

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS
POLÍTICOS**

ADRIANA CAMPOS SILVA

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da democracia e direitos políticos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Adriana Campos Silva, Armando Albuquerque de Oliveira, José Filomeno de Moraes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-141-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Democracia. 3. Direitos políticos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS

Apresentação

É com satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica o livro Teorias da Democracia e Direitos Políticos I, resultado da seleção de artigos para o Grupo de Trabalho homônimo que constou da programação do XXIV CONGRESSO DO CONPEDI, ocorrido na cidade de Belo Horizonte, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015.

A democracia como regime de governo remonta ao século V a.C. Contudo, existem muitas nuances que distinguem as suas primeiras configurações daquelas que ressurgem nas democracias modernas e, principalmente, nas contemporâneas. Destarte, a democracia se apresenta de várias formas em diferentes lugares e em momentos diversos.

Após a terceira onda de expansão global da democracia ocorrida no último quarto do século XX, os diversos processos de transição democrática tiveram um comportamento sinuoso em direção à sua consolidação. Em vários países da América Latina e do leste europeu, os processos de transição e consolidação da democracia ocorreram diversamente. Tanto nos primeiros, resultantes de um processo de esgotamento das ditaduras militares que se instauraram nos anos 60 e 70, quanto nos últimos, oriundos da débâcle comunista iniciada nos anos 80.

O Grupo de Trabalho Teorias da Democracia e Direitos Políticos I contou com a apresentação de 29 artigos que passam agora a constituir este livro. São artigos que tratam, de forma crítica, as mais variadas questões relativas à democracia bem como àquelas concernentes às garantias e expansão dos direitos políticos.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Prof. Dr Armando Albuquerque de Oliveira

Professor Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Profa. Dra. Adriana Campos Silva

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO FENÔMENO CATALISADOR DE MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS EMPREENDIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA COMO FENÓMENO CATALIZADOR DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES EN EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antonio Armando Freitas Goncalves

Resumo

O regime democrático brasileiro é fundado na representação político-partidária. Entretanto, observa-se uma tendência de intensificação de decisões judiciais que têm por objeto questões eminentemente políticas, tais, que seriam de competência do Poder Legislativo. Essa expansão do poder judicial (fenômeno que se convencionou chamar de judicialização da política), especialmente no que se refere às questões políticas, tem como um de seus fatores a crise da representatividade político-partidária. Os representantes eleitos pelo povo, preocupados em evitar desgastes, acabam por delegar ao Judiciário, ainda que tacitamente, a tomada de decisões reclamadas pela população. Nesse sentido, observa-se uma tendência de intensificação de decisões judiciais de duvidosa compatibilidade com a Constituição, principalmente aquelas empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, por vezes, acaba por, sob o manto da necessidade de uma interpretação corretiva, reescrever a Constituição, atuando como verdadeiro legislador positivo e olvidando que não possui representatividade para tanto. Nesse contexto, o presente artigo teve como escopo a análise de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, com vistas a verificar se nos mesmos se operou uma mutação constitucional e em que medida tal ocorrência tem ligação com a judicialização da política. Desse modo, a partir de uma análise da compreensão contemporânea da teoria das mutações constitucionais, alinhada à compreensão atual acerca da judicialização da política, concluiu-se que a judicialização da política é um fenômeno que pode funcionar como catalisador de mutações inconstitucionais, visto que estimula o Supremo Tribunal Federal a, exacerbando os limites semânticos do texto normativo constitucional, reescrever a Constituição, adequando-a à realidade brasileira através de uma interpretação corretiva inconstitucional.

Palavras-chave: Judicialização da política, Mutação constitucional, Constituição, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

La democracia brasileña se basa en la representación política de partido. Sin embargo, se observa una tendencia a la intensificación de las decisiones judiciales que tratan de cuestiones eminentemente políticas, que sería la competencia del Poder Legislativo. Esta expansión del poder judicial (un fenómeno llamado "la judicialización de la política"),

especialmente en relación con cuestiones políticas, tiene como uno de sus factores la crisis de la representación de partidos políticos. Los representantes elegidos por el pueblo, aunque sea tácitamente, terminan delegando al poder judicial las decisiones reclamadas por la población. En este sentido, existe una tendencia de intensificación de las decisiones judiciales de compatibilidad dudosa con la Constitución, especialmente las llevadas a cabo por el Supremo Tribunal Federal, que a veces, por de la necesidad de una interpretación correctiva, termina por reescribir la Constitución , actuando como un verdadero legislador positivo y olvidando que no tiene representación para hacerlo. En este contexto, este artículo tuvo como alcance el análisis de casos juzgados por el Supremo Tribunal Federal, con el fin de verificar la existencia de mutaciones constitucionales y en qué medida tal acontecimiento está relacionado con la judicialización de la política. Así, desde un análisis de la comprensión contemporánea de la teoría de la mutación constitucional, en línea con la comprensión actual de la judicialización de la política, se concluyó que esta es un fenómeno que puede actuar como un catalizador de los mutaciones inconstitucionales.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialización de la política, Mutación constitucional, Constitución, Supremo tribunal federal

1 - INTRODUÇÃO

O regime democrático brasileiro possui na representação político-partidária uma de suas pedras angulares. É através dos representantes parlamentares eleitos que se efetiva, ainda que indiretamente, a participação do povo nas decisões que afetam o destino do país e que conformam o exercício do poder pelas instituições estatais (decisões políticas). Essa legitimidade democrática do Poder Legislativo tem como fundamento o próprio voto, uma das formas de exercício da soberania popular.

Todavia, observa-se uma tendência de intensificação de decisões judiciais que têm por objeto questões eminentemente políticas. É dizer, situações que antes seriam afetadas ao escrutínio do parlamento estão sendo deslocadas para o âmbito do Poder Judiciário. Essa expansão do poder judicial (fenômeno que se convencionou chamar de “judicialização da política”), especialmente no que se refere às questões políticas, tem como um de seus fatores a crise da representatividade político-partidária. O Poder Legislativo acaba por delegar ao Judiciário, ainda que tacitamente, a tomada de decisões que, apesar de reclamadas pela população.

A questão ganha ainda mais relevância quando se constata a presença de diversos fatores tais como o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle de constitucionalidade e o surgimento de demandas cada vez mais complexas e polêmicas, inclusive referente às questões políticas.

Nesse sentido, observa-se uma tendência de intensificação de decisões judiciais de duvidosa compatibilidade com a Constituição, principalmente aquelas empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, por vezes, acaba por, sob o manto da necessidade de uma interpretação corretiva, reescrever a Constituição, atuando como verdadeiro legislador positivo e olvidando que não possui representatividade para tanto.

Ademais, se vive numa época de Constituições compromissórias no mundo ocidental, recheadas de direitos e garantias fundamentais. A Constituição Brasileira, por exemplo, dada sua estrutura aberta (principiológica) e elástica, reclama do intérprete/aplicador uma contínua atualização de sentido, o que também viabiliza o surgimento das mutações constitucionais.

A mutação constitucional consiste em um processo de mudança constitucional por meio do qual, em virtude de uma mudança na realidade social, se altera, através da interpretação ou dos costumes constitucionais, o sentido de uma norma constitucional sem qualquer mudança do texto expresso da Constituição (FERRAZ, 1986, p. 9).

A mutação constitucional pode se dar, dentre outras formas, pela interpretação constitucional judicial. Nesse caso, estar-se-ia diante de uma mutação constitucional quando o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, atribuísse a um determinado texto normativo um sentido distinto daquele anteriormente atribuído, em virtude de uma mudança observada na realidade social.

Destarte, idealizou-se o presente artigo com o objetivo de compreender como se dá a relação entre as mutações constitucionais e o fenômeno da judicialização da política, com destaque para a análise de exemplos que retratem a (in)constitucionalidade de algumas mutações (in)constitucionais operadas pelo Supremo Tribunal Federal

Em relação aos aspectos metodológicos, é importante apontar que os temas atinentes às Ciências Jurídicas necessitam de uma ampla pesquisa teórica para o seu conhecimento e posterior análise crítica, razão pela qual se optou pela adoção do método dialético, que “corresponde à apreensão discursiva do conhecimento a partir da análise dos opostos e da interposição de elementos diferentes” (BITTAR, 2001, p. 15).

Ademais, realizou-se ampla pesquisa bibliográfica, com o “[...] levantamento de toda a bibliografia já publicada, em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita” (MARCONI; LAKATOS, 2011, p. 43-44).

O presente ensaio divide-se, por questões didáticas, em três tópicos. O primeiro tem por objeto a judicialização da política, com destaque para a noção e requisitos do fenômeno. Já o segundo analisa a teoria das mutações constitucionais, destacando-se a evolução histórica da compreensão do fenômeno da mutação constitucional, bem como sua definição e limites. Por fim, o terceiro tópico é dedicado exclusivamente à análise de decisões do Supremo Tribunal Federal, buscando determinar se elas são

reflexo da judicialização da política e se operaram mutações que guardam conformidade com a Constituição.

2 - A Judicialização da Política

A doutrina não vacila ao firmar que a judicialização da política, como expressão, “passou a compor o repertório da ciência social e do direito a partir do projeto de C. N. Tate e T. Vallinder (1995), em que foram formuladas de linhas de análise comuns para a pesquisa empírica comparada do Poder Judiciário em diferentes países” (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114). No mesmo sentido são as lições de Felipe Braga Albuquerque (2011, p. 89):

A expressão judicialização da política, segundo Armandino Teixeira Nunes Junior (2008, p.157-179), entrou para a literatura contemporânea a partir da obra *'The global expansion of judicial Power'*, de Neal Tate e Torbjörn Vallinder, publicada em 1995, que teve repercussão mundial e que conceituou a judicialização como a expansão/propagação da jurisdição dos tribunais e juízes à margem dos políticos e administradores.

Na doutrina pátria, destacam-se os estudos empíricos desenvolvidos por Marcus Faro de Castro (1997) e Ariosto Teixeira (1997), que, através da análise de ações de inconstitucionalidade no STF, concluíram pela inadequação das propostas conceituais de Tate e Vallinder para o caso brasileiro, tendo em vista o tímido ativismo dos ministros da corte excelsa. Também merece destaque a pesquisa de Luiz Werneck Vianna (1999), que buscou compreender as causas do fenômeno no mundo através da visita as doutrinas de J. Habermas, A. Garapon, R. Dworkin e M. Capelletti, entre outros. Vianna também estudou o caso brasileiro, em especial as transformações constitucionais advindas com a carta de 1988, que permitiram um maior protagonismo judicial (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114).

É importante ressaltar que os estudos no âmbito das Ciências Sociais e do Direito nos últimos anos têm se dedicado fortemente a judicialização da política. É dizer, trata-se de tema bastante debatido pela academia. O presente trabalho, portanto, sem ignorar essa realidade, adotará, em um reducionismo necessário, a doutrina de C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, condensada na obra *The global expansion of judicial power*. As razões justificadoras dessa postura residem na complexidade do fenômeno da judicialização, objeto de diversas compreensões entre juristas e cientistas políticos.

2.1 Noção e requisitos da Judicialização da Política

Para Vallinder (1995, p. 13), quando se fala em uma expansão global do poder judicial, quer se referir à penetração de decisões judiciais e de procedimentos tipicamente judiciais em áreas políticas que, até então, lhes eram estranhas. Sumariamente, isso é a judicialização da política.

Ao estabelecer, de forma mais detalhada, uma noção do que vem a ser judicialização da política, Vallinder (1995, p. 13) aponta que:

Thus the judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts, or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.

Não caminha em outro sentido a doutrina de C. Neal Tate (1995, p. 28), que, ao buscar compreender o fenômeno da judicialização da política, segue os passos de Vallinder:

For clarity and consistency, I follow Vallinder's conceptual survey of the judicialization of politics (chap. 2 of this volume), which suggests two core meanings for the term: 1. The process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. The process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures.

Portanto, para os autores, a judicialização da política possui dois sentidos nucleares. O primeiro, denominado por Vallinder de *judicialization from without*¹, e do qual é exemplo o *judicial review*, diz respeito ao avanço das decisões dos juízes e tribunais sobre campos que, anteriormente, eram habitados pelo legislativo ou executivo. O segundo, o qual Vallinder chama de *judicialization from within*² consiste na penetração de procedimentos judiciais e do corpo judiciário no âmbito dos poderes constitucionais.

¹ Tradução livre: judicialização externa (ou judicialização de fora).

² Tradução livre: judicialização interna (ou judicialização de dentro).

³ Tradução livre: política de direitos.

⁴ No original: *intra-judicialization of the court* (ou judicialização de dentro).

⁵ No original: *opposition use of the court*.

No que se refere as causas do fenômeno, deve-se pontuar elas não são objeto do presente trabalho. Todavia, se mostra oportuno, apenas a título de registro, enumerá-las. Nesse contexto, interessantes as lições de Andrei Koerner, Celly Cook Inatomi e Marcia Baratto (2011, p. 152):

A judicialização da política teria como *background*, a partir da segunda metade do século XX: a reorganização das democracias europeias após a Segunda Guerra Mundial, como prevenção ao processo que permitiu a ascensão de Hitler ao poder em 1933; as reações ao planejamento estatal da economia, em que levaram ao Judiciário a contestação ao predomínio do Executivo no intervencionismo estatal; a restauração de teorias políticas deontológicas e/ou de direito natural em resposta ao utilitarismo predominante na primeira metade do século XX; o peso crescente do modelo institucional dos Estados Unidos e da corte constitucional da Áustria, incorporado por organizações internacionais.

No que tange aos requisitos da judicialização da política, apesar de Vallinder trabalhá-los, o faz de forma difusa. É Tate quem os sistematiza de forma explícita. Para ele, a **democracia** é o primeiro requisito necessário, mas não suficiente, para que se possa falar em judicialização da política. Em um estado ditatorial, o ditador dificilmente permitiria que os juízes e tribunais aumentassem, por exemplo, sua participação na efetivação de políticas públicas, fato que impediria a judicialização em seu primeiro aspecto. Ademais, o despótico também não toleraria eventual procedimentalização judicial do aparato administrativo, pois isso impediria o rápido alcance dos resultados por ele desejados. É dizer, também não seria possível a observação da *judicialization from within*. As lições de Tate são claras (TATE; VALLINDER, 1995, p.28):

Much discussion of the judicialization of politics considers it a threat to such essential features of democracy as majority rule and popular responsibility (see Linz 1978; Valenzuela 1978). Despite this, it seems very unlikely that one will encounter the judicialization of politics outside democratic polities. It is hard to imagine a dictator, regardless of his or her uniform or ideological stripe, (1) inviting or allowing even nominally independent judges to increase their participation in the making of major public policies, or (2) tolerating decision-making processes that place adherence to legalistic procedural rules and rights above the rapid achievement of desired substantive outcomes. The presence of democratic government thus appears to be a necessary, though certainly not a sufficient, condition for the judicialization of politics.

Além da democracia, outro requisito observável consiste na **separação de poderes** fulcrada na teoria de Montesquieu. A presença de poderes independentes e

equânimes, faz com que o Poder Judiciário goze de uma boa posição para se impor perante os outros poderes (TATE; VALLINDER, 1995, p.29).

Todavia, da mesma forma que a democracia, a adoção do sistema de separação de poderes supramencionado é apenas mais um dos requisitos para que se observe a judicialização da política. É exatamente nesse sentido que Tate conclui que: “A separation-of-powers system may thus facilitate a judicialization of politics that occurs for other reasons, but it does not appear to be a necessary, much less a sufficient, condition for judicialization” (TATE; VALLINDER; 1995, p. 29).

Também se mostra como importante requisito a presença de uma *policy of rights*³, mesmo que não fundamentada em uma carta de direitos fundamentais. Isso porque quando se concebe a existência de minorias e/ou indivíduos possuidores de direitos fundamentais que possam ser opostos, inclusive, em face da maioria, aumenta-se a importância política dos agentes estatais (os juízes e os tribunais) que, institucionalmente, possuem mais facilidade de efetivar tais direitos. Ademais, essa legitimidade política acaba por se espalhar pelos procedimentos adotados pelo Poder Judiciário, que se tornam arquétipos disponíveis para o uso em *locus* não judiciais. Essas são as lições de Tate (1995, p. 30):

Regardless of whether there is a formal bill of rights, an acceptance of the principle that individuals or minorities have rights that can be enforced against the will of putative majorities seems very likely to increase the policy significance of those – the judges – whose institutional location usually makes it easier for them to make rules that favor minorities over majorities. When legitimacy is accorded to a politics of rights, it spills over to the procedures associated with the work of the courts, who become key players in this politics. With their new legitimacy, these procedures then become archetypes available for use in the many nonjudicial forums into which the politics of rights penetrates.

Ademais, a judicialização da política não pode ser compreendida se isolada dos interesses sociais e econômicos que estruturam o sistema político. Isso porque na medida em que se aumenta o **acesso ao judiciário pelos grupos de interesse**⁴, eles descobrem o potencial utilitário dos juízes e das cortes na defesa de suas bandeiras, quando comparadas com os processos majoritários de decisão (TATE; VALLINDER, 1995, p. 30).

³ Tradução livre: política de direitos.

⁴ No original: *interest group use of the court*.

Outro requisito importante para a facilitação da judicialização da política consiste no **acesso ao judiciário pela oposição política**⁵. Citando o Conselho Constitucional Francês, Tate (1995, p. 30) aponta que o conselho foi instrumento de judicialização da política em virtude de seu uso pela oposição parlamentar para barrar iniciativas governamentais que não puderam ser interrompidas nos processos majoritários.

Em um interessante argumento, Tate, citando a doutrina de Stone, aduz que “[...] as it exercises constitutional review, a constitutional court might be accurately regarded as a third branch of the legislature than as regular court”. Além disso, “Since the French Constitutional Council exercises no judicial functions other than abstract constitutional review, Stone’s argument is especially applicable in its case” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 31).

Ainda nessa esteira, Tate (1995, p. 31) salienta que se a oposição conseguir redefinir uma disputa “legislativa” (majoritária) como uma disputa de direitos, ela consegue mudar o *locus* de discussão, passando de um onde a regra da maioria é aceita para outro, o poder judiciário, onde os direitos da minoria podem ser efetivados em face da maioria discordante.

A **fragilidade dos partidos políticos e das coligações governamentais** também facilitam a judicialização da política. Isso porque sem uma maioria legislativa efetiva, o governo terá dificuldades de realizar suas políticas e de ter apoio político em eventual demanda judicial imposta pela oposição.

Outro requisito facilitador da judicialização da política, segundo Tate (1995, p. 31-32) consiste na **atitude (postura) dos grupos sociais, sejam da elite ou das classes menos abastadas, em relação aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário**⁶. Se tais grupos de interesse veem as instituições majoritárias (Executivo e Legislativo) como inertes, corruptas e negligentes com a coisa pública, tenderão a permitir e até procurar com uma postura mais ativa o Judiciário no tratamento de questões políticas, visto que os juízes e tribunais gozam de uma reputação de retidão e conhecimento técnico.

⁵ No original: *opposition use of the court*.

⁶ Tate nomeia esse requisito de *Perceptions of the Policy-Making Institutions*

Por fim, o último requisito⁷, que ocorre “[...] when majoritarian institutions decide that there are certain issues that they do not wish to be burdened with deciding [...]” (TATE; VALLINDER; 1995, p. 32). Para Tate (1995, p. 32) certas decisões carregam fortes riscos políticos, de tal sorte que os membros das instituições majoritárias acabam por delegar tal tarefa para as cortes judiciárias.

Portanto, é improvável que a judicialização da política ocorra sem a presença dos requisitos ora tratados. Todavia, ressalta Tate (1995, p. 33) “I cannot conclude this discussion of the conditions facilitating the judicialization of politics without noting that even in the presence of all of them, significant judicialization is still not given.”

É dizer, abaixo de todos os requisitos, reside a circunstância de que a judicialização “[...] develops only because judges decide that they should (1) participate in policy-making that could be left to the wise or foolish discretion of other institutions, and, at least on occasion, (2) substitute policy solutions they derive for those derived by other institutions” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 33). Portanto, “[...] in choosing not to participate or not to substitute their own policy prescriptions for those of others, judges affirm existing policies, including the policy of ‘no policy’, just as surely as if they had imposed those existing policies of their own volition” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 33).

Para Tate (1995, p. 33), não há como os juízes e tribunais se livrarem de seu *policy-making role*. Nesse sentido, a judicialização da política implica em uma postura mais proativa do que aquela observada num contexto de *judicial nondecision*.

É exatamente por tais aspectos que os valores e a postura dos juízes são tão importantes para que ocorra, ou não, um aumento da judicialização. Nesse sentido, conclui-se que: “[...] it is the choices judges make to be more or less active in imposing their own policy solutions that determine just how far judicialization will go under favorable sets of facilitating conditions” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 34).

⁷ Tate nomeia esse requisito de *Willful Delegation by Majoritarian Institutions*

Resta, portanto, delimitada uma noção do que vem a ser a judicialização da política, bem como quais os seus requisitos. Agora, é imperioso analisar casos concretos nos quais ela pode ser observada.

3 - As Mutações constitucionais

O presente tópico tem por escopo delinear noções gerais acerca da teoria das mutações constitucionais.

3.1 Permanência e mudança constitucional

No que se refere à permanência constitucional, Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p.5) ressalta que “a Constituição de um Estado, por consubstanciar sua estrutura fundamental, presume-se estável”. No mesmo sentido é a lição de José Afonso da Silva (2000, p. 237), que retrata que as Constituições “[...] são feitas para perdurar, regendo as estruturas, situações, comportamentos e condutas que a interpretação do Constituinte teve como aferidas aos valores de convivência social dentro da comunidade a que se referem”.

Situando historicamente a ideia de permanência constitucional, Raul Machado Horta (1999, *on line*) acentua que ela é fruto do constitucionalismo revolucionário do final do século XVIII, que pregava a concepção de que a Constituição deveria durar indefinidamente, quase que de forma imutável. Daí decorre o fato das previsões de reforma constitucional, à época, estarem submetidas a regras de alto rigor, sempre no intuito de garantir a rigidez constitucional.

Nessa mesma esteira são os ensinamentos de Hsü Dau-Lin (1998, p. 23), que, já em 1932, apontava que “[...] a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, se desplegaron esfuerzos enérgicos y patéticos para estabilizar las Constituciones escritas em todos los sentidos (por ejemplo, la ‘inmutabilidad absoluta’ de la Constitución, establecida em Francia)”.

Todavia, acrescenta o jurista, “[...] desde finales del siglo pasado predominam las cuestiones encaminadas a destruir y minar la ‘fe romántica’ em la ‘fuerza mística de la Constitución’” (DAU-LIN, 1998, p. 23).

Um dos primeiros a minar a fé nas Constituições foi Lassalle, o qual postulava a ideia de que a Constituição, como pretensa lei fundamental de uma nação, é uma força ativa e determinante que faz com que todas as leis e instituições jurídicas de uma nação sejam o que realmente são. É nesse contexto, de busca por essa força, que Lassalle vai definir os fatores reais do poder e os identificar como sendo a Constituição de determinada nação:

Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são. [...] Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação (LASSALLE, 2000, p. 10-17).

Georg Jellinek, que escreveu monografia específica sobre as mutações constitucionais, era, também, um daqueles que já desacreditava na “força mística” da Constituição. O alemão, influenciado pelas ideias de Ferdinand Lassalle, assinalava que:

Hoy sabemos que las leyes pueden mucho menos de lo que creía todavía hace un siglo, que espresan siempre, unicamente, un deber ser cuya transformación en ser nunca se consigue plenamente porque la vida real produce siempre hechos que no corresponden a la imagen racional que dibuja el legislador. Y este lado irracional de la realidad no significa solamente una discordancia entre norma y vida. Más bien se vuelve contra la misma norma (JELLINEK, 1991, p. 6).

Os juristas, portanto, diagnosticavam, acertadamente, a existência dessa tensão entre estabilidade e elasticidade, e diziam que o problema não seria tal constatação, mas sim a construção de um limite para a reforma da Constituição.

É nesse contexto que Konrad Hesse profere sua aula inaugural na Universidade de Freiburg, na Alemanha, da qual resultou a obra “A Força Normativa da Constituição” (*Die normative Kraft der Verfassung*). Para Hesse, a norma constitucional não possui uma existência autônoma frente à realidade, uma vez que sua pretensão de eficácia é inseparável das condições históricas de sua realização. Tais condições conjugam-se de forma interdependente, erigindo regras que não podem ser ignoradas. Nesse sentido, é indispensável que a Constituição, por encontrar-se vinculada à natureza das coisas, possua a capacidade de se modificar em razão do câmbio das condicionantes (HESSE, 1991, p. 20-21).

É exatamente por isso que a doutrina constitucional contemporânea, seguindo a tese de Konrad Hesse, tende a renegar as “concepções unilaterais e reconhecer que o conceito de Constituição, qualquer um que seja, não pode prescindir da conjugação entre *fato e norma*, entre *normatividade e realidade*, como componentes que se condicionam reciprocamente na formação do fenômeno constitucional” (KUBLISCKAS, 2009, p. 21, grifos do autor).

Portanto, pode-se concluir que: “Estabilidade, todavia, não significa imutabilidade. Bem ao contrário. A eficácia das Constituições repousa, justamente, na sua capacidade de enquadrar ou fixar, na ordem constitucional, as vontades e instituições menores que a sustentam” (FERRAZ, 1986, p.5). Nessa perspectiva, a mudança é tida como uma atualização da Constituição, um aperfeiçoamento. É dizer, a mutabilidade da norma constitucional não se identifica, necessariamente, com sua desestima. Tal aspecto é bem analisado por Raul Machado Horta (1999, *on line*):

A mudança na Constituição não se identifica necessariamente com a desestima da Constituição. Ela se propõe, via de regra, a introduzir aperfeiçoamentos e correções no texto constitucional. Opera no rumo da evolução. Não obstante tais inspirações, a mudança na Constituição reflete, com maior ou menor profundidade, uma insatisfação com o texto constitucional, cuja matéria se propõe alterar ou substituir.

A não aceitação dessa ideia de mutabilidade constitucional, em última instância, desvaloriza a Constituição. São essas as conclusões de Adriana Zandonade (2001, p. 197):

Aliás, de outro modo não se poderia conceber a rigidez, pois que a imutabilidade absoluta abalaria forçosamente os valores de estabilidade e de segurança jurídicas, esta definida por Montesquieu como a tranquilidade de espírito que faz com que o homem não tenha medo nem de outro homem, nem do Estado. Com efeito, a imutabilidade da Constituição impediria aperfeiçoamentos e correções do seu texto, necessários em razão da própria evolução da sociedade. Essas alterações, não se podendo introduzir por mecanismos constitucionalmente fixados, realizar-se-iam de qualquer modo, provocando uma ruptura radical, trazendo consigo, na maior parte das vezes, sérios prejuízos para a mesma sociedade, alimentando, ademais, os sentimentos de desvalorização da Constituição e contribuindo para a destruição da consciência constitucional.

Como bem aponta Luís Roberto Barroso (2009, p. 22), não se pode admitir que os vivos sejam governados pelos mortos, as gerações presentes não podem restar

submetidas aos desígnios das passadas⁸. Loewenstein (1965, p. 164, grifos do autor), assumindo o caráter mutável das Constituições, assevera que:

Cada constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a vida mesma e está submetida à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. Uma Constituição não é jamais idêntica a si mesma e está submetida constantemente ao *pantha rei* heraclítico de tudo que vive.

Portanto, é forçoso salientar que: “A tensão entre permanência e mudança está presente em todos os ramos do ordenamento jurídico. Contudo, no âmbito do Direito Constitucional a referida tensão adquire contornos específicos e características peculiares” (KUBLISCKAS, 2009, p. 29). É dizer, “a relação entre estabilidade e mudança, ou entre a estática e a dinâmica constitucional, se apresenta qualquer que seja o tipo de ordenamento constitucional positivo” (FERRAZ, 1986, p. 5).

José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 165, grifo do autor), ao tratar do ponto de partida fundamental para compreensão da Constituição, ressalta que a mesma “[...] é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica*, traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’”.

É dizer, se a Constituição não funciona como um sistema aberto, fechando-se em si mesma, sua força normativa estará em risco. Portanto, essa abertura do sistema se coaduna com a tese da força normativa da Constituição de Konrad Hesse, visto que “a norma constitucional não possui existência autônoma em relação à realidade onde pretende ser concretizada, havendo *um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social*” (ALBUQUERQUE; SOARES, 2008, *on line*, grifos do autor).

É essa concepção da Constituição, como um sistema aberto, que dialoga com a realidade normada, que abre espaço para as mutações informais da Constituição. A mutação informal da Constituição, também denominada de **mutação constitucional**, consiste em um processo de mudança constitucional por meio do qual, em virtude de uma mudança na realidade social, se altera, através da interpretação ou dos costumes

⁸ Conforme Gustavo Zagrebelsky (2005, p. 41), trata-se do famoso princípio de Thomas Jefferson: *the Earth belongs to the living*, segundo o qual “[...] ninguna ley y ninguna constitución son tan sagradas como para no poder ser cambiadas”.

constitucionais, o sentido de uma norma constitucional sem qualquer mudança do texto expresso da Constituição (FERRAZ, 1986, p. 9).

3.2 Noções sobre a teoria das mutações constitucionais: antecedentes históricos e definição

O tema das mudanças informais da Constituição, bem como a designação “mutação constitucional”, foram primeiramente observados pela doutrina alemã do final do século XIX e início do XX, com destaque para os estudos de Paul Laband (*Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresden, 1895) e Georg Jellinek (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlim, 1906), integrantes da Escola Alemã de Direito Público (URRUTIA, 2000, p. 105-106).

Laband identificou as mutações constitucionais como “[...] mudanças no âmbito da Administração, da Fazenda e da Justiça federais que levaram ao aparecimento de uma situação constitucional incompatível com a Constituição de 1871, mas que se impuseram de fato [...]” (HESSE, 2009, p. 155). Já Jellinek (1991, p. 7), definiu a mutação constitucional como:

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

Após os esforços iniciais de Laband e Jellinek, o tema das mutações constitucionais ganhou outra dimensão com a promulgação da Constituição de Weimar, em 1919. Datam desse ínterim as ideias dinâmicas de Constituição construídas por Rudolf Smend e Hermann Heller. No que se refere ao tema das mutações constitucionais, interessa apenas a abordagem da concepção de Heller. O jurista não tratou das mutações constitucionais em específico. Ele apreendeu o conceito de mutação elaborado por Jellinek e o converteu em um elemento da teoria da Constituição.

O jurista, que abordou o tema no livro *Staatslehre* (Teoria do Estado), de 1934, erige ideias que são de extrema importância para a compreensão das mutações constitucionais. Ele evidencia que a relação de tensão entre o direito e a realidade,

entre o ser e o dever ser, não deve ser compreendida unilateralmente, seja pelo lado da normalidade, seja pelo da normatividade. Tais dimensões encontram-se em uma relação de complementação mútua, na qual não é dado a normalidade ignorar a normatividade e vice-versa. Eventual postura unilateral, que compreende, por exemplo, apenas a normalidade, acabaria por desnaturar a tensão e ignorar, por completo, a própria normatividade. Portanto, a mutação constitucional, enquanto evento ligado à realidade cambiante, deve encontrar seus limites na própria normatividade. No entanto, apesar de chegar a essa acertada conclusão, Heller não traça contornos mais específicos, ficando difícil precisar os limites das mutações constitucionais. (HESSE, 2009, p. 164)

Ainda no que se refere à doutrina acerca das mutações constitucionais, importante salientar a relevância dos estudos do jurista chinês, radicado na Alemanha, Hsü Dau-Lin. Para muitos, ele foi responsável pelo estudo mais profundo sobre o tema⁹. Dau-Lin foi aluno e discípulo de Rudolf Smend.

Ao contrário de Heller, Dau-Lin reformulou e sistematizou os conceitos e ideias erigidas pelos juristas da Escola Alemã de Direito Público (URRUTIA, 2000, p. 116). Já no início de sua obra, Dau-Lin (1998 p. 29) deixa claro que a definição de mutação constitucional, apesar das contribuições dos juristas que lhe antecederam, não era claro. Segundo o autor, Laband, embora tenha criado a expressão “mutação constitucional”, não a definiu detalhadamente.

No que se refere à obra de Georg Jellinek, Dau-Lin (1998, p. 106-107) aponta que o professor de Heidelberg tratou o tema de forma mais aprofundada, tendo estudado e delimitado várias formas de mutação constitucional, inclusive com análises de exemplos em outros países. No entanto, apesar da riqueza de sua monografia, Jellinek acabou por concluir que as normas jurídicas são incapazes de gerir ou regular as forças políticas, as quais operariam segundo suas próprias normas. Nesse sentido, não deu qualquer tratamento jurídico as mutações constitucionais.

Nesse contexto, onde imperava uma insuficiência teórica sobre o tema, o asiático define a mutação constitucional como “[...] la incongruencia que existe entre

⁹ A esse respeito merecem destaque as palavras de Pablo Lucas Verdú (1998, p. 7), ao prefaciar a obra de Dau-Lin: “Lugar a parte merece el chino Hsü DAU-LIN, discípulo del maestro de la integración política. Escribió, a mi juicio, el estudio mejor, sobre las mutaciones constitucionales, que conozco”.

las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por outro (DAU-LIN, 1998, p. 29).

Para Dau-Lin, Constituição tem por objeto a regulação do Estado. Este, enquanto realidade vital e dinâmica, exige da Constituição a possibilidade de mutação. O fundamento das mutações constitucionais, portanto, repousava nessa natureza estatal. A plenitude vital do Estado não é passível de normatização por inteiro, impondo-se uma “[...] constante superação do sentido originário atribuído à norma” (SBROGIO’GALIA, 2007, p. 93).

Nesse sentido, Dau-Lin, em verdadeiro avanço, vai concluir que o problema da incongruência entre as normas constitucionais e a realidade demanda, para sua solução, uma interpretação elástica e integradora (SBROGIO’GALIA, 2007, p. 94).

Dau-Lin, portanto, sistematiza o estudo das mutações constitucionais e rompe com o paradigma positivista, na medida em que desenvolve uma fundamentação jurídico-constitucional da mutação constitucional. Todavia, a teoria do chinês não estabelece os limites de tais modificações informais (URRUTIA, 2000, p. 135). Importante, nesse ponto, colacionar as lições de Hesse (2009, p. 161):

Através dessa teoria e por oposição à do positivismo jurídico-político desenvolve-se uma fundamentação jurídica, em concreto uma fundamentação jurídico-constitucional da mutação constitucional: a mudança da Constituição não se produz através de fatos da ‘realidade’ que atuam ‘de fora’ sobre a Constituição nem só através de modificações da ‘situação constitucional’; pelo contrário, a ‘realidade’ é, por assim dizer, incorporada à Constituição sob a forma da ‘necessidade política’, cujo sentido global é o de responder a essa necessidade. Em virtude da sua vinculação a essa totalidade da Constituição, o conteúdo das distintas normas constitucionais pode mudar, inclusive quando o conteúdo modificado é incompatível com o texto da norma. O conteúdo que até agora possuía não cede ante a pura faticidade, mas em face desse ‘sentido’ de nível superior. Entretanto, dado que este sentido pode mudar segundo as ‘necessidades vitais do Estado’, o resultado é apenas diferente daquele da Teoria do Estado positivista: não há nenhum limite preciso para essa mudança; tanto aqui como ali, o parâmetro é em termos definitivos, sua imposição de fato.

Portanto, os limites do fenômeno da mutação não restam claros por duas razões. De um lado, encontra-se, na doutrina de Dau-Lin, uma conexão demasiado indistinta do Direito Constitucional com a realidade. Por outro, o chinês, ao recorrer às chamadas necessidades vitais do “Estado”, acaba por promover uma simplificação, visto que o “Estado”, abstratamente, inexistente. O que existe é o Estado histórico,

concreto. É nesse sentido que as necessidades vitais podem passar a integrar o sentido da Constituição.

Empós a análise das contribuições de Dau-Lin, adentra-se no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial. O pós-guerra trouxe um movimento de revalorização das Constituições, que passaram a assumir o status de normas jurídicas vinculantes, gozando de força normativa. Ademais, em virtude da busca pela manutenção dessa força, passou-se a compreender a Constituição como um sistema aberto, um organismo vivo, na feliz expressão de Loewenstein¹⁰. Nesse sentido, a concepção do que vem a ser a mutação constitucional também restou modificada. Observe:

Mais recentemente, com a consolidação da ideia de que as Constituições são norma jurídicas especiais (norma vinculantes e obrigatórias, mas estruturadas de modo a permitir maior abertura para reconhecer e aceitar as modificações ocorridas na sociedade), os autores passaram a defender que a mutação constitucional é o fenômeno por meio do qual são produzidas alterações de significado, alcance ou sentido das normas constitucionais dentro dos limites estabelecidos pela própria Constituição (KUBLISCKAS, 2009, p. 72).

É exatamente nesse contexto que Konrad Hesse (2009, p. 151), ao se referir à concepção do Tribunal Constitucional Federal e da doutrina mais recente, define a mutação constitucional como o fenômeno que “[...] modifica, de que maneira for, o conteúdo das normas constitucionais de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente [...]”. Mais adiante, Hesse (2009, p. 167, grifos do autor), apoiado na teoria estruturante de Friedrich Müller, vai sustentar que essa modificação de conteúdo estará limitada pelo *programa normativo*.

Com efeito, “[...] a instância que decide se a alteração fática pode ser relevante para a norma, quer dizer, se o fato modificado pertence ao âmbito normativo, é o programa normativo que se contém substancialmente no texto da norma constitucional [...]”. Nesse sentido “[...] só enquanto este fato novo ou modificado

¹⁰ Karl Loewenstein também abordou o tema das mutações constitucionais. Para o autor, “[...] é produzida uma transformação na configuração real do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses sem que seja refletida tal transformação no documento constitucional: o texto da Constituição permanece intacto. Este tipo de mutação constitucional ocorre em todos os Estados dotados de uma Constituição escrita e é muito mais frequente que as reformas constitucionais formais” (1965, p. 165)

resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma.” (HESSE, 2009, p. 167)

É dizer, “[...] a mutação constitucional deve considerar-se admissível quando se reconduz a um problema *normativo-endogenético*, mas já não quando ela é resultado de uma evolução normativamente *exogenética* (CANOTILHO, 1993, p. 232).

O que se observa, portanto, é que os doutrinadores tradicionais, estando aí incluídos Laband, Jellinek, Smend, Heller e Dau-Lin, apesar de diferenças marcantes em suas ideias, adotavam uma definição bem ampla e genérica de mutação constitucional. Em verdade, ela era entendida, basicamente, como uma situação de incongruência, para usar a expressão de Dau-Lin, entre Constituição e realidade constitucional (KUBLISCKAS, 2009, p. 76).

Já a doutrina moderna, fruto do segundo pós-guerra, evidencia uma concepção mais restrita de mutação constitucional, a entendendo como uma alteração do conteúdo de uma norma constitucional, sem que se altere o texto constitucional e respeite os seus limites.

Na doutrina pátria, onde destacam-se as obras de Anna Candida da Cunha Ferraz e Uadi Lammêgo Bulos, o tema é abordado de acordo com a compreensão contemporânea do fenômeno. Ferraz (1986, p. 9) define a mutação constitucional como “[...] alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis [...]” (FERRAZ, 1986, p. 9). Já Bulos (1997, p. 57), a apresenta como:

O processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Lex Legum, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.

3.3 Mutações inconstitucionais?

Existem mutações inconstitucionais? A resposta pressupõe o estabelecimento dos limites do fenômeno da mutação constitucional. Quem melhor trata dos limites jurídicos às mutações constitucionais é Konrad Hesse. Em trabalho específico sobre o

tema¹¹, o jurista analisa as contribuições de Laband, Jellinek, Smend, Dau-Lin e Heller, para, então, explicitar sua concepção.

Para Hesse, quem melhor esclarece, ainda de que de forma genérica, a questão dos limites às mutações é Hermann Heller. O jurista evidencia que a relação de tensão entre o direito e a realidade, entre o ser e o dever ser, não deve ser compreendida unilateralmente, seja pelo lado da normalidade, seja pelo da normatividade. Tais dimensões encontram-se em uma relação de complementação mútua, na qual não é dado a normalidade ignorar a normatividade e vice-versa. Logo, a mutação constitucional, enquanto evento ligado à realidade cambiante, deve encontrar seus limites na própria normatividade (HESSE, 2009, p. 164).

No entanto, apesar de chegar a essa acertada conclusão, Heller não traça contornos mais específicos, ficando difícil precisar os limites das mutações constitucionais. Nessa esteira, Hesse (2009, p. 166), desenvolvendo as ideias de Heller, pontua que tanto a mutação constitucional quanto seus limites só podem ser entendidos quando a mudança de conteúdo da norma é compreendida como uma alteração no interior da norma mesma, é dizer, dentro da normatividade da Constituição, e não fruto de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade.

Com efeito, “[...] a instância que decide se a alteração fática pode ser relevante para a norma, quer dizer, se o fato modificado pertence ao âmbito normativo, é o programa normativo que se contém substancialmente no texto da norma constitucional [...]”. Nesse sentido “[...] só enquanto este fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma” (HESSE, 2009, p. 167).

Portanto, Hesse, ao estudar o tema, deixa claro que uma mutação constitucional não pode dar ensejo a uma realidade *contra constitutionem*, ferindo a literalidade ou entrando em contradição direta com a finalidade do texto normativo. Urrutia (2000, p. 135), fornece interessante observação sobre o ponto:

Hesse ha dado un poco la clave de cuáles son los márgenes en los que podemos definir la mutación constitucional en las Constituciones actuales. Este autor utiliza parte del sistema conceptual de Smend para formular un sistema constitucional dinámico del cual forman parte las mutaciones

¹¹ HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 147-171

constitucionales. En el marco de la Constitución de la República Federal alemana, Hesse sostiene que la mutación en cuanto cambio de sentido de la norma constitucional es admisible en cuanto no vulnere su literalidad y no entre en contradicción directa con el sentido o finalidad del texto normativo. Por definición, no puede existir una realidad constitucional *contra contitutionem*. Así, cuando la realidad no es reflejo de la Constitución llega el momento de reformarla. Es por esto que para Hesse, ‘la problemática de la mutación constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de mutación constitucional’.

A fixação desse limite, o texto da norma (o programa normativo), é relevante, visto que reduz bastante a discricionariedade na invocação da presença de uma mutação. Ora, provar que, no caso específico, ocorreu uma mudança no âmbito normativo de uma norma constitucional, exige mais do que a simples menção genérica à “força normativa do fático” ou às “necessidades vitais do Estado” (HESSE, 2009, p. 168).

É importante salientar que Hesse (2009, p. 168) reconhece que essa concepção de mutação constitucional, apesar de importante, ainda necessita de desenvolvimentos, mormente no que se refere à busca de parâmetros concretos que possam ser manejados na prática. Ademais, o catedrático de Freiburg ainda admite que as diferentes possibilidades de análise do âmbito normativo também se mostram como um problema que merece apreciação. No entanto, se não se chegou a uma proposta clara, acredita-se ter dado um passo inicial para a compreensão das mutações constitucionais.

Quanto à doutrina brasileira, a questão dos limites à mutação constitucional recebe tratamento semelhante. Para Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 243):

As mudanças não formais à Constituição, tema do Título II, são perceptíveis ou invisíveis, porém sempre ocorrem dentro dos limites constitucionais: não alteram a letra nem o espírito da Constituição, mas adaptam-na à realidade, atribuindo-lhe novo sentido, renovado significado e ampliando-lhe ou restringindo-lhe o alcance. (FERRAZ, 1986, p. 243)

É dizer, para a autora, a própria definição de mutação constitucional traz os seus limites, visto que se trata de uma mudança informal que não vulnera a letra e o espírito da Constituição. No mesmo sentido, só que de forma mais detalhada, são as lições mais recentes de Luis Roberto Barroso (2009, p. 127-128):

Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites, e se ultrapassá-los estará violando o poder constituinte e, em última análise, a soberania popular. É certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas

em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Mas essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário.

Portanto, resta esclarecida a definição de mutação constitucional, bem como seus limites. Tais circunstâncias já se mostram suficiente para que se adentre no próximo tópico, que terá como objetivo a análise de julgados em que a judicialização da política atuou como catalisadora de mutações (in)constitucionais.

4- Exemplos Nacionais de Mutação inconstitucionais a partir da Judicialização da Política

A judicialização da política pode funcionar como catalisadora de mutações inconstitucionais. No caso brasileiro, é possível elencar alguns exemplos de mutações da Constituição que encontram-se ligadas à expansão do poder judicial de nossa “corte constitucional”.

No entanto, desde já, é importante ressaltar que a judicialização da política opera tanto como catalisadora de mutações inconstitucionais quanto de mutações **constitucionais**. Dentro dessa última hipótese, um caso bastante abordado pela doutrina consiste no julgamento dos Mandados de Injunção 670, oriundo do Estado do Espírito Santo, e 712, proveniente do Estado do Pará.

Nos referidos julgados, o STF, em decisão histórica, alterou o sentido dado ao art. 5º, LXXI¹², da Constituição Federal, que prevê o mandado de injunção. Até o julgamento em análise, a Corte Excelsa, seguindo a linha argumentativa expendida pelo Ministro Moreira Alves no MI 107-QO, entendia que o mandado de injunção servia apenas como uma exortação ao Poder Legislativo para que expedisse a norma

¹² Eis a letra do dispositivo: [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

regulamentadora. Em outras palavras, limitava-se à declaração da mora legislativa (KUBLISCKAS, 2009, p. 239-240).

Esse posicionamento foi reafirmado pelo STF em outros mandados de injunção que tinham o mesmo objeto do MI 670 e do MI 712, qual seja, a omissão legislativa no que se refere à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. A ementa do MI 670/ES é clara a respeito da jurisprudência do STF:

2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes> MI nº 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI nº 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e MI nº 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MI 670, Relator Ministro Maurício Corrêa, Dje 31.10.2008, *on line*)

No entanto, em virtude da flagrante mora legislativa, que já contava dezoito anos, o STF, nos autos dos MI's 670 e 712, passou a adotar uma postura concretista, conferindo caráter mandamental ao instituto do mandado de injunção e determinando a aplicação da Lei Nº 7783/89, que dispõe acerca do direito de greve para os trabalhadores da iniciativa privada, aos servidores públicos. Nesse sentido, resta configurada uma clara mutação constitucional, na medida em que, sem alteração do texto constitucional, o instituto do Mandado de Injunção teve seu sentido alterado pelo intérprete (KUBLISCKAS, 2009, p. 240).

Nesse ponto, cabe a seguinte pergunta: a mutação constitucional sobredita possui alguma ligação com a judicialização da política? A esse respeito, vale transcrever a doutrina de Liberato (2010, p. 45-46), que, ao analisar a postura do STF através das lições de Tate e Vallinder, concluiu que:

É exatamente nesta linha de consideração que se insere a questão atinente à mudança de postura do STF na utilização do instrumento do Mandado de Injunção, nos casos já citados. Com efeito, no caso do MI n. 670-ES, versando sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, constatam-se a presença de todos esses elementos, inclusive a delegação voluntária do poder legislativo por via tácita, ao remanescer inerte por mais de 18 anos na regulamentação da matéria, em visível afronta aos direitos sociais desses servidores, o que parece ter conduzido a Corte Constitucional brasileira à adoção de decisão 'manipulativa-aditiva', de forma similar ao que ocorre na Corte Constitucional Italiana.

O jurista identificou que a mudança de paradigma operada no julgamento do MI 670/ES, encontra-se intimamente ligada ao fenômeno da judicialização da política, mormente pela presença da delegação tácita do Poder Legislativo, que silenciou durante 18 anos na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos.

Entretanto, a judicialização da política também pode ser visualizada nas mutações inconstitucionais. Kubliskas (2009, p. 258) pontua que a fixação de regras relativas ao exercício concreto da democracia, em muitos casos, encontram forte resistência política, visto que podem restringir ou mesmo suprimir prerrogativas dos membros do Legislativo. Como diria Tate (1995, p. 32), certas decisões causam um desgaste político tão grande que as instituições majoritárias preferem delegá-las para as cortes judiciárias.

Nesse sentido, segundo Kubliskas (2009, p. 258), o STF tem promovido uma reforma política informal, (re)definindo importantes regras do processo democrático. Como exemplo dessa realidade, merece destaque os julgamentos dos MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604, que tratam da famigerada fidelidade partidária. Eis a ementa do MS 26602, que consubstancia, em suma, a mesma tese defendida nos outros mandados de segurança citados:

CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTE. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARÇO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA. 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O

instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 26602 DF, Relator Ministro Eros Grau, DJe 17.10.2008, *on line*).

É importante registrar que o STF, no julgamento dos MS 20.916 e 20.927, o STF firmou o entendimento de que aos detentores de cargos eletivos não se podia impor a regra da fidelidade partidária. Eis a ementa dos julgados, respectivamente:

EMENTA: MANDATO REPRESENTATIVO E SUPLÊNCIA: PERDA POR FATO SUPERVENIENTE A DIPLOMAÇÃO: DECLARAÇÃO QUE INCUMBE A PRESIDENCIA DA CÂMARA RESPECTIVA E NÃO A JUSTIÇA ELEITORAL. II. SUPLÊNCIA DE MANDATO REPRESENTATIVO: SITUAÇÃO JURÍDICA QUE O ABANDONO DO PARTIDO, PELO QUAL HAJA O SUPLENTE CONCORRIDO AO PLEITO, NÃO DESFAZ: EXTENSAO AO SUPLENTE DOS EFEITOS DO DESAPARECIMENTO, A PARTIR DA EC 25/85, DA SANÇÃO DA PERDA DO MANDATO COMINADA AO TITULAR QUE ABANDONAVA O PARTIDO. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 20916 DF, Relator Ministro Carlos Madeira, Data de Julgamento: 10/10/1989, Dje 26-03-1993, *on line*).

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDARIA. SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. - EM QUE PESE O PRINCÍPIO DA REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL E A REPRESENTAÇÃO PARLAMENTAR FEDERAL POR INTERMÉDIO DOS PARTIDOS POLÍTICOS, NÃO PERDE A CONDIÇÃO DE SUPLENTE O CANDIDATO DIPLOMADO PELA JUSTIÇA ELEITORAL QUE, POSTERIORMENTE, SE DESVINCULA DO PARTIDO OU ALIANÇA PARTIDARIA PELO QUAL SE ELEGEU. - A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FIDELIDADE PARTIDARIA AOS PARLAMENTARES EMPOSSADOS SE ESTENDE, NO SILENCIO DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI, AOS RESPECTIVOS SUPLENTE. - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 20927 DF, Relator Ministro Moreira Alves, Dje 15-04-1994, *on line*)

Segundo parte da doutrina, com destaque para Pedra (2011, p. 30-31), essas decisões merecem ser contextualizadas. Os referidos mandados de segurança foram julgados em 1989, ou seja, no contexto político-social da EC 25/1985, que, durante a redemocratização brasileira, revogou a hipótese de perda do mandato por infidelidade partidária prevista na Constituição de 1967.

Essa revogação estava intimamente ligada ao fato de que, durante a ditadura militar, o instrumento da fidelidade partidária foi constantemente usado pelo governo militar para assegurar a maioria no Congresso Nacional (PEDRA, 2011, p. 31).

Já a decisão proferida nos MS 26.602, 26.603 e 26.604, que afirmou que os mandatos eletivos pertencem aos partidos políticos e instituiu a regra da fidelidade partidária, promovendo uma mutação constitucional, deu-se em uma realidade político-social completamente distinta. Em verdade, a sociedade brasileira estava a demandar uma solução para a conhecida “dança das cadeiras” ou o “troca-troca”. É dizer, observa-se uma clara mudança na realidade, que acabou por ocasionar uma suposta mutação informal da Constituição (KUBLISCKAS, 2009, p. 258-259).

Mais uma vez pergunta-se: essa mudança informal da Constituição foi catalisada pela judicialização da política? Parece claro. Coube ao Poder Judiciário a efetivação dessa reforma porque “[...] em momento algum a regra da fidelidade partidária obteve sustentação política para ser instituída formalmente pelo Poder Legislativo” (KUBLISCKAS, 2009, p. 259). Resta claro, portanto, o que Tate (1995, p. 32) chamava de *Willful Delegation by Majoritarian Institutions*.

Todavia, outra pergunta merece uma resposta: a referida mudança informal é constitucional, ou seja, trata-se de uma mutação constitucional ou de uma mutação inconstitucional?

Essa mudança de entendimento do STF no julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, que trataram da fidelidade partidária, aprecem indicar uma mutação inconstitucional. Isso porque o texto constitucional não previu a infidelidade partidária como hipótese de perda do mandato parlamentar. O Ministro Eros Grau, relator do MS 26.602, em voto vencido, ressaltou que:

Resulta bem nítido, aliás, o desígnio nutrido pelo impetrante, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal crie, por via oblíqua, hipótese de perda do mandato parlamentar não prevista no texto constitucional. Pretende transformar este Tribunal em legislador, trilhando a estreita via do mandato de segurança (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 26602 DF, Relator Ministro Eros Grau, DJe 17.10.2008, *on line*).

Ora, como visto, não pode uma “mutação constitucional” aviltar a literalidade da disposição, pois é a partir dela que se constrói o programa normativo. Nesse sentido, qualquer interpretação que encontra-se em clara contradição com o texto da

norma não pode ser tida como uma mutação constitucional. Como assinala Hesse (2009, p. 168, grifos nossos):

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo, se o ‘programa normativo’ resulta determinante a esse respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto. A fixação desse marco é uma questão de interpretação, valendo também para ela o que se aplica a toda interpretação constitucional: **onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com texto da norma; assim, encerram-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso, também as possibilidades de uma mutação constitucional** (HESSE, 2009, p. 168, grifos nossos)

Para o autor, a interpretação não faz falta alguma quando a Constituição oferece uma resposta conclusiva, clara, para o problema constitucional. Não se diz que nesses casos a Constituição não se realiza, não se atualiza. De fato, há sim uma concretização constitucional, a Constituição é aplicada e sentida, mas ela prescinde de interpretação. Hesse, ao adotar tal postura, não está advogando pelo ressurgimento do vetusto e exegetico *in claris cessat interpretatio (in claris non fit interpretatio)*, como pode se extrair de suas conclusões: “Igualmente não se faz necessário interpretar quando as disposições constitucionais são terminantes, por mais que, aqui também, estejamos diante de um ato – estruturalmente simples – de ‘compreensão’ e, com isso, de ‘interpretação’ em sentido amplo” (HESSE, 2009, p. 102).

No mesmo sentido é a lição de Kubliskas, ao comentar a mutação (in)constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, arguida nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau quando do julgamento da Reclamação nº 4335-5/AC:

De modo a não contrariar o texto, as mutações constitucionais somente podem incidir sobre dispositivos redigidos com uma linguagem minimamente aberta, ou seja, sobre dispositivos que possibilitem ao intérprete/aplicador mais de uma opção legítima de concretização. **Os dispositivos redigidos de modo hermético, isto é, os dispositivos cuja redação não confere ao intérprete/aplicador um espaço mínimo de conformação, somente podem ser alterados por meio da incidência dos mecanismos formais de modificação constitucional** (KUBLISCKAS, 2009, p. 260, grifos nossos)

É dizer, não pode o Poder Judiciário, sob o manto da necessidade de uma interpretação corretiva, com vistas a adequar o texto constitucional à realidade,

reescrever as disposições constitucionais. Como já bem dito por Ferraz, (1986, p. 11), as mutações constitucionais, por serem manifestação de um poder constituinte difuso, estão forçosamente limitadas, não podendo reformar a letra e o conteúdo expresso da Constituição. Barroso (2009, p. 127-128) salienta que se o sentido que se quer atribuir à Constituição exacerba os limites semânticos do texto, deve ser chamado o poder constituinte reformador.

Nesse contexto, cabe pontuar a doutrina de Streck, Lima e Oliveira (2007, *on line*)

De uma perspectiva interna ao direito, e que visa a reforçar a normatividade da constituição, o papel da jurisdição é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente. Um tribunal não pode paradoxalmente subverter a constituição sob o argumento de a estar garantindo ou guardando.

É importante pontuar que a existência de limites interpretativos é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da própria Constituição. É claro que se admite a possibilidade de mutação constitucional, como bem pontuado no decorrer deste trabalho. Mas a mutação constitucional mediante interpretação “[...] exclui o enfraquecimento constitucional (*Verfassungsdurchbrechung*) – desvio do texto num caso concreto – e a reforma da Constituição por interpretação. Onde o intérprete se impõe à Constituição deixa de interpretá-la para muda-la ou enfraquece-la” (HESSE, 2009, p. 117).

Mesmo que se reconhecesse que, no paradigma atual, a decisão política do constituinte não mais guardasse conformidade com a realidade brasileira, pergunta-se: caberia ao STF esse papel de reformar o texto constitucional quando ele já não mais revela um “valor” social?

De qualquer sorte, as razões para a postura exagerada de nossa corte parece ter ligação com o fenômeno da judicialização da política.

Resulta bem nítido, aliás, o desígnio nutrido pelo impetrante, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal crie, por via oblíqua, hipótese de perda do mandato parlamentar não prevista no texto constitucional. Pretende transformar este Tribunal em legislador, trilhando a estreita via do mandado de segurança (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 26602 DF, Relator Ministro Eros Grau, DJe 17.10.2008, *on line*).

Nesse ponto, devem-se lembrar as advertências de Tate e Vallinder, que ao emitirem um juízo de valor sobre o fenômeno defenderam a ideia de que o Poder Judiciário deve adotar uma postura de *self restraint* (autocontenção):

The contributors to this book are, by and large, more sophisticated than the anonymous defenders of judicialization just described. Their assessments of the wisdom of further expansion of judicial power are affected not (only) by their assessment of the appropriateness of the policies the courts make or would make. They are much more concerned about the implications of the expansion of judicial power for the viability of democracy and the robustness of majority rule. They are, in general, skeptical about the wisdom of judicialization. They see the expansion of judicial power as most likely to weaken majoritarian democratic institutions and sustain the rule of privileged and unrepresentative elites, shutting out those who should be represented in a democratic state from effective access to policy-making processes or to effective, responsive administration (TATE; VALLINDER, 1995, p. 527).

Preocupação da mesma ordem foi exposta pelo Ministro Ricardo Lewandowski nos debates do julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão), mais especificamente no debate acerca da perda do mandato dos parlamentares condenados, que é paradigmática no que se refere à influência de questões meramente políticas em um julgamento do STF:

Por todas essas razões, concluo o meu voto assentando que ao Supremo Tribunal Federal, na hipótese vertente, compete tão somente comunicar à Casa Legislativa a que pertence o parlamentar condenado criminalmente que ocorreu o trânsito em julgado da decisão, para que esta proceda conforme os ditames constitucionais. **Qualquer providência além dessa, a meu ver, teria o potencial de desencadear um indesejável conflito institucional, em contraste com a salutar postura de *self restraint*, ou seja, de autocontenção, que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América - paradigma que inspirou a criação do STF -, prudentemente adota em situações assemelhadas, desde a sua criação no século XVIII (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AP 470, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Dje 22.04.2013, *on line*, grifos nossos).**

Conclui-se, portanto, que a judicialização da política é um fenômeno que pode funcionar como catalisador de mutações inconstitucionais operadas pela interpretação constitucional judicial.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e política: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático**. 2011. 198 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2011.

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes; SOARES, Ana Katarina Fonteles. **Mutação Constitucional: Da “Natureza das Normas” à Identidade Problemática da Constituição**. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01_594.pdf>. Acesso em: 20 fev. de 2013

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

BITTAR, Eduardo C.B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 out 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26602. Relator Ministro Eros Grau. Dje **17.10.2008**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-df>>. Acesso em: 01 nov 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670-9 ES. Relator Ministro Maurício Corrêa. Dje **31.10.2008**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 29 out 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470 MG. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Dje **22.04.2013**. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 20 set 2013

BULOS, Uadi Lâmega. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Trad. Christina Forster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

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

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Temas Fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORTA, Raul Machado. **Permanência, mutações e mudança constitucional**. 1999. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/-sumario?next=1>. Acesso em: 11 out. 2013.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o Judiciário e a judicialização. MOTA, Maurício; MOTTA, Luiz Eduardo (orgs.). **O Estado democrático de direito em questão**: teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: Análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LIBERATO, Gustavo Tavares Cavalcanti. Sistema de freios e contrapesos, judicialização da política e o Supremo Tribunal Federal: uma tese para a atual postura do STF. **Revista Científica da Associação Cearense do Ministério Público: ACMP**. v. 1, n. 1, p. 36-49, junho 2010.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Trad. Alfredo G. Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política**: duas análises. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Mutação constitucional e teoria da concretização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)**. n. 74, v. 19, p. 15-35 jan/mar. 2011.

SBROGIO'GALIA, Susana. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. 2007. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 12 out 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York/London: New York University Press, 1995.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20, n. 58, p. 105-135 jan/abr. 2000.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y Constitución**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Minima Trotta, 2005.

ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. **Revista de direito constitucional e internacional: Cadernos de direito constitucional e ciências políticas**. v. 9, n. 35, p. 195-227, abr/jun. 2001.