lei tipificasse o racismo como crime imprescritível e inafiançável (art. 5º, XLII), a CF/88 rompeu com o racismo³³³ e reconheceu a diversidade étnica nacional, abrindo espaço para vencer a relutância em se fazer da lei um instrumento de mudança social nesse campo.

Até então, assim como a Constituição Imperial de 1824, as Constituições republicanas de 1891 e 1937 sequer faziam referência à raça e a Constituição de 1934, embora trouxesse expressamente o direito à igualdade, sem distinções, inclusive de raça, contraditoriamente restringia a imigração com base na integração étnica e em determinados percentuais que encobriam uma possível seleção dos imigrantes desejáveis, bem como acolhia a educação

³³³ MEDEIROS, Carlos Alberto. *Na Lei e na Raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos*. Op. Cit., p. 117.

eugênica como política pública, abrindo as portas ao racismo e ao branqueamento³³⁴. As Constituições posteriores não inovaram significativamente no tema, embora as Constituições de 1946 e 1967 também fizessem referência ao princípio da igualdade, sem distinção de raça.

Concomitantemente à nova ordem constitucional e especialmente a partir do Centenário da Abolição em 1988³³⁵, em que a desigualdade racial preponderou no debate nacional, os ativistas do movimento negro se esforçaram cada vez mais para, numa reação contra-hegemônica, subverter os valores dominantes da harmonia racial e mostrar os vínculos entre raça, desvalia social e negação dos direitos humanos, provocando mudanças de atitude de vários setores da sociedade brasileira e conferindo ao próprio movimento negro - até então fragmentado em diferentes estratégias e compromissos ideológicos -, alguma coerência e direção, que possibilitasse a unificação da cultura com a política.

A falta de consciência racial³³⁶ entre os afro-brasileiros foi paulatinamente substituída pela mobilização política em torno da distribuição desigual dos recursos e o movimento negro fez a transição de práticas meramente culturais (fins em si mesmas) e posturas contrárias ao

³³⁴ Graças aos artigos 121, §§6º e 7º e 138, 'b', a Constituição de 1934 é apontada como a mais racista da história brasileira, pois, apesar de ter consagrado a igualdade formal, conferiu legitimidade constitucional a uma das pseudociências mais racistas de todos os tempos e refletiu a teoria do branqueamento na sua política de imigração, fazendo com que as políticas públicas conduzissem à contínua subordinação dos negros (ECCLES, Peter. Culpados até prova em contrário: os negros, a lei e os direitos humanos no Brasil. *Estudos afro-asiáticos*, n. 20, jun. 1991, p. 20, 57 e 138).

³³⁵ Sobre a importância das comemorações do Centenário da Abolição: *“Com frequência, as comemorações nacionais nas sociedades multirraciais revelam disjunções de raça e classe que, de outra forma, raramente seria expostas e discutidas. As questões da identidade nacional e racial, da opressão e dos conflitos de lealdade figuram com destaque nas comemorações que tentam projetar uma imagem de união popular e coesão nacional. A dialética entre a desigualdade racial e o mito da democracia racial evidenciou-se em 1988, nas comemorações do centenário da Abolição (...). Esse evento de um ano inteiro trouxe à tona diversas contradições da política racial brasileira. No nível macropolítico, houve tensões entre as elites brancas – com seu desejo e sua estratégia de ‘administração’ do tom e da força das comemorações – e os ativistas afro-brasileiros que a eles se opuseram. Em termos de micropolítica, também houve tensões dentro do movimento negro no Brasil, em sua tentativa de se definir em relação à sociedade brasileira como um todo e, mais fundamentalmente, em relação a si mesmo. (...) A comemoração do Centenário da Abolição no Brasil, em 1988, foi o acontecimento mais importante para o movimento negro na era posterior à Segunda Guerra Mundial, por duas razões. Foi a primeira vez em que as múltiplas formas de desigualdade racial contra os afro-brasileiros tornaram-se um tema preponderante no debate nacional. Para os afro-brasileiros, os eventos dessa comemoração representaram uma das poucas ocasiões, no período pós-guerra, em que eles exerceram uma ação coletiva contra as práticas estatais, tanto discursivas quanto não discursivas, e contra as atitudes do senso comum, na sociedade civil, a respeito da história e do legado permanente da opressão brasileira.”* (HANCHARD, Michael George. *Orfeu e o Poder: o movimento negro no Rio de Janeiro e São Paulo - 1945-1988*. Op. Cit., p. 8, 25 e 167).

³³⁶ *“A consciência racial é aqui definida como o resultado dialético dos antagonismos entre dois ou mais grupos definidos como ‘raças’ numa dada sociedade. Dessa dialética emerge o reconhecimento coletivo e individual das relações de poder entre os grupos ‘raciais’ socialmente definidos. (...) A consciência racial representa o pensamento e a prática dos indivíduos e grupos que reagem à sua subordinação com uma ação individual ou coletiva, destinada a contrabalançar, transpor ou transformar as situações de assimetria racial.”* (HANCHARD, Michael George. *Orfeu e o Poder: o movimento negro no Rio de Janeiro e São Paulo - 1945-1988*. Op. Cit., p. 30-31).

sistema, para práticas culturais como meios de obter avanço coletivo e formas de contestação política institucionalizadas, politizando a discussão sobre a desigualdade racial no Brasil.

Alguns episódios alcançaram as manchetes da grande mídia e contribuíram, nem sempre da forma esperada, para a repercussão da discussão sobre o equilíbrio racial no país, como ocorreu com o anúncio de roupas infantis da fabricante *Smuggler*, publicado no Jornal do Brasil em homenagem ao dia das crianças, que trazia a imagem de uma babá negra, amarrada e cercada de crianças brancas (1988) e com um *outdoor* da campanha mundial pela diversidade da *United Colors of Benetton*, que, numa versão nacional, mostrava uma mulher negra, amamentando um bebê branco (1990).

Em obediência ao ditame constitucional e em consequência dessa realidade, a Lei Afonso Arinos foi substituída pela Lei nº 7.716/1989, também conhecida como Lei Caó (homenagem ao Deputado Federal Carlos Alberto de Oliveira, um dos principais defensores da mudança legislativa), vigente até os dias de hoje e que pune os crimes (não mais contravenções) resultantes de preconceito de raça ou de cor, apenando diversas condutas impeditivas do acesso dos negros a estabelecimentos e serviços.

Desde então, há transformações fundamentais em curso³³⁷, que só podem ser adequadamente percebidas a partir de uma perspectiva histórica, mas que evidenciam o crescimento do movimento negro nacional, mais organizado e articulado, cujos líderes solitários de outrora foram substituídos por entidades militantes negras que, com o apoio político e financeiro de organizações e fundações internacionais³³⁸, promovem não só a cultura afro-brasileira, mas o estudo, a pesquisa e a articulação política, manifestando, em todo o país e em vários setores, o inconformismo com o *status quo*. Desenvolveu-se a tríade universidade, organizações não-governamentais - ONGs e poder público.

Consequência disso é, desde a década de 1990, a gradual mudança de atitude do Estado brasileiro, em todos os níveis e esferas do governo, nos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público, os quais deixaram a mera postura defensiva da democracia racial e adotaram posições de reconhecimento do problema racial, por vezes culminando em ações concretas na promoção da igualdade racial.

Pouco a pouco, o Estado abandonou uma posição de suposta neutralidade e assumiu sua quota de responsabilidade pela condução de um processo que não só reconhecesse a

³³⁷ Várias das transformações a seguir foram extraídas de MEDEIROS, Carlos Alberto. *Na Lei e na Raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos*. Op. Cit., p. 16-20.

³³⁸ A Fundação Ford teria adotado a estratégia multiculturalista na década de 1970 e passado, desde então, a patrocinar estudos étnicos-raciais e financiar grupos de pressão de minorias em todo o mundo, inclusive no Brasil (MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. Cit., p. 90).

existência de discriminação racial, mas que pudesse levar à superação das desigualdades raciais. A tímida e embrionária criação de Conselhos Municipais de Comunidades Negras foi reforçada, em 1988, pela criação da Fundação Palmares³³⁹, vinculada ao Ministério da Cultura e motivada pelas manifestações do Centenário da Abolição, com a função de apoiar a ascensão social da população negra.

Contudo, o grande impulso ao movimento negro veio no Governo de Fernando Henrique Cardoso, que, apesar de nunca ter pessoalmente defendido a adoção de quotas raciais nas universidades, adotou várias medidas em prol das ações afirmativas.

Já no primeiro mandato de FHC, em resposta à Marcha Zumbi dos Palmares pela Igualdade, a Cidadania e a Vida, por ocasião do tricentenário da morte de Zumbi, o ano de 1995 foi instituído como o Ano Zumbi de Palmares (Lei nº 9.125/95) e foram criados o Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra – GTI (1995) e o Grupo de Trabalho para a Eliminação da Discriminação no Emprego e na Educação – GTDEO (1996), com a participação de representantes da sociedade civil e com o objetivo de sugerir políticas de valorização da comunidade afrodescendente e de combate à discriminação no emprego.

Também em 1996, foi lançado o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH I), que colocava dentre suas metas a inclusão do quesito “cor” nos sistemas de informação e registro sobre a população brasileira, o apoio às iniciativas públicas e privadas de valorização da população negra e de discriminação positiva, o desenvolvimento de ações afirmativas em cursos profissionalizantes e no ensino superior, bem como a determinação de que o IBGE adotasse o critério segundo o qual pretos e pardos seriam considerados integrantes da população negra, o que não chegou a ser implementado, muito por resistência interna do IBGE, que via nisso uma negação da realidade da mestiçagem.

Ainda em 1996, o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA realizou o seminário “Ações Afirmativas: estratégias antidiscriminatórias?” e o próprio Ministério da Justiça organizou o seminário internacional “Multiculturalismo e Racismo: o papel da ação afirmativa nos Estados Democráticos contemporâneos”³⁴⁰, em cuja abertura o Presidente

³³⁹ O *site* da Fundação Palmares (www.palmares.gov.br) traz um *link* específico sobre ações afirmativas, inclusive com a lista de universidades que já adotaram as quotas sociais e/ou raciais.

³⁴⁰ A discussão, pelo governo, das políticas públicas voltadas para a população negra estimulou o debate acerca dos argumentos pró e contra as ações afirmativas, como se nota em GUIMARAES, Antônio Sérgio Alfredo. Políticas Públicas para a ascensão dos negros no Brasil: argumentando pela ação afirmativa. *Afro-Ásia*, 18, 1996, p. 235-261, no qual o autor já adiantava que “a agenda anti-racista precisa, ao invés de banir a palavra, construir e vulgarizar um conceito propriamente sociológico de raça. Conceito que desloque do imaginário erudito o conceito biológico de raça. Falo propositadamente em imaginário erudito e não em imaginário social

Fernando Henrique Cardoso se declarou favorável a tais políticas públicas, mantendo a posição que defendia enquanto sociólogo³⁴¹. Numa conquista simbólica do movimento negro, o nome de Zumbi dos Palmares foi inscrito no Livro dos Heróis da Pátria (Lei nº 9.315/96).

Em 1997, no dia da Valorização da Consciência Negra, várias comunidades negras remanescentes de quilombos receberam títulos de propriedade do Estado e uma nova investida legislativa, através da Lei nº 9.459/97, incluiu o §3º ao artigo 147 do Código Penal, tipificando, como forma qualificada do crime contra a honra, a injúria perpetrada com a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem. Na prática, várias ofensas e humilhações quotidianas que não se enquadravam nos crimes de racismo, na medida em que não chegavam a obstar o acesso dos negros a estabelecimentos ou serviços, passaram a constituir crime contra a honra subjetiva da vítima.

No ano seguinte, foi criado o Conselho Nacional de Combate à Discriminação (Lei nº 9.649/98) e publicada a obra *Construindo a democracia racial*, com discursos do Presidente FHC e o relatório do Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra – GTI.

Em 1999, um estudo realizado pelo Dieese e pela Fundação Seade para o Instituto Interamericano Sindical pela Igualdade Racial (Inspir) elaborou um Mapa do Negro no Mercado de Trabalho, com base na situação desses trabalhadores em regiões metropolitanas, confirmando o caráter difuso da discriminação racial, que atingia todos os setores do mercado de trabalho. Os negros apareciam em posição desvantajosa no tocante à remuneração, à taxa e duração do desemprego, ao acesso a funções de direção, ao trabalho infantil, à duração da jornada de trabalho, ao trabalho doméstico etc. Os dados sistematicamente desfavoráveis à população negra indicavam que a posição destes na sociedade não poderia ser explicada simplesmente pela baixa escolaridade ou pelo despreparo profissional, mas seriam decorrentes de critérios discriminatórios³⁴².

porque estou certo de que neste último plano o fenômeno de naturalização e essencialização dos conceitos é algo irreversível, algo que (...) faz parte do instrumental de qualquer tecnologia de dominação. (...) O nosso grande desafio como nação, portanto, é o de não cair numa paralisia a um só tempo relativista e fatalista, ou seja, que não aceitemos como um traço definidor da nação o que criticamos. Não podemos continuar a dispensar um tratamento formal igual aos que, de fato, são tratados estamentalmente. Políticas de ação afirmativa têm, antes de mais nada, um compromisso com o ideal de tratarmos todos como iguais. Por isso, e só por isso, é preciso, em certos momentos, em algumas esferas sociais privilegiadas, que aceitemos tratar como privilegiados os desprivilegiados.”

³⁴¹ MEDEIROS, Carlos Alberto. *Na Lei e na Raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos*. Op. Cit., p. 162-163.

³⁴² Estas foram as conclusões extraídas do relatório da pesquisa por BENTO, Maria Aparecida Silva. *Igualdade e Diversidade no Trabalho*. In BENTO, Maria Aparecida Silva (org.). *Ação Afirmativa e diversidade no trabalho*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, p. 17-18.

Os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) de 1999 também contribuíram para a conclusão de que a pobreza, no Brasil, tinha cor³⁴³ e foram acompanhados da assertiva de que, segundo a metodologia do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), em nenhuma região do país a população negra alcançava um índice de desenvolvimento humano (IDH) elevado, enquanto a população branca atingia esse índice nas regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste³⁴⁴.

A partir daí, várias pesquisas, lideradas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, passaram a produzir indicadores socioeconômicos desagregados por raça, revelando o fosso que separa o Brasil branco do Brasil negro, há muito alardeado, sem sucesso, pelo movimento negro. A ampla, deliberada e periódica divulgação desses dados, inclusive com a chancela oficial do governo, chamou a atenção da mídia e contribuiu sobremaneira para a mobilização da militância negra, ensejando políticas de ações afirmativas.

Tais pesquisas trouxeram à tona tristes dados de um país que festeja uma suposta democracia racial³⁴⁵: a incidência da pobreza e da indigência na população negra chega a ser duas vezes maior do que entre os brancos; a taxa de analfabetismo, em queda nas últimas décadas, continua em patamares duas vezes mais altos entre os negros do que entre os brancos, em todas as faixas etárias; a inclusão educacional, apesar dos recentes avanços, atingiu mais rapidamente os brancos do que os negros; a universidade brasileira, apesar do aumento absoluto do número de matrículas, continua fechada aos negros e o número destes com diploma atingiu, em 2001, percentual equivalente ao alcançado, nos Estados Unidos, em 1947, em plena era da segregação, antes das decisões integracionistas da Suprema Corte e das políticas de ações afirmativas; dados que se refletem no mercado de trabalho, onde as taxas de

³⁴³ A afirmação foi feita pelo economista do IPEA, Ricardo Henriques: “Assim, além do inaceitável padrão de pobreza no país, constatamos a enorme sobre-representação da pobreza entre os negros brasileiros. E esse excesso de pobreza concentrado entre a comunidade negra mantém-se estável ao longo do tempo, em particular na última década.” (HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade Racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*. Texto para discussão n. 807. Brasília: Ipea, jul. 2001, p. 10, disponível em http://www.ipea.gov.br/pub/td/2001/td_0807.pdf, acesso em 30/12/2009).

³⁴⁴ PAIXÃO, Marcelo. Os indicadores de desenvolvimento humano (IDH) como instrumento de mensuração de desigualdades étnicas: o caso do Brasil. *Boletim do Instituto de Saúde* n. 31, Dez/2003, p. 4-6, disponível em <http://www.isaude.sp.gov.br/smartsitephp/media/isaude/file/bis/bis31.pdf>, acesso em 31/12/2009.

³⁴⁵ Realidade, porém, há muito conhecida pelos estudiosos das relações raciais no Brasil, como evidencia o desabafo do sociólogo Carlos Hasenbalg, que se sentia parte de um gueto nas ciências sociais brasileiras, frustrado por não ser ouvido: “Pensando nos brasileiros, o habitante do gueto às vezes acredita estar frente a um fenômeno colossal de inconsciência racial e se pergunta como é possível que esses brasileiros ainda entendam o país nos termos ditados por Gilberto Freyre há mais de cinquenta anos. (...) como é possível que as pessoas pensem em democracia racial numa sociedade em que a noção de democracia, a secas, sem qualificativo, tem existido em quantidade tão limitada. (...) a noção de democracia racial não passa de uma idealização prematura cujo efeito tem sido paralisar e abortar as poucas tentativas de gerar uma sociedade racialmente mais igualitária.” (HASENBALG, Carlos; SILVA, Nelson do Valle. *Relações raciais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1992, p. 9-10).

desemprego, de informalidade e de subemprego da população negra são sistematicamente maiores do que as dos brancos³⁴⁶.

Convém lembrar que, embora a biologia tenha há muito deslegitimado a idéia de raça do ponto de vista científico³⁴⁷, o movimento negro seguiu apoiado no pressuposto da denominada “raça social”, historicamente construída e socialmente percebida de forma particular por diferentes sociedades, que assim formam as categorias como branco, negro, índio, etc. e as hierarquias que as estruturam socialmente. Daí o caráter dinâmico das categorias e hierarquias raciais, que são fruto de processos flexíveis, já que o fato de serem construções socioculturais não impede que tais conceitos se prestem a mecanismos de dominação, ou seja, não se elimina o racismo eliminando a palavra³⁴⁸.

A concepção de raça, surgida a partir de distinções sistemáticas feitas pelos descobridores europeus em face dos povos que lhes eram fisicamente diferentes, e desenvolvida pelas classificações científicas ou taxonomias próprias da racionalidade iluminista, traduziu aspectos como a cor da pele, o formato do nariz e a textura dos cabelos como sinais exteriores de diferenças intelectuais, morais e psicológicas³⁴⁹.

O que o movimento negro demonstrou foi que, ainda que esse racismo científico tenha sido abandonado pela biologia contemporânea, praticamente unânime em negar a idéia de raça, o mesmo não se pode dizer do racismo do senso comum, que continua a utilizar a raça

³⁴⁶ MEDEIROS, Carlos Alberto. Prefácio de Roberto Borges Martins. *Na Lei e na Raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 13-15.

³⁴⁷ Diante do genoma humano, diferenças como cor da pele, textura do cabelo e formato do nariz são determinadas por um conjunto de genes praticamente insignificantes, o que fez com que o geneticista Craig Venter, após descrever a seqüência do genoma humano, tenha concluído que a raça é um conceito social, não um conceito científico, conforme se extrai do site [http://en.wikipedia.org/wiki/Race_\(classification_of_human_beings\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Race_(classification_of_human_beings)).

³⁴⁸ MEDEIROS, Carlos Alberto. *Na Lei e na Raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos*. Op. Cit., p. 31-36.

³⁴⁹ “As a taxonomy par excellence, however, race provided the categorical boundaries that ensured the exclusiveness of the bearers of the rights of man. This Jeffersonian fusion of bourgeois political ideology with classificatory natural science, of power with knowledge, gave race its singular epistemic purchase on Enlightenment and post-Enlightenment thought. Thus the point is not just that the prestige of science afforded an authoritative warrant to the categorical cleavage within humanity that the concept of race ordained. It is rather (or also) that race reconciled and unified two of the most formative - perhaps even the two most formative - components of the Enlightenment complex.” (WOLFE, Patrick. Land, labor and difference: elementary structures of race. *American History Review*, v. 106, n. 3, jun. 2001, p. 876, disponível em <http://www.historycooperative.org/journals/ahr/106.3/ah000866.html>, acesso em 29/12/2009). **Tradução livre:** Como uma taxonomia por excelência, contudo, a raça fornecia as fronteiras categóricas que asseguravam a exclusividade dos portadores dos direitos do homem. Essa fusão jeffersoniana de ideologia política burguesa com ciência natural classificatória, de poder com conhecimento, conferiu à raça o seu singular valor epistêmico no pensamento iluminista e pós-iluminista. Portanto, o essencial não é apenas que o prestígio da ciência forneceu uma justificativa oficial à clivagem no interior da humanidade que o racismo estabelecia. Mais que isso (ou também) é o fato de que a raça conciliava e unificava dois dos principais elementos formativos – talvez os dois principais – do complexo do Iluminismo.

social³⁵⁰ (o fenótipo) como eficiente base à discriminação. Ou seja, ainda que a categoria da raça não se preste para avaliar a capacidade humana, ela continuaria determinando o *status* de indivíduos e grupos em sociedades “multirraciais”³⁵¹.

Como resultado dessa luta de décadas e da Pré-Conferência Regional das Américas, realizada, no final de 2000, no Chile, em 2001, no segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso, o Estado brasileiro oficialmente reconheceu, em fóruns nacionais e internacionais, a existência de racismo estrutural no país e o papel do preconceito na mazela da população negra, tornando-se signatário da Declaração e do Plano de Ação da III Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Intolerâncias Correlatas, realizada em Durban, na África do Sul, fato emblemático na luta pela igualdade racial³⁵².

Embora ainda durante a preparação da participação brasileira na referida Conferência Mundial o relatório do Comitê Nacional já apresentasse a proposta de ações afirmativas em prol dos afrodescendentes, a Declaração de Durban teve inegável impacto no rumo das ações afirmativas no Brasil. Mesmo após inúmeras dificuldades enfrentadas pelo evento³⁵³, que

³⁵⁰ “O termo raça (...) refere-se ao emprego de diferenças fenotípicas como símbolos de distinções sociais. Os significados e as categorias raciais são construídos em termos sociais, e não biológicos. Esses símbolos, significados e práticas materiais distinguem sujeitos dominantes e subordinados, de acordo com suas categorizações raciais. A raça, sob esse aspecto, é não apenas um marcador da diferença fenotípica, mas também do status, da classe e do poder político. Nesse sentido, as relações raciais são também relações de poder.” (HANCHARD, Michael George. *Orfeu e o Poder: o movimento negro no Rio de Janeiro e São Paulo - 1945-1988*. Op. Cit., p. 30).

³⁵¹ Aliás, a compreensão da raça, não em termos biológicos, mas antropológicos e sociológicos, já levou o Supremo Tribunal Federal a manter a condenação, pelo crime de racismo, do editor Siegfried Ellwanger, no famoso *Habeas Corpus* 82424/RS, Tribunal Pleno, Rel. p/acórdão, Min. Maurício Corrêa, DJ 19.03.2004, p. 017.

³⁵² Às inúmeras críticas feitas à Conferência de Durban, convém lembrar que: “A verdade é que Durban foi a melhor conferência que se poderia realizar sobre temas tão abrangentes, em condições tão adversas, numa situação internacional que, em adição à doxa econômica neoliberal (para falar com Bourdieu) avessa a preocupações sociais, já se mostrava cada dia menos favorável ao multilateralismo e à diplomacia parlamentar. O simples fato de ela ter tido seus documentos finais adotados sem voto (...) representa, como já dito, um progresso com relação às conferências de 1978 e 1983. Muito mais do que isso, porém, os documentos de Durban trazem novos conceitos e compromissos importantes, particularmente para o combate ao racismo estrutural. Estes podem ser utilizados como guias à atuação dos Estados, internamente e em ações internacionais, ou como instrumento semi-jurídico para cobranças das sociedades aos governos.” (ALVES, J. A. Lindgren. A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos. *Rev. Bras. Polít. Inst.* 45 (2); 198-223, 2002, p. 207-208, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292002000200009&script=sci_arttext, acesso em 29/12/2009).

³⁵³ Tais dificuldades foram detalhadas por Lindgren Alves: “(...) a expressão corrente ação afirmativa foi banida da Conferência, por mais que os movimentos negros – inclusive o brasileiro – e outros grupos organizados presentes ao evento a defendessem. E foi banida exatamente pelo país que a inventou, na linguagem e na prática: os Estados Unidos. (...) E de nada adiantou, para a linguagem dos documentos, a retirada dos Estados Unidos. Seus aliados mais fiéis presentes velaram zelosamente para que essa expressão, hoje universalmente consagrada, não reaparecesse em qualquer parágrafo (...). Outro fato que merece ser lembrado, pela ironia de que se reveste, foi a quantidade de vezes que (...) certas delegações européias fizeram questão de afirmar sua não aceitação da noção de raça (...). Todos de boa fé sabem que “raça” é, sobretudo,

foram desde a negativa de que o consagrado termo “ações afirmativas” constasse da declaração até as discussões sobre a existência da “raça”, passando pela retirada das delegações de Israel e dos Estados Unidos, os documentos finais da Conferência firmaram relevantes compromissos com a diversidade cultural e acolheram a identidade dos afrodescendentes, abrindo-lhes as portas para o reconhecimento de direitos coletivos ³⁵⁴.

No mesmo governo, foi implementado um programa de bolsa de estudos para afro-brasileiros em cursos preparatórios de candidatos à carreira diplomática no Instituto Rio Branco ³⁵⁵, previstas quotas para negros, mulheres e deficientes em cargos comissionados nos Ministérios do Desenvolvimento Agrário e da Justiça e instituído um Conselho Nacional de Combate à Discriminação. Fora do Poder Executivo, mas também em 2001, o Supremo Tribunal Federal criou quotas com reserva de vagas para negros, mulheres e deficientes nas empresas prestadoras de serviços ao tribunal.

Em 2002, foi lançado o segundo Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH II), que mencionava as ações afirmativas, determinava a implantação do quesito raça nos sistemas

uma construção social, negativa ou positiva conforme o objetivo que se lhe queira dar. Pode ou não envolver traços físicos, cor de pele, língua, religião ou costumes “racializados”. (...) O problema não está na existência ou não de raças, mas no sentido que se dá ao termo. Se atribuímos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, lingüísticas ou etno-religiosas de qualquer população, estaremos sendo racistas, quase sempre para o mal. Como explicita Wierwiorka, o racismo hoje em voga é muito mais cultural e diferencialista do que científico e instrumental, como ocorreu no passado. Seja com base “científica”, universalista mas inferiorizante, ou “cultural” diferencialista e excludente, a verdade nua e crua é que o racismo existe, segrega, discrimina e mata. Fenômeno socio-econômico e político, ele faz estragos terríveis em primeiro lugar às vítimas e sua coletividade. Fá-lo também à sociedade como um todo, onde os inocentes, acomodados ou não, são igualmente alvo do ódio retribuído.” (ALVES, J. A. Lindgren. A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos. Rev. Bras. Polít. Inst. 45 (2); 198-223, 2002, p. 207-208, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292002000200009&script=sci_arttext, acesso em 29/12/2009).

³⁵⁴ Sobre a importância e o alcance das conclusões da Conferência de Durban, que foram muito além das quotas, assim se manifestou o movimento negro: “*Em suma, os documentos aprovados em Durban instam os Estados a adotarem a eliminação da desigualdade racial nas metas a serem alcançadas por suas políticas universalistas. No Brasil, isso equivaleria, por exemplo, a alterar o padrão de desigualdade nos índices educacionais de negros e brancos, que, segundo os dados do IPEA, mantivesse inalterado por quase todo o século XX, apesar da democratização do acesso à educação. Significaria redesenhar as políticas na área de saúde, de forma a permitir a equalização da expectativa de vida de brancos e negros, que é em média de 5 anos menor para os negros; promover o acesso racialmente democrático ao mercado de trabalho, às diferentes ocupações, à terra, à moradia e ao desenvolvimento cultural e tecnológico. Assim posto, a agenda que Durban impõe vai muito além das propostas de cotas que vêm monopolizando e polarizando o debate da questão racial no Brasil. Embora sejam um dos efeitos positivos da Conferência, as cotas podem reduzir e obscurecer a amplitude e diversidade dos temas a serem enfrentados para o combate ao racismo e à discriminação racial na sociedade brasileira. O que Durban ressalta e advoga é a necessidade de uma intervenção decisiva nas condições de vida das populações historicamente discriminadas. É o desafio de eliminação do fosso histórico que separa essas populações dos demais grupos, o qual não pode ser enfrentado com a mera adoção de cotas para o ensino universitário. Precisa-se delas e de muito mais.*” (CARNEIRO, Sueli. A Batalha de Durban. Revista Estudos Feministas, Ano 10, 1/2002, p. 209-214, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11639.pdf>, acesso em 28/12/2009).

³⁵⁵ O Programa Bolsa-Prêmio de Vocação para a Diplomacia permanece em vigor, como se extrai do site do Instituto Rio Branco: <http://www.irbr.mre.gov.br/>.

de informações demográficas e a revisão dos livros didáticos para resgatar a contribuição dos afrodescendentes, bem como voltava a propor ao IBGE a unificação de pretos e pardos. No mesmo ano, foi instituído um Programa Nacional de Ações Afirmativas (Decreto 4.228/2002), com menção a metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas com deficiência na Administração Pública Federal, programa, porém, que não chegou a ser complementemente concretizado³⁵⁶.

A partir daí, alguns censos demográficos apontaram uma queda no percentual dos brasileiros que se declaravam “pardos” e um aumento das outras categorias utilizadas pelo IBGE, inclusive a de “pretos”, o que, além de reforçar o caráter dinâmico das categorias raciais, pode ser um indicativo positivo do crescente reconhecimento da identidade étnica, fruto dos movimentos sociais e da melhora na auto-estima dos brasileiros afro-descendentes.

Paralelamente, várias universidades públicas, encabeçadas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (2002) e pela Universidade de Brasília – UnB (2003)³⁵⁷ e seguidas pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul - UEMS (2003), pela Universidade do Estado da Bahia – UneB (2003) e pela Universidade Federal da Bahia (2003), dentre outras, instituíram programas de quotas raciais ou passaram a atribuir prioridade à discussão e deliberação de projetos semelhantes³⁵⁸.

Desde então, praticamente todas as universidades públicas estaduais e federais foram instadas a, pelo menos, estudar formas de inclusão de afro-descendentes, seja por iniciativa própria, seja por provocação do Ministério Público, culminando com várias decisões judiciais sobre o tema³⁵⁹, decorrentes de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público ou

³⁵⁶ Parte do histórico das ações afirmativas no Brasil pode ser encontrado em MOEHLECKE, Sabrina. *Ação Afirmativa: História e debates no Brasil*. Cadernos de Pesquisa n. 117, nov./2002, p. 197-217, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>, acesso em 28/12/2009.

³⁵⁷ De acordo com Demétrio Magnoli, quando implantou o sistema de quotas raciais, a UERJ teria recebido uma das maiores doações da Fundação Ford até então (US\$ 1, 3 milhão) e a UnB teria sido contemplada com doações sucessivas após a adoção das quotas (MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. Cit., p. 99).

³⁵⁸ Além de inúmeras universidades estaduais, várias universidades federais – tais como Universidade Federal de Alagoas – UFAL, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Universidade de Brasília – UnB, Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, Universidade Federal do Pará – UFPA, Universidade Federal do Piauí – UFPI, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Universidade Federal Fluminense – UFF, Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF - adotaram algum sistema de quotas sociais e/ou raciais ou para minorias.

³⁵⁹ As ações civis públicas e os mandados de segurança inseriram o Poder Judiciário no debate sobre as ações afirmativas, ensejando decisões judiciais pró e contra as quotas universitárias sociais e/ou raciais: **TRF-1ª R.**, AC 1999.35.00.019412-6/GO, 6ª T., Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, DJ 21.09.2009, AC 1999.38.00.036330-8/MG, 5ª T., Rel. Des. Selene Maria de Almeida, DJ 19.04.2007, AMS 2006.33.00.008424-9/BA, 5ª T., Rel. Des. João Batista Moreira, DJ 17.05.2007; **TRF-2ª R.**, AC 321794/ES, 8ª T. Esp., Rel. Des. Guilherme Calmon, DJU 31.03.2005, AC 430777/RJ, 8ª T. Esp., Rel. Dês. Poul Erik Dyrlynd, DJU 02.02.2009; **TRF-4ª R.**,

mandados de segurança impetrados por candidatos ao vestibular, o que evidencia que as ações afirmativas se tornaram realidade no Brasil³⁶⁰.

Ainda em 2002, as ações afirmativas também foram novidade nos debates entre os candidatos à Presidência da República, em que os principais candidatos foram instados a se posicionarem sobre a questão do racismo e da desigualdade racial, manifestando-se favoravelmente às ações afirmativas³⁶¹.

Especialmente na versão reduzida às quotas, a discussão sobre as ações afirmativas acendeu um amplo debate na sociedade brasileira, incorporando a questão racial à agenda política brasileira em dimensão suprapartidária, resultado da luta social do movimento negro em combater o mito da democracia racial e as múltiplas formas de discriminação sofridas pelos afro-brasileiros, com o apoio da produção acadêmica e de pesquisas quantitativas, não só sobre racismo ou preconceito, fenômenos dificilmente detectáveis e quantificáveis, mas sobre a concreta desigualdade racial³⁶². O movimento social aos poucos se transformou em política de governo.

O tema também se fez presente na mídia, falada ou impressa, sendo inúmeros os artigos publicados³⁶³ contra ou a favor das ações afirmativas e, especificamente, das quotas raciais. As ações afirmativas tiveram, pois, o saudável efeito de provocar o debate público da questão racial.

Medidas semelhantes tiveram seguimento no Governo Lula, que aprovou alteração legislativa incluindo o Dia Nacional da Consciência Negra no calendário escolar e tornando

ApelReex 2009.72.000010787/SC, 3ª T., Rel. Des. João Pedro Gebran Neto, DE 04.11.2009, ApelReex 2009.72.000042016/SC, 3ª T., Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores, DE 04.11.2009, ApelReex 2008.71.000025462/RS, 3ª T., Rel. Des. Roger Raupp Rios, DE 05.08.2009; **TRF-5ª R.**, AG 87917/AL, 1ª T., Rel. Dês. Francisco Cavalcanti, DJ 04.05.2009; TRF-5ª R., AI 2006.05.00.044.186-0/AL, 3ª T., Rel. Des. Élio Wanderley Siqueira Filho, DJ 03.08.2007; **STJ**, RESp. 113247-6, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, DJe 21.10.2009.

³⁶⁰ Aliás, embora num outro contexto, as ações afirmativas chegaram a ser expressamente mencionadas como um dos fundamentos no julgamento da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, como parte de um constitucionalismo fraternal, de um novo tipo de igualdade e de um projeto de inclusão comunitária pela via da identidade étnica: STF, PET 3388/RR, Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 25.09.2009.

³⁶¹ SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo Sóciojurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 342, 14 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302>>. Acesso em: 24 jan. 2010.

³⁶² MEDEIROS, Carlos Alberto. *Na Lei e na Raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos*. Op. Cit., p. 165.

³⁶³ Como exemplo, pode-se citar: SANTOS, Ivanir dos; MEDEIROS, Carlos Alberto. Privilégios ameaçados. *O Globo*, Rio de Janeiro, 21 dez 2001; MEDEIROS, Carlos Alberto. Ação afirmativa e honestidade intelectual. *O Globo*, Rio de Janeiro, 19 abril 2002; KAMEL, Ali. Somos todos pardos. *O Globo*, Rio de Janeiro, 29 dez. Opinião; MAGNOLI, Demétrio. Constituição do racismo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 jan. 2006, Opinião; SANTOS, Hélio. Pelo milagre da inclusão. *Revista Isto É*. São Paulo, n. 1782, p. 89-91, 26 nov. 2003; PEREIRA, Camila. Cota, sim, mas com mérito. *Revista Veja*. São Paulo, n. 1927, ano 38, p. 63-64, 19 out. 2005; FERNANDES, Nelito. As Cotas nos tribunais. *Revista Época*. Rio de Janeiro, n. 249, p. 42-43, 24 fev. 2003.

obrigatório o ensino da história e cultura afro-brasileiras nos currículos fundamental e médio (Lei nº 10.639/2003); criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – Seppir, vinculada diretamente à Presidência (Lei nº 10.678/2003), o Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Decreto 4.885/2003) e a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial; concedeu bolsas para estudantes carentes através do Programa Universidade para Todos – ProUni (Lei nº 11.096/2005); apoiou o Estatuto da Igualdade Racial³⁶⁴ e praticou um importante ato simbólico ao indicar, em 2003, o primeiro Ministro negro – o então Procurador Regional da República Joaquim Barbosa - para o Supremo Tribunal Federal. A simbologia vem acompanhada da expectativa de uma *praxe* jurídica sensível à busca da igualdade racial, por se tratar de jurista que tem no seu rico currículo uma conhecida e relevante obra sobre ações afirmativas, citada no início desse tópico.

O Ministro é também reflexo da eclosão de um protagonismo intelectual negro que, iniciado na década de 1970 e desenvolvido desde então, quebrou incontáveis barreiras e colocou em cena uma geração de afrodescendentes altamente qualificados e titulados que passaram a falar em seu próprio nome, sem necessidade de intermediários, os quais, ainda que bem-intencionados, pretendiam entender os anseios da população negra a partir de um lugar racialmente privilegiado na sociedade, não raramente minimizando o conflito e defendendo, ainda que inconscientemente, o *status quo*.

Antes confinados a uns poucos e solitários expoentes, os atuais militantes negros são intelectuais, professores, pesquisadores e políticos, espalhados em inúmeras áreas do conhecimento, notadamente nas ciências humanas, e responsáveis pela inserção dessa nova inteligência afro-brasileira³⁶⁵ nos debates acadêmicos e políticos acerca das relações raciais no país. A confluência da formação acadêmica com a consciência negra, advinda do ativismo estudantil ou de circunstâncias pessoais, fez com que o negro brasileiro passasse de mero *objeto* de estudos e expectador de políticas públicas a verdadeiro *sujeito* de seus direitos, o que também contribuiu para ditar os rumos do debate nacional sobre racismo.

³⁶⁴ O Estatuto da Igualdade Racial, consubstanciado no Projeto de Lei do Senado nº 213/2003 e substituído pelo Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 6.264/2005 ainda está em discussão no Congresso Nacional, que já realizou audiências públicas sobre o tema, e prevê a classificação racial e políticas públicas de discriminação reversa no serviço público, nas universidades e no mercado de trabalho.

³⁶⁵ Não nos parece tratar da visão messiânica de que uma elite intelectual negra, formada pelos ‘talentosos 10%’, lideraria um movimento de resgate dos afrodescendentes da pobreza, colocando-os num patamar de igualdade (MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. Cit., p. 365), mas, sim, de compreender o simbolismo subjacente ao sucesso dessas pessoas, de forma semelhante ao tão proclamado simbolismo da eleição de um proletário nordestino para Presidente da República, sem que se espere que isso resolva todos os problemas dos trabalhadores ou dos nordestinos.

Essa constatação apenas ressalta uma das facetas do progresso da discussão da igualdade no Brasil, mas não obscurece ou, pelo menos, não deveria obscurecer, a relevância e a contribuição de intelectuais e pesquisadores de qualquer cor que, contrários ou favoráveis às ações afirmativas, dedicaram-se e ainda se dedicam ao tema por terem percebido que desigualdade e injustiça social e/ou racial não são problemas apenas dos pobres ou dos negros, mas de todos os brasileiros que querem viver numa verdadeira democracia, com cidadania e justiça social.

Finalmente e significativamente, em 2004, as ações afirmativas chegaram ao Supremo Tribunal Federal através de ações diretas de inconstitucionalidade propostas pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – Cofenen³⁶⁶ em face do Programa Federal Universidade para Todos - ProUni e das quotas nos vestibulares das universidades estaduais do Rio de Janeiro.

Ainda no Supremo Tribunal Federal, em 2009, o tema se tornou objeto de recurso extraordinário e de arguição de descumprimento de preceito fundamental, agora em face da reserva de vagas com critérios raciais adotados pela Universidade de Brasília – UnB e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. A relevância da matéria fez com que o STF, em dezembro de 2009³⁶⁷, designasse audiência pública para Março de 2010, com a participação de diversos segmentos da sociedade civil, convidados a trazerem diferentes abordagens acerca das ações afirmativas de acesso ao ensino superior, sendo já significativo o

³⁶⁶ Às ADIs 3330/DF e 3197/RJ, propostas pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – COFENEN, foram apensadas a ADI 3314/DF, ajuizada pelo Partido da Frente Liberal – PFL, e a ADI 3379/DF, proposta pela Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social - FINAFISP, que esquentaram o debate nacional sobre as ações afirmativas e ensejaram a apresentação, ao Supremo Tribunal Federal, de dois manifestos (publicados na Folha de São Paulo, em 14/05/2008 e disponíveis em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u401519.shtml> e <http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u401479.shtml>) subscritos por operadores do direito, acadêmicos, políticos, artistas e representantes de movimentos sociais, defendendo ou criticando as ações afirmativas com argumentos não só jurídicos, mas sociológicos e políticos, tendo a Conectas Direitos Humanos e o Centro de Direitos Humanos ingressado como *amici curiae*.

³⁶⁷ A audiência pública foi convocada pelo Min. Ricardo Lewandowski, na qualidade de relator da ADPF 186 e do RE 597.285/RS, conforme se extrai do *site* do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>. A ADPF 186 foi proposta pelo partido político Democratas – DEM em face de atos administrativos que utilizam critérios raciais para ingresso na Universidade de Brasília – UnB, sendo significativo que já tenham pleiteado o ingresso como *amici curiae* as entidades Movimento Negro Unificado – MNU, Fundação Cultural Palmares, Fundação Nacional do Índio – FUNAI, Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro – MPMB, Instituto da Advocacia Racial e Ambiental – IARA, Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio-Cultural – AFROBAS, Instituto Casa da Cultura Afro-Brasileira - ICCAB, Instituto de Defensores dos Direitos Humanos – IDDH, CRIOLA, Central Única de Trabalhadores no Distrito Federal – CUT/DF e Defensoria Pública Geral da União, além de várias outras pessoas e instituições terem sido convidadas para a audiência pública. O RE 597.285/RS discute a reserva de vagas com critérios raciais para ingresso na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, tendo sido reconhecida a repercussão geral.

número de entidades que ingressaram no feito como *amicus curiae* ou participaram da audiência pública.

Tais ações deflagraram uma nova onda na campanha nacional pró e contra as ações afirmativas (especialmente às quotas), de modo que a decisão do Supremo Tribunal Federal será decisiva para o futuro de tais políticas no Brasil, abrindo um leque de possibilidades ou obrigando a busca de caminhos alternativos.

Mas as recentes e calorosas discussões acerca das quotas universitárias demonstraram que o mito da democracia racial permanece vivo na cultura brasileira e disseminado na população³⁶⁸, grande parte da qual continua a negar a existência de problemas raciais no Brasil, desprezando ou desqualificando a definição de raça, mesmo a social³⁶⁹, e as estatísticas reveladoras do racismo, ou acusando os militantes das ações afirmativas de importarem problemas estrangeiros.

Mesmo quando admitem a existência de preconceito racial, mal que aflige toda a humanidade, os críticos das ações afirmativas e, especialmente, das quotas raciais – que, diga-se de passagem, também não devem ser desmerecidos como brancos racistas ou simples defensores de privilégios da elite branca -, consideram que os atos discriminatórios seriam, no Brasil, acontecimentos isolados³⁷⁰, não constituindo barreira institucional ou problema estrutural que demande providências, ao contrário do “classismo”, que seria o maior problema brasileiro. Retomam o orgulho pela miscigenação, insurgem-se contra uma nação bicolor e contra o reconhecimento de diferenças étnicas que cingem o povo brasileiro, dividindo-o entre

³⁶⁸ A democracia racial é um mito “*que sobrevive como representação idealizada de nossa sociedade, sinalizando com a construção de uma sociedade tolerante e inclusive. Mito que exercita, no cotidiano, o engano e a mentira, escondendo, de forma perversa e sutil, a enorme desigualdade racial do país. Infelizmente, o poder do ocultamento desse mito enraizou-se em nosso senso comum e, desavisados, negamos a desigualdade e o racismo.*” (HENRIQUES, Ricardo. Silêncio - o canto da desigualdade racial. In Organização Ashoka empreendimentos sociais e Takano Cidadania. *Racismos Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Takano Ed., 2003, p. 13).

³⁶⁹ Além de considerar a raça como reivindicação de um gueto de ancestralidade em franca negação à modernidade (vide nota de rodapé nº 327), Demétrio Magnoli critica o multiculturalismo, responsável pelo ressurgimento da raça, conceito que, ademais, sempre teria tido raízes culturais: “*O 'racismo científico' plantou as raças no solo da natureza, definindo-as como famílias humanas separadas pelas suas essências biológicas. Quando a ciência desmoralizou essa crença anacrônica, o multiculturalismo replantou as raças no solo da cultura. O argumento dos multiculturalistas, expresso sob formas diversas mas bastante similares, é que as raças são identidades sociais e culturais. Com base nisso, a política das raças, que parecia condenada a desaparecer na hora da abertura dos campos de extermínio nazistas, ressurgiu triunfante nos mais diferentes pontos do planeta.*” (MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. Cit., p. 15 e 57).

³⁷⁰ Essa é, em síntese, a posição de Ali Kamel, para quem “*(...) deu-se a importação acrítica de uma solução americana para um problema americano. (...) Não, a nossa especificidade não é o racismo. O que nos faz diferentes é que aqui, indubitavelmente, há menos racismo e, quando há, ele é envergonhado, porque tem consciência de que a sociedade de modo geral condena a prática como odiosa. Isso é um ativo de que não podemos abrir mão.*” (KAMEL, Ali. Prefácio de Yvonne Maggie. *Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 9-13 e 23).

brancos e negros, e acreditam não ser o racismo responsável pela desigualdade racial, mas a pobreza, cuja superação demanda maciço investimento em educação de boa qualidade.

Numa apertada síntese³⁷¹, os argumentos contrários às ações afirmativas partem do raciocínio de que elas violam o princípio da igualdade; subvertem o mérito, prejudicando o desenvolvimento científico e cultural do país; partem de uma premissa equivocada, ao utilizarem o conceito de raça, já refutado pela ciência; são de inviável implementação numa sociedade miscigenada, onde não se teria como distinguir quem é negro; desviam a atenção do verdadeiro problema, a questão social³⁷², a ser combatida por medidas universalistas; prejudicam o próprio negro, que se torna estigmatizado; não deram certo nos países em que foram adotadas, onde se tornaram permanentes e foram estendidas a diversos grupos, em face dos quais provocaram ódio³⁷³. Defendem, em suma, um projeto universalista brasileiro que não realce as identidades raciais³⁷⁴ e que tome o mito da democracia racial como um ideal, o que ele sempre teria sido.

Na réplica dos defensores das ações afirmativas, os críticos destas esquecem-se de que não há inconstitucionalidade na promoção da igualdade material; que as ações afirmativas não se resumem às quotas e não abandonam o mérito, mas apenas propõem que o mérito seja redimensionado diante das desigualdades existentes e que outros fatores sejam levados em consideração; que dificuldades na identificação dos destinatários das quotas e na implementação das ações afirmativas não deslegitimam estas nem são dificuldades exclusivas dessas políticas públicas; que mesmo as quotas garantem o ingresso no ensino, mas não a aprovação no curso, que dependerá dos requisitos meritórios normais; que o enfrentamento de problemas raciais não exclui a necessidade de combate a problemas sociais, tratando-se não de medidas excludentes, mas complementares, especialmente diante de fortes indícios de que discriminação racial e pobreza constituem problemas independentes, ainda que relacionados;

³⁷¹ Grande parte dos argumentos pró e contra as ações afirmativas pode ser conferida em MEDEIROS, Carlos Alberto. *Na Lei e na Raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos*. Op. Cit., p. 149-158.

³⁷² Sem dúvida, há o risco dos governos, por razões eleitoreiras, centrarem esforços em programas assistencialistas e desviarem o foco e os recursos da educação, especialmente ensinos básico e médio (convertendo, na prática, os percentuais constitucionais mínimos de investimento em educação no teto) e da infra-estrutura, essenciais à redução da pobreza, ao crescimento econômico e à geração de empregos (KAMEL, Ali. *Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Op. Cit., p. 115-138), mas isso não seria consequência das ações afirmativas, nem seria evitado pela rejeição destas, até porque tal prática, infelizmente, já ocorre.

³⁷³ Parte dessa visão negativa das ações afirmativas está em SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Rio de Janeiro: UniveCidade, 2004, 236 p.

³⁷⁴ Para Demétrio Magnoli, nomear etnias constitui um ato político: “*Mas as identidades étnicas não são algo ‘real o tempo todo’*. São, de fato, ferramentas num jogo de poder estranho aos interesses da imensa maioria da população. Eis o motivo de sua força e permanência.” (MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. Cit., p. 256).

que as ações afirmativas, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar, não fazem desaparecer o racismo, mas visam a proporcionar igualdade de oportunidades na educação e no mercado de trabalho, havendo indicativos de progresso onde foram adotadas, parte dele correlacionado às ações afirmativas.

Um dos pontos que desperta maior conflito reside, justamente, na definição de categorias raciais, em que aqueles contrários às ações afirmativas desconsideram, por completo, a questão da cor ou adotam uma perspectiva multipolar, ou seja, classificações baseadas em tonalidades da pele, reais ou imaginárias, ao argumento de que os brasileiros utilizariam uma multiplicidade de categorias para se referirem aos outros e a si mesmos no tocante à raça ou cor, de forma que seria artificial, importada dos EUA e injusta a visão bipolar defendida pelo movimento negro, por parte da academia e pelas pesquisas³⁷⁵.

Contudo, a visão bipolar (brancos e negros/pardos), apesar de realmente apresentar dificuldades práticas num país de mestiços, não seria totalmente estranha à realidade brasileira, que já viveu épocas de clubes separados para brancos e negros e, mais importante que isso, estaria apoiada na anteriormente mencionada constatação empírica de que a desigualdade entre negros e pardos é estatisticamente irrelevante e não pode ser imputada somente à pobreza, enquanto é grande a distância entre os dois grupos e os brancos³⁷⁶.

Outro ponto base da divergência entre os críticos e os defensores das ações afirmativas diz respeito ao papel da classe social na situação dos negros brasileiros, com os primeiros insistindo em que todos os indicadores sociais dos negros são piores, não por conta de um racismo estrutural, mas porque a maioria deles é pobre e, num modelo econômico concentrador de renda, com permanente acesso a ensino deficiente e, por conseqüência,

³⁷⁵ “Somar pretos e pardos, portanto, seria apenas um erro metodológico se não estivesse na base de uma injustiça sem tamanho. Porque todas as políticas de cotas e ações afirmativas se baseiam na certeza estatística de que os negros são 65,8% dos pobres, quando, na verdade, eles são apenas 7,1%. Na hora de entrar na universidade ou no serviço público, os negros terão vantagens. Os pardos, não. Do ponto de vista republicano, isso é grave. Na hora de justificar as cotas, os pardos são usados para engrossar (e como!) os números. Na hora de participar do benefício, são barrados, literalmente. (...) Os defensores de cotas raciais (...) tentam afastar os perigos que venho apontando, dizendo que ninguém discute que as cotas beneficiarão tanto negros como pardos, justamente porque pertencem a uma mesma categoria social. Isso seria um pouco mais tranquilizador, mas creio, no entanto, que esteja apenas no campo das boas intenções.” (KAMEL, Ali. *Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Op. Cit., p. 51-53).

³⁷⁶ “É do óbvio interesse do movimento negro promover esse sistema dicotômico, uma vez que pretos e pardos juntos constituem quase metade da população brasileira, assim como é do interesse da elite branca insistir num sistema que usa níveis múltiplos de classificação para defender o mito da democracia racial e a hegemonia racial. A classificação racial, um aspecto do pensamento sobre raça, é claramente uma peça fundamental na luta mais ampla pela igualdade social e pela democracia política.” (CROOK, Larry; JOHNSON, Randal (orgs.) *Black Brazil: culture, identity and social mobilization*. Los Angeles: University of California, 1999, p. 5)

menos trabalho e menor salário³⁷⁷ e os segundos demonstrando, com base em dados estatísticos, que a pobreza não justifica, sozinha, a situação social inferior da população negra³⁷⁸.

Antes de mais nada, convém lembrar que o Brasil adota, há tempos, uma série de ações afirmativas e mesmo quotas relativas a mulheres e deficientes físicos³⁷⁹. Quanto aos indicadores, embora se saiba ser possível extrair das estatísticas interpretações bastante díspares, conforme a arrumação que se faça dos números, é difícil não ver alguma pertinência na conclusão de que a população negra continua a ocupar a base da pirâmide social brasileira em inúmeras variáveis.

Compulsando a última edição do Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça³⁸⁰, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, em 2008, verifica-se que a população brasileira demonstra mudanças na sua forma de auto-declaração de pertencimento a um grupo de cor/raça, o que sinalizaria que os padrões culturais populacionais vêm se alterando nos últimos anos (p.15). Mas, mesmo com a considerável redução das taxas de analfabetismo para os diversos grupos, as desigualdades entre os grupos raciais ainda são significativas nesse campo e tendem a reproduzir situações de vulnerabilidade social, sendo de mais de oito pontos percentuais entre homens brancos e negros e de mais de sete pontos entre as mulheres desses grupos. Outrossim, a melhoria universal de vários indicadores não teria sido capaz de

³⁷⁷ Partindo dessa premissa e interpretando de forma diversa as estatísticas normalmente invocadas em prol das ações afirmativas, confira-se KAMEL, Ali. *Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Op. Cit., p. 51-53.

³⁷⁸ O argumento não é novo e vem sendo refutado desde a década de 1990, com base nos resultados das pesquisas: “Ademais, grande parte do debate no campo das relações raciais no Brasil gira em torno de pressupostos divergentes a respeito da relação entre cor, classe e discriminação. A perspectiva ‘classe sobre raça’ (...) sustenta que o tratamento desigual que parece basear-se na raça é, na verdade, resultado de distinções de classe (...). A perspectiva alternativa reconhece a importância do background socioeconômico, mas afirma que a raça exerce ela própria um efeito independente no acesso de uma pessoa à educação, à renda e ao bem-estar. As descobertas aqui apresentadas apóiam claramente essa última perspectiva. Mulheres e homens negros de igual posição recebem salários desiguais. (...) Pesquisadores vinculados a tradições tão diversas (...) previram que as desigualdades raciais, étnicas e de gênero desapareceriam com o desenvolvimento econômico. No entanto, apesar de 20 anos de crescimento econômico e mudança social sem precedentes no Brasil, o hiato entre mulheres e homens, negros e brancos, persistiu.” (LOVELL, Peggy. (org.) *Desigualdade racial no Brasil contemporâneo*. Belo Horizonte: UFMG/CDPLAR, 1991, p. 94-95)

³⁷⁹ As ações afirmativas previstas na Constituição Federal de 1988, como o percentual de vagas para deficientes no serviço público (art. 37, VIII) e a proteção da mulher no mercado de trabalho (art. 7º, XX), foram seguidas, por exemplo, pela Lei nº 8.112/90, que reserva percentual de vagas para os deficientes físicos no serviço público federal, pela Lei nº 8.213/91, que garante vagas, também para deficientes, mas no setor privado, pela Lei nº 9.100/95, que cria percentual mínimo para a candidatura feminina nos partidos políticos, pela Lei nº 9.504/97, que fixa percentual de candidatas mulheres nas eleições e pela a Lei nº 8.666/93, que admite a inexigibilidade de licitação para a contratação de associações sem fins lucrativos de portadores de deficiência.

³⁸⁰ PINHEIRO, Luana (et. al.). *Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça*. 3ª ed. Brasília: IPEA, SPM, Unifem, 2008, 36 p. Disponível em http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/081216_retrato_3_edicao.pdf, acesso em 24 de Janeiro de 2010.

reduzir as desigualdades raciais, pois a desigualdade de anos de estudo entre brancos e negros, por exemplo, teria sido reduzida em apenas 0,4 anos, no decorrer de quinze anos (p. 19).

Os dados também revelam que os homens negros ingressam mais cedo no mercado de trabalho e permanecem entre os mais velhos ocupados, trabalhando mais tempo ao longo da vida, o que pode ser explicado pelas formas precárias de inserção desse segmento da população, que não tem aposentadoria ou garantia de proteção social na velhice (p. 25). As mulheres negras ocupariam a pior posição na escala social, não só pela renda, mas pelas altas taxas no trabalho doméstico (21,4%), de produção para o próprio consumo e trabalho não remunerado (15,4%), bem como pelas menores proporções com carteira assinada (23,3%) e como empregador (1,2%). A população negra estaria, ainda, sobre-representada nas favelas, pois enquanto 3% dos chefes de domicílios brancos encontram-se em situação de adensamento excessivo, a proporção dos negros nessa situação é de 7% (p. 29).

Por fim, os negros possuiriam rendimentos per capita sistematicamente inferiores aos brancos, porquanto 41,7 % da população negra situava-se abaixo da linha de pobreza e 16,9 % dos negros recebem menos de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo per capita por mês, sendo indigentes, ao passo que os brancos atingem os percentuais de 20% e 6,6%, nos mesmos indicadores. Seriam, portanto, 20 milhões a mais de negros pobres do que brancos e 9,5 milhões de indigentes negros a mais do que brancos. Apesar da melhora registrada na distribuição da riqueza produzida no país, a permanência da desigualdade de renda flui da constatação de que, dos entre os 10% mais pobres da população, 67,9% eram negros em 2007, mas essa proporção cai para 21,9% no grupo dos 10% mais ricos e, no grupo do 1% mais rico da população, somente 15,3% eram de indivíduos negros (p. 33).

Diante dessa realidade, a dificuldade de implementação das ações afirmativas é certamente grande e não pode ser ignorada - especialmente na identificação dos destinatários das quotas raciais, já que a aceitação da auto-declaração pura e simples, embora consistente com a autonomia individual indentitária, propiciaria que alguns candidatos simplesmente optassem pela declaração mais conveniente para facilitar a conquista de uma vaga na universidade. Por isso, a auto-declaração costuma vir acompanhada de mecanismos de certificação oficial de combate às fraudes, sendo problemático estabelecer quem dirá que há fraude na auto-declaração de alguém que se julga pertencente àquele grupo e, de outro lado,

como se obstará que pessoas indubitavelmente não pertencentes a grupos discriminados sejam favorecidas³⁸¹.

Mas questões práticas precisam ser devidamente sopesadas (do contrário, metade dos direitos constitucionais cairia em descrédito pela dificuldade de sua implementação, como inúmeros direitos à saúde, educação e segurança pública) e, do ponto de vista constitucional, essas dificuldades não afastam a possibilidade de que a sociedade, informada pelo debate, legitime as ações afirmativas à luz da releitura do princípio da isonomia³⁸², ainda que isso se dê mediante aceitação do caráter temporário de tais medidas.

Outras explicações para as desigualdades social e racial brasileiras, como a questão regional e a pobreza dos grupos de nordestinos e habitantes do meio rural, não obscurecem o fato de que, do ponto de vista constitucional e com base na concepção de mutação constitucional acolhida neste trabalho, a questão racial deu origem a narrativas concorrentes que desempenham a função de mitos - entendidos como fabulações históricas ou literárias que conferem um sentido ao passado e projetam o futuro de uma comunidade - e que, em momentos de crise, disputam a primazia na sociedade³⁸³.

Noutras palavras, a questão racial está no cerne de um projeto, ainda em curso, de reinterpretção da sociedade brasileira, em que narrativas consolidadas como o mito da democracia racial converteram-se em alvo de crítica e revisão.

Com efeito, o debate acerca das ações afirmativas exemplifica como a mudança social efetivamente repercute na transformação do Direito, que, ainda que de forma lenta, recebe os estímulos sociais à modificação da ordem jurídica e pode agir como instrumento de conservação ou de transformação. O princípio da igualdade, dotado de supremacia constitucional e força normativa, não é estático ou desconectado da realidade, mas acompanha a realidade social cambiante e é permeável tanto à mudança histórica, como à da consciência histórica (Capítulo 1).

³⁸¹ Para a socióloga Rosana Heringer: “*Lentamente, começou-se a desfazer também o mito de que não se sabe quem é negro no Brasil. Embora a questão da classificação étnico-racial seja controversa aqui, ou em qualquer lugar do mundo, o critério comumente utilizado é o da autoclassificação. Existe a percepção de que certo grau de arbitrariedade está presente nesta opção, algo inerente a qualquer tentativa de classificar. Porém, as classificações são necessárias para fazer escolhas e definir políticas e, se as utilizamos socialmente para discriminar negativamente, podemos também utilizá-las para reduzir injustiças históricas, apesar de suas imperfeições.*” (HERINGER, Rosana (Org). *A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil*. Rio de Janeiro: Ierê, Núcleo da Cor, LPS, IFCS, UFRJ, 1999, p. 61)

³⁸² Para uma defesa das ações afirmativas raciais no ensino superior, com refutação de vários dos argumentos contrários, consulte-se IKAWA, Daniela. Direto às Ações Afirmativas em Universidades Brasileiras. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 365-410.

³⁸³ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. Op. Cit., p. 359, 363, 377.

Ao tentar conciliar a concepção de lei fundamental com a fluidez e historicidade do princípio da igualdade, percebe-se o quanto a Constituição é mais do que o texto constitucional e o quanto a mudança e os novos valores constitucionais podem refletir em decisões judiciais e leis especiais, corroborando a idéia de *living Constitution*, em constante sintonia com a sociedade (Capítulo 2).

Mais que isso, a discussão sobre as ações afirmativas evidencia como os direitos fundamentais são historicamente aplicados em circunstâncias de controvérsia cultural, em que a sociedade participa ativamente da moldagem do conteúdo das disposições constitucionais, contexto em que o *judicial review* e o *backlash* desempenham papéis construtivos, ao fomentarem o debate e promoverem um contínuo diálogo constitucional. A compreensão que daí se forma sobre o conteúdo da igualdade é, porém, provisória, vigendo até que sobrevenha nova mobilização política e o tema possa ressurgir, numa mesma ou noutra geração (Capítulo 2). É possível, inclusive, vislumbrar um *backlash* quanto ao tema no atual estágio da sociedade brasileira, já que os críticos das ações afirmativas contam com o apoio de grande parte da mídia.

No estágio em que nos encontramos e em que pese a controvérsia que o tema desperta, medidas particularistas decorrentes do direito à diferença, tais como as ações afirmativas, especialmente diante de grupos vulneráveis, cuja marginalização histórica projeta efeitos atuais³⁸⁴, estão em consonância com a compreensão social e jurídica do princípio da isonomia³⁸⁵, conforme o significado que a igualdade assumiu em decorrência de sua mutação constitucional, fruto de um longo, amplo e profundo diálogo constitucional que atravessou gerações e em que se engajaram a sociedade e o Estado, como demonstrando nesse tópico.

³⁸⁴ O grau de proteção de minorias varia conforme a vulnerabilidade social e política do grupo em questão, dependendo dessa vulnerabilidade da dupla circunstância de haver sido marginalizado no passado e de subsistirem, no presente, efeitos negativos dessa marginalização histórica (COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. Op. Cit., p. 223-243).

³⁸⁵ A constitucionalidade é aqui defendida em abstrato, sem prejuízo da aplicação, em casos pontuais, de parâmetros de aferição da constitucionalidade de determinadas quotas, em especial do princípio da proporcionalidade, tal como sugerido por SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João. Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade. Op. Cit., p. 345-363.

4 CONCLUSÃO: SÍNTESE DAS IDÉIAS DESENVOLVIDAS

Ao longo dessa dissertação, procurou-se demonstrar que o Direito nem deve abdicar do efeito estabilizador que lhe é próprio, nem impedir o progresso, residindo a dificuldade em encontrar um ponto de equilíbrio entre estabilidade e dinâmica, entre rigidez e flexibilidade, de forma que se mantenha a força normativa e a juridicidade da Constituição, sem que esta perca a sintonia com as demandas e os sentimentos sociais.

O desafio do constitucionalismo moderno seria reconciliar a idéia de lei fundamental com a fluidez e historicidade dos significados constitucionais, construindo uma teoria sobre mudança constitucional capaz de resolver a tensão entre a inafastável dinâmica e a aspiração de fundamentalidade, que consagre, enfim, uma fundamentalidade dinâmica.

Para assegurar longevidade, permanência e estabilidade a uma Constituição são essenciais os instrumentos de reforma, formal e informal, da norma constitucional, tendo a presente análise se concentrado nas mutações constitucionais, ou seja, nas alterações no sentido e no alcance da norma constitucional, promovidas por interpretação e sem a correspondente modificação do texto constitucional.

Nesse aspecto, a pouca longevidade constitucional e o maior detalhamento da Constituição da República de 1988 apontam para uma menor indeterminação interpretativa quando comparada à Constituição dos Estados Unidos, berço da maioria das doutrinas aqui invocadas, indicando a necessidade de cautela na mutação constitucional, especialmente via judicial. Porém, de outro lado, a abundância de conceitos essencialmente controvertidos, que se abrem permanentemente ao debate e a opção por compromissos dilatatórios sobre valores relativamente aos quais não há consenso conferem à CF/88 considerável indeterminação, o que favorece a mutação constitucional.

Evidenciou-se que reforma e mutação operam de maneira complementar, seja porque as reformas contínuas fazem a mutação perder muito do seu sentido, seja porque, inversamente, quando se receia recorrer à reforma, proliferam as mutações constitucionais, seja, ainda, porque são comuns os casos de emenda à Constituição destinada a afastar mutações constitucionais, especialmente aquelas decorrentes de interpretação judicial. No caso brasileiro, apesar da rigidez constitucional, a facilidade de resposta legislativa é também um fator relevante para as mutações constitucionais promovidas pelo Judiciário.

Mas qualquer que seja a importância conferida às mutações constitucionais, não se pode perder de vista que a Constituição escrita é o parâmetro e, num sistema de Constituição rígida, a reforma se faz indispensável quando se pretende alterar o texto constitucional, quando são necessárias mudanças sistêmicas ou estruturais, bem como quando tal mudança deva ser mais estável. Nesse contexto, foram apontados três limites às mutações, uma vez que estas devem se circunscrever aos sentidos possíveis do texto, devem decorrer de genuínas mudanças sociais e, em virtude dos limites anteriores, não devem avançar no campo próprio da reforma constitucional.

Analisado o fenômeno da mutação constitucional e evidenciada a sua conexão com a interpretação constitucional, afirmou-se a necessidade de se submeter tais teorias ao crivo de considerações de *capacidade institucional* e seus *efeitos dinâmicos*, designadas como preocupações de *design institucional*. Isso equivale a dizer que as diretrizes à mutação constitucional nem sempre poderão ser deduzidas diretamente do texto constitucional, pois a Constituição poderá deixar de fornecer resposta inequívoca sobre qual ideal prestigiar no caso concreto – a estabilidade ou a dinâmica – ou sobre como fazê-lo, dependendo a decisão de considerações institucionais que favoreçam uma ou outra direção.

Alertou-se para o fato de que questões bastante conflituosas estão sendo debatidas e decididas fora dos mecanismos de reforma previstos na Constituição, salientando-se dois grandes caminhos para a mudança constitucional e incorporação de novos valores constitucionais: decisões judiciais (*superprecedents*) e leis especiais (*landmark statutes*), acolhendo-se a idéia de *living Constitution*, em constante sintonia com a sociedade.

No tocante ao Poder Judiciário e com base no constitucionalismo democrático, conferiu-se especial destaque às implicações constitucionais do *backlash*, demonstrando-se como a decisão judicial e a reação contrária da sociedade por ela despertada podem contribuir para a legitimidade democrática da Constituição. Ponderou-se que, embora pertinentes as advertências sobre excesso judicial e as preocupações com o pluralismo político e com uma postura minimalista, um certo grau de conflito pode ser inevitável à afirmação dos direitos e a controvérsia despertada pela decisão judicial pode produzir engajamento político e promover debate público sobre o significado constitucional e, portanto, sobre as mutações constitucionais.

Destacou-se, ainda, que, num ordenamento jurídico que adote o modelo do *judicial review*, a legitimidade do sistema constitucional depende da existência de métodos de aferição

(*feedback*), formais e informais, através dos quais interpretações constitucionais divergentes possam influenciar as interpretações constitucionais oficiais.

Porém, ressaltou-se que a interpretação constitucional não é monopólio do Poder Judiciário, de forma que também os Poderes Legislativo e Executivo desempenham papéis relevantes na mutação constitucional. Primeiramente, na aprovação e nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, processo que, embora pudesse ser aperfeiçoado para se tornar mais transparente e objetivamente controlável, já prevê que as designações fiquem a cargo de órgãos políticos representativos, o que reduz o *déficit* democrático ao conferir alguma legitimidade democrática aos juízes constitucionais e permite a interferência tanto do Executivo quanto do Legislativo nos rumos da interpretação judicial.

Além de uma infinidade de atos administrativos e de políticas públicas específicas, a participação desses poderes também ocorre no processo legislativo em si, através de emendas constitucionais, leis e outros atos legislativos, editados tanto para concretizar a Constituição quanto para afastar interpretações judiciais, sendo citados vários exemplos de respostas legislativas a decisões do Supremo Tribunal Federal. Por fim, essa participação se dá na suspensão, pelo Senado, da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, canal formal de resposta legislativa a decisões judiciais que ainda tem pertinência no ordenamento pátrio.

As dicotomias supremacia judicial e hegemonia legislativa cedem lugar para um diálogo constitucional que, embora não abdique da palavra final, entende que está será sempre provisória e que a sociedade e todas as instituições participam de um processo contínuo de construção do significado constitucional, numa separação de poderes dinâmica que contém o germe da mutação constitucional. Nesse diálogo, as decisões judiciais enriquecem a deliberação política com os seus argumentos de razão pública e de proteção aos direitos constitucionais e contribuem para a qualidade do debate público sobre a interpretação constitucional.

Traçou-se um panorama de várias mutações constitucionais em curso no Brasil, passando-se pelo princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade e suas implicações na execução provisória da pena e na elegibilidade de candidatos “ficha suja”; pela fidelidade partidária e vedação ao nepotismo; pelo poder investigatório criminal do Ministério Público; pela pesquisa com células tronco embrionárias, pelo aborto do feto anencefálico e pela união de pessoas do mesmo sexo.

No exame detalhado de casos concretos, refutou-se a mutação constitucional da norma que faculta a suspensão, pelo Senado, da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso (art. 52, X, CF/88), por considerar-se que a pretendida mutação não observa os limites do texto constitucional, caracteriza inadmissível desuso ou costume *contra constitutionem*, fecha um canal democrático de resposta às decisões judiciais, está na contramão das regras de controle parlamentar e das tentativas de valorização do Poder Legislativo brasileiro e desconsidera a necessidade de súmula vinculante para conferir efeitos *erga omnes* a decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade.

Por derradeiro e para evidenciar, na prática, a aplicação das teorias desenvolvidas nessa dissertação (fundamentalidade dinâmica, *living Constitution*, constitucionalismo democrático, *backlash* e diálogo constitucional), fez-se uma abordagem sociológica das ações afirmativas raciais no Brasil. Demonstrou-se a dinâmica social que está na base da mutação constitucional do princípio da isonomia e como as mudanças históricas e na consciência jurídica repercutiram em legislação, decisões judiciais e políticas públicas, interferindo no significado que a igualdade assumiu em decorrência de um profundo e permanente diálogo constitucional que atravessou gerações e em que se engajaram a sociedade e o Estado.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The Living Constitution. *Harvard Law Review* 120, n. 7, 2007, p. 1742.

_____. *We The People: Transformations*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 7, 1997.

ALEXY, Robert. *Balancing, Constitutional Review and Representation*. Oxford University Press and New York University School of Law, 2005, I-CON, Volume 3, Number 4.

_____. Constitutional rights, balancing and racionallity. *Ratio Juris*, Vol. 16, n. 2, Junho 2003.

_____. Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 66, 2002.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, J. A. Lindgren. A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos. *Rev. Bras. Polít. Inst.* 45 (2); 198-223, 2002, p. 207-208, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292002000200009&script=sci_arttext, acesso em 29/12/2009.

ANTUNES, Marcus Vinícius Martins. *Mudança Constitucional: o Brasil pós-88*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BALKIN, Jack. Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution. *Tulsa Law Review*, v. 39, 2004. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=510482)

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p. 661-693.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. *Revista Forense* n. 33, p. 195-203, 2004.

BENTO, Maria Aparecida Silva. Igualdade e Diversidade no Trabalho. In BENTO, Maria Aparecida Silva (org.). *Ação Afirmativa e diversidade no trabalho*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed., New Haven: Yale University Press, 1986.

_____. The Original Understanding and the segregation decision. *Harvard Law Review*, 69, 1955.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

BORK, Robert H. *The tempting of America*. New York: Free Press, 1990.

BRANDÃO, Rodrigo. Rigidez constitucional e pluralismo político. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Cláudio (Coordenadores). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.255-291.

BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rigidas*. Traducción Pablo Ucas Verdu. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CALABRICH, Bruno. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: RT, 2007.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Organizadores). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010.

CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *Rev. Forense* n. 187. Rio de Janeiro, 1960.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed, Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Sueli. A Batalha de Durban. *Revista Estudos Feministas*, Ano 10, 1/2002, p. 209-214.

CASAMIGLIA, Albert. Pospositivismo. *Doxa*. Alicante: n. 21-I, p. 209-220, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2007.

COVER, Robert. Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, n.4, 1983. Disponível em http://www.bepress.com/ils/iss8/Cover_Nomos.pdf.

CROOK, Larry; JOHNSON, Randal (orgs.) *Black Brazil: culture, identity and social mobilization*. Los Angeles: University of California, 1999.

D'ADESKY, Jacques. *Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil*. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.

DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DEWEY, John. The future of liberalism. In *The Later Works*, v. 11, Jo Ann Boydston Ed., Carbondale: Southern Illinois University Press, 1987.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (Org.). *Teoria da Mudança Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Mass. and London: Harvard University Press, 1985.

_____. *Law's Empire*. London: Fontana Press, 1986.

ECCLES, Peter. Culpados até prova em contrário: os negros, a lei e os direitos humanos no Brasil. *Estudos afro-asiáticos*, n. 20, jun. 1991.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESKRIDGE JR., William N. *Dynamic Statutory Interpretation*. University of Pennsylvania Law Review 135, 1987, p. 1479

_____. Equality Practice: Liberal Reflections on the jurisprudence of Civil Unions. *Albany Law Review*, v. 64, 2001.

_____. No Promo Homo: The sedimentation of Anti-gay Discourse and the channeling effect of judicial review. *New York University Law Review*, v. 75, 2000. Disponível em <http://www1.law.nyu.edu/journals/lawreview/issues/vol75/no5/nyu501.pdf>.

_____. Pluralism and Distrust: How Courts can support Democracy by lowering the Stakes of Politics. *Yale Law Journal*, v. 114, 2005. Disponível em http://www.yalelawjournal.org/114/6/1279_william_n_eskridge_jr.html

ESKRIDGE JR., William N. Dynamic Statutory Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review* 135, 1987.

ESKRIDGE JR., William N.; FERREJOHN, John. Super-statutes: The new American constitutionalism. In BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. Cambridge-New York: Cambridge University Press, 2006

FALUDI, Susan. *Backlash: The undeclared war against american women*. New York: Crown, 1991.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner (Org.) *Investigação Criminal e Ação Penal*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

FERNANDES, Nelito. As Cotas nos tribunais. *Revista Época*. Rio de Janeiro, n. 249, p. 42-43, 24 fev. 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

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

FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FISS, Owen. Between supremacy and exclusivity. In BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. Cambridge-New York: Cambridge University Press, 2006.

FREITAS, Silvana de; NUBLAT, Johanna. De maioria católica, STF julga uso de embriões nesta quarta-feira. *Folha de São Paulo*. 02/03/2008, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u377746.shtml>, acesso em 07/03/2010.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review* v. 91, 1993.

_____. The importance of being positive: The Nature and function of judicial review. *University of Cincinnati Law Review*, v. 72, 2004.

FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven and London: Yale University Press, 1964.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A Experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Interpretação do Direito. In BARRETO, Vicente. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Políticas Públicas para a ascensão dos negros no Brasil: argumentando pela ação afirmativa. *Afro-Ásia*, 18, 1996, p. 235-261.

GUNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentacion jurídica. *Doxa*. Alicante: n. 17-18, p. 271-302, 1995.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Tradución de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2003.

_____. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

_____. *Liberdad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Prólogo de Antonio López Pina. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Minima Trota, 1998,

HANCHARD, Michael George. *Orfeu e o Poder: o movimento negro no Rio de Janeiro e São Paulo - 1945-1988*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001.

HARTNETT, Edward. A Matter of Judgment, not a Matter of Opinion. *New York University Law Review*, v. 73, n. 1, 1999.

HASENBALG, Carlos; SILVA, Nelson do Valle. *Relações raciais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1992.

HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Tradución de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade Racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90. Texto para discussão n. 807*. Brasília: Ipea, jul. 2001, p. 10, disponível em http://www.ipea.gov.br/pub/td/2001/td_0807.pdf, acesso em 30/12/2009.

_____. Silêncio - o canto da desigualdade racial. In Organização Ashoka empreendimentos sociais e Takano Cidadania. *Racismos Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Takano Ed., 2003.

HERINGER, Rosana (Org). *A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil*. Rio de Janeiro: Ierê, Núcleo da Cor, LPS, IFCS, UFRJ, 1999.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. La fuerza normativa de la Constitución. In *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. Limites de la mutación constituciona. In *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover Publications, 1991.

HORTA, Raul Machado. Permanência e Mudança na Constituição. *Revista de Informação Legislativa* v. 29, n. 115, p. 5-25, jul./set. 1992.

HORWITZ, Morton J. Foreword: The Constitution of Change – legal fundamentality without fundamentalism. *Harvard Law Review*, Vol. 107, n. 1, Nov. 2003.

HOUAISS, Antônio, editor; CARDIM, Ismael, co-editor; Peônia Viana Guedes (*et al*), redatores. *Dicionário Inglês-Português*. 16ª ed., atual., Rio de Janeiro: Record, 2006.

IKAWA, Daniela. Direto às Ações Afirmativas em Universidades Brasileiras. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 365-410.

JELLINEK, Georg. *Reforma e Mutación de la Constitución*. Traducción de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KAMEL, Ali. *Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

_____. Somos todos pardos. *O Globo*, Opinião, Rio de Janeiro, p. 7, 29 dez. 2003.

KLARMAN, Michael J. Brown and Laurence (and Goodridge). *Michigan Law Review*, v. 104, 2005.

_____. Brown, Racial Change and the Civil Rights Movement. *Virginia Law Review*, v. 80, n. 7, 1994.

_____. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the struggle for racial equality*. New York: Oxford University Press, 2004.

_____. How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis. *The Journal of American History*, v. 81, n. 1, 1994. Disponível em http://www.pierce.ctc.edu/faculty/djepsen/Content/1900_present%20articles/Brown%20versus%20Board%20of%20Education.pdf

KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2^a ed. Chicago: University of Chicago Press, 1920.

LEVINSON, Sanford. How many times has the United States Constitution been amended? (A) < 26; (B) 26; (C) 27; (D) >27: Accounting for Constitutional Change. In LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: the theory and practice of Constitutional Amendment*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitare. 2^a ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LOVELL, Peggy. (org.) *Desigualdade racial no Brasil contemporâneo*. Belo Horizonte: UFMG/CDPLAR, 1991.

LUTZ, Donald S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. In LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: the theory and practice of Constitutional Amendment*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995

MAGGIE, Yvonne. Pela igualdade. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 16, n. 3, Dec. 2008, p. 897-912. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000300011&lng=en&nrm=iso, acesso em 29/12/2009.

MAGNOLI, Demétrio. Constituição do racismo. *Folha de São Paulo*, Opinião, São Paulo, 12 jan. 2006.

_____. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009.

MARTIN, William M. *With Good on our side: the rise of the religious right in America*. New York: Broadway Books, 1996.

MEDEIROS, Carlos Alberto. Ação afirmativa e honestidade intelectual. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 7, 19 abril 2002.

_____. *Na Lei e na Raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida na USP/SP, publicada em 22.12.2008 e disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/>

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa: affirmative action - no direito norte - americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MICHELMAN, Frank. *Brennan and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999

_____. Law's Republic. *Yale Law Journal* 97, 1943.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Introdução à Teoria da Constituição. 5ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

MOEHLECKE, Sabrina. *Ação Afirmativa: História e debates no Brasil*. Cadernos de Pesquisa n. 117, nov./2002, p. 197-217, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>, acesso em 28/12/2009.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil - O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OLIVEIRA, Lúcia Elena Garcia de. (et al). O lugar do negro na força de trabalho. In ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares (org.). *Trabalho e cultura no Brasil*. Brasília; Anpocs, 1981, p. 11-12.

PAIXÃO, Marcelo. Os indicadores de desenvolvimento humano (IDH) como instrumento de mensuração de desigualdades étnicas: o caso do Brasil. *Boletim do Instituto de Saúde* n. 31, Dez/2003, p. 4-6, disponível em <http://www.isaude.sp.gov.br/smartsitephp/media/isaude/file/bis/bis31.pdf>, acesso em 31/12/2009.

PEREIRA, Camila. Cota, sim, mas com mérito. *Revista Veja*. São Paulo, n. 1927, ano 38, p. 63-64, 19 out. 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo dos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Retrospectiva Direito Constitucional 2008: A expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita. *Revista de Direito do Estado*, Ano 4, n. 13, jan./mar. 2009.

PINHEIRO, Luana (et. al.). *Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça*. 3ª ed. Brasília: IPEA, SPM, Unifem, 2008, 36 p. Disponível em http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/081216_retrato_3_edicao.pdf, acesso em 24 de Janeiro de 2010.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=990968>.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1980.

_____. *Liberalismo Político*. Tradução João Sedas Nunes. Lisboa: Editorial Presença, 1997

_____. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Martins, 1970.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, 1996, n. 131. jul./set., p. 283-295.

RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Vol. I – Defesa das liberdades civis, 1891-1898. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

RODRIGUES, Nina. *Os Africanos no Brasil*. 5ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do Direito: o fenômeno jurídico como fator social*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

ROSENBERG, Gerald N. Courting Disaster: Looking for change in all the wrong places. *Drake Law Review*, v. 54, n. 4, 2006.

_____. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: University of Chicago Press, 1991.

RUNDELL, Michael, editor; FOX, Gwyneth, editora. *Macmillan English Dictionary – for advanced learners*. 2ª ed. Oxford: Macmillan Education, 2007.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e Democracia – uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Hélio. Pelo milagre da inclusão. *Revista Isto É*. São Paulo, n. 1782, p. 89-91, 26 nov. 2003.

SANTOS, Ivanir dos; MEDEIROS, Carlos Alberto. Privilégios ameaçados. *O Globo*, Rio de Janeiro, 21 dez 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 12, n. 47, p. 60-122, 2004.

SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coordenadores). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 619-659.

_____. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado*, nº 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SBROGIO'GALIA, Susana. *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCALIA, Antonin. The rule of law as the law of rules. *University of Chicago Law Review*, 56, 1989.

SCHNEIDER, Hans-Peter. Jurisdicción Constitucional y Separación de Poderes. Traducción: Joaquin Abellan. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 2, n. 5, Mayo-Agosto 1982, p. 38-39.

SEIDMAN, Louis Michael. *Our Unsettled Constitution: A new defense of constitutionalism and judicial review*. New Have, CN: Yale University Press, 2001.

SEYFERTH, Giralda. Construindo a nação: hierarquias raciais e o papel do racismo na política de imigração e colonização. In MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. *Raça, ciência e sociedade*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998.

SIEGEL, Reva B. Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the Facto ERA. *California Law Review*, v. 94, 2006.

SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição: entre o perfeccionismo e o minimalismo. In: *XVII Encontro Preparatório do CONPEDI: cidadania e a efetividade dos direitos*, 2008, Salvador. Anais do XVII Encontro Preparatório do CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteaux, 2008. p. 3321-3341. Disponível em http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/alexandre_garrido_da_silva.pdf, acesso em 30 de Janeiro de 2010.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo Sóciojurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 342, 14 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302>>. Acesso em: 24 jan. 2010.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: a.1, n° 4, p. 23-52, out/dez 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Segurança Pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coordenadores). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 401-448.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João. Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coordenadores). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 345-363.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentação e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 709-741.

SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Rio de Janeiro: UniveCidade, 2004.

STEPHENSON, Edward A. Backlash. *American Speech*, v. 40, 1965.

STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 31 jan. 2010.

SULLIVAN, Kathleen. Foreword: the justice of rules and standards. *Harvard Law Review*. Cambridge: n. 106, p. 22-123, 1992.

SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. *Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review*, v. 42, n. 2, 2007.

_____. Foreword: Leaving Things Undecided, *Harvard Law Review*, v. 110, 1996.

_____. On analogical reasoning. *Harvard Law Review* 106, 1993.

_____. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. *Radicals in Robes: Why extreme right-wing Courts are Wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

_____. Incompletely Theorized Agreements. *Harvard Law Review*, 108, 1995.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper* n. 156, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=320245> or DOI: 10.2139/ssrn.320245.

SWEET, Alec Stone. Judicialization and the Construction of Governance. In SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics and Judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002, uma versão anterior disponível em <http://www.irl.berkeley.edu/culture/papers/Sweet.pdf>).

TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoietico*. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

The *Oxford English Dictionary*. 2^a ed., 1989.

TRIBE, Laurence H. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o Direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TUSHNET, Mark. Interpretation in Legislatures and Courts: incentives and institutional design. In LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: the theory and practice of Constitutional Amendment*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995

_____. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. *The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law*. Oxford University Press and New York School of Law 2003, I. CON., Volume 1, Number 1 , 2003.

VEGA, Pedro de La. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 1986.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. Vol. II, 3ª Ed. Madrid: Tecnos, 1986.

_____. Estudio preliminar. In JELLINEK, Georg. *Reforma e Mutación de la Constitución*. Traducción de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. LXVII.

VERMEULE, Adrian. Constitutional Amendments and the Constitutional Common Law. In LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: the theory and practice of Constitutional Amendment*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 441-459, 2008.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WHITTINGTON, Keith. Extrajudicial constitutional interpretation: three objections and responses. *North Carolina Law Review*, v. 80, 2001.

WOLFE, Patrick. Land, labor and difference: elementary structures of race. *American History Review*, v. 106, n. 3, jun. 2001, p. 876, disponível em <http://www.historycooperative.org/journals/ahr/106.3/ah000866.html>