



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

**STÉPHANIE MIORIM CAETANO**

**FIDELIDADE PARTIDÁRIA E MUTAÇÃO  
CONSTITUCIONAL EM UMA SOCIEDADE ABERTA DE  
INTÉRPRETES**

**Brasília  
2014**

**STÉPHANIE MIORIM CAETANO**

**FIDELIDADE PARTIDÁRIA E MUTAÇÃO  
CONSTITUCIONAL EM UMA SOCIEDADE ABERTA DE  
INTÉRPRETES**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de Bacharelado em Direito  
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais  
– FAJS do Centro Universitário de Brasília -  
UniCEUB

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Christine Oliveira Peter da  
Silva

**Brasília  
2014**

**STÉPHANIE MIORIM CAETANO**

**FIDELIDADE PARTIDÁRIA E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM  
UMA SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de Bacharelado em Direito  
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais  
– FAJS do Centro Universitário de Brasília -  
UniCEUB

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Christine Oliveira Peter da  
Silva

Brasília, de outubro de 2014.

**Banca Examinadora**

---

Prof.<sup>a</sup> Christine Oliveira Peter da Silva  
Orientadora

---

Examinador

---

Examinador

Aos meus pais, Cláudio e Inês, companheiros em todos os momentos desta jornada. Aos meus queridos avós, Carlos e Alice, meus protetores naturais em todos os momentos de minha vida. Aos meus tios, Elza e Carlos Alberto (*in memoriam*). Ao meu namorado, Mateus, pela dedicação e paciência.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela possibilidade da vida e de fazer desta um local para tornar sonhos realidade. Agradeço aos meus pais, que nunca mediram esforços em me prover da melhor maneira possível e nunca deixaram de acreditar que eu era capaz de chegar até aqui. Agradeço a meus avós e tios, que mesmo de longe, torcem e vibram pelas minhas conquistas. Agradeço a meu namorado, companheiro sempre presente nos momentos de diversão e de estudos. Agradeço à Professora Christine Peter pela paciência, confiança, competência e perspicácia na condução desta pesquisa e nos caminhos do conhecimento jurídico constitucional. Agradeço aos colegas do NEC pelo compartilhamento de experiências acadêmicas.

“Todos aqueles que sabem muitos direitos, quase todos os direitos, e todos eles muito bem, pouco sabem contudo, se bem não sabem Direito Constitucional. Porque o Direito Constitucional de um país é tão importante e decisivo para seu povo que deveria ser ensinado obrigatoriamente desde o jardim de infância, quando são transmitidos aos pequeninos cidadãos aquelas singelas matrizes de cunho ético-jurídico, que indelevelmente os acompanharão por toda a vida. Nem que para isso fosse preciso transformar em versos os artigos fundamentais da Constituição, assim como o fizeram alguns povos da Antiguidade com suas leis básicas, as quais eram cantadas nas escolas para que se mantivesse sempre ativo e diligente o sentimento de cidadania.”

Arnaldo Vasconcelos

## RESUMO

O objeto da presente pesquisa é a análise do fenômeno denominado mutação constitucional, mais simplificada e resumida como o ato de mudar o sentido sem mudar o texto de uma constituição. Para tanto, estudou-se a problemática específica da fidelidade partidária, no contexto do modelo de Estado Constitucional, problematizando a mutação ocorrida na última parte do §1º do artigo 17 da Constituição Federal de 1988. A dúvida motivadora do presente trabalho fundou-se na premissa da mutação constitucional, ocorrida no âmbito do entendimento pela fidelidade partidária por parte do Supremo Tribunal Federal, apresentar-se como uma alternativa jurídica constitucionalmente adequada para o cidadão-eleitor, destinatário e sujeito de direitos fundamentais. Buscou-se evidenciar também que a atuação da sociedade como intérprete legítima das normas constitucionais dá ensejo a fenômenos como o da mutação constitucional, eis que o poder constituinte difuso também é um poder que decorre da vontade de seus legitimados, ou seja, o próprio povo. A pesquisa desenvolveu-se, dessa forma, segundo a dogmática de Peter Häberle, que se funda na ideia de que aqueles que vivem a constituição também podem interpretá-la. Para tanto, inicialmente, procedeu-se, a análise dos fundamentos do Estado Constitucional visto sob o olhar dos direitos fundamentais. Na sequência, realizou-se uma revisão bibliográfica acerca dos conceitos e características atinentes ao fenômeno da mutação constitucional. Por fim, foi analisado o giro jurisprudencial operado pelo STF acerca da mutação constitucional operada no instituto da fidelidade partidária, no arcabouço de uma sociedade aberta de intérpretes, proposta por Häberle. Conclui-se a pesquisa com o entendimento segundo o qual a decisão do STF pela mudança de jurisprudência acerca da fidelidade partidária fundou-se em princípios como os ínsitos aos direitos políticos fundamentais, mostrando-se adequada para a consolidação e reforço de mecanismos democráticos de representação do eleitor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Mutação constitucional. Fidelidade partidária.

## ABSTRACT

The object of this research is the analysis of the phenomenon called constitutional mutation, more simply summarized as the act of changing the meaning without changing the text of a constitution. To this end, was studied the specific problem of party fidelity in the context of the constitutional state model, questioning the mutation occurred in the latter part of paragraph 1° of Article 17 of the Federal Constitution of 1988. The motivating question of this work was based on the premise of the constitutional mutation, occurred about the understanding of party fidelity by Supreme Court, if presented as a constitutionally adequate legal alternative to the citizen-voter, recipient and subject of fundamental rights. Searched for also evidence that the performance of the society as a legitimate interpreter of constitutional norms gives rise to phenomena such as the constitutional mutation, behold the diffuse constituent power is also a power that derives from the wishes of their legitimated, in other words, the own people. The research, developed in this way, according to the dogmatic Peter Häberle, which is based on the idea that those who live the constitution can also interpret it. For this purpose, initially, was analyzed the fundamentals of constitutional state seen under the eyes of fundamental rights. Following, accomplished a literature review on the concepts and phenomena pertaining to the constitutional mutation characteristics. Finally, was analyzed the jurisprudential swivel operated by the STF about the constitutional mutation wrought at the institute of party fidelity in the scope of an open society of interpreters, proposed by Häberle. It is concluded the research with the understanding that the Supreme Court's changing jurisprudence about the party fidelity was founded on principles such those related to fundamental political rights, being suitable for the consolidation and strengthening of democratic mechanisms of the voter representation.

**Keywords:** Fundamental rights. Constitutional mutation. Party fidelity.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	14
<b>1.1 Palavras Iniciais</b> .....	14
<b>1.2 Afinal, de que “Estado” está-se a tratar?</b> .....	15
<b>1.3 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional</b> .....	18
<i>1.3.1 Da supremacia da lei a supremacia da Constituição</i> .....	20
<i>1.3.2 Da separação de funções do poder para a interdependência entre as funções de poder</i> .....	25
<i>1.2.3. Da perspectiva jurídico-subjetiva para a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais</i> .....	31
<b>1.4 Estado Constitucional e Peter Häberle</b> .....	43
<b>2 O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	48
<b>2.2 O caráter estático e dinâmico da Constituição</b> .....	48
<b>2.3 Mutaç�o Constitucional</b> .....	54
<i>2.3.1 Conceito</i> .....	54
<i>2.3.2 Origem</i> .....	57
<i>2.3.3 Características, modalidades e muta�es pela via interpretativa</i> .....	60
<b>2.4 A Muta�o Constitucional pelos intérpretes em uma sociedade aberta e plural</b> .....	67
<b>3 FIDELIDADE PARTIDÁRIA (MS nº. 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF) – MUTA�O CONSTITUCIONAL COMO ADAPTA�O DA CONSTITUI�O À REALIDADE</b> .....	71
<b>3.1 Conceitos úteis: partidos políticos, mandato representativo e fidelidade partidária</b> .	71
<b>3.2 Fidelidade partidária e Constituição de 1988</b> .....	74
<b>3.3 Fidelidade partidária e Jurisprudência</b> .....	75
<b>3.4 Fidelidade partidária e realidade, por que?</b> .....	77
<b>CONCLUSÃO</b> .....	84
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	87

## INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho é analisar o fenômeno denominado mutação constitucional, mais simplificada e resumida por Canotilho como o ato de mudar “o sentido sem mudar o texto”<sup>1</sup> de uma constituição. Vai-se estudar a problemática específica da fidelidade partidária, no contexto do modelo de Estado Constitucional, problematizando a mutação ocorrida na última parte do §1º do artigo 17 da Constituição Federal<sup>2</sup>.

Inicialmente, tem-se que as mutações constitucionais são alterações semânticas de sentido do texto constitucional, preservando-lhe sua redação originária. No entanto, o que na realidade se altera, e dá origem à correspondente mutação, trata-se da realidade fática que circunda aquela norma, que se mantém estática quanto a sua redação original, mas tem seu sentido, ou interpretação original, alterados.

A pesquisa justifica-se por três razões com fundamentos distintos. A primeira, que se encontra relacionada ao marco teórico do trabalho, trata-se da relação entre a interdependência das funções de poderes Judiciário, Legislativo e Executivo para uma eficaz e efetiva concretização de um Estado Constitucional, no qual cada uma destas funções ocupará seus espaços legítimos, mas não livre de tensões.

A segunda razão que justifica o trabalho trata-se da inclusão da sociedade também como um ente concretizador deste “novo” modelo de Estado. A atuação da sociedade é no sentido de também ser uma intérprete do texto constitucional, dando ensejo a fenômenos como o da mutação constitucional, eis que o poder constituinte difuso também é um poder

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1101.

<sup>2</sup> “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006)”.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 30 set. 2014.

que decorre da vontade de seus legitimados, ou seja, do próprio povo. Isto é, o trabalho justifica-se no ideal de quem vive a norma é quem a interpreta, na linha teórica de Peter Häberle.

O terceiro ponto motivador do presente trabalho baseia-se na ideia segundo a qual a decisão do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade da perda de mandato de parlamentares infieis, face a sua desfiliação da legenda, fundamenta-se em princípios. Ou seja, a revisitação do tema pela Corte deu-se consoante uma nova interpretação de princípios constitucionais como o da democracia partidária, da representação proporcional, do pluralismo político e da fidelidade partidária<sup>3</sup>.

É preciso partir da premissa segundo a qual a Corte Constitucional Brasileira tem atuado em suas deliberações de acordo com uma nova lógica fundada em princípios, e não mais em regras. Esta lógica fundada em princípios nada mais seria do que uma teoria geral do direito mais adequada e apta a lidar com um direito constitucional aplicado em uma sociedade dinâmica e que demanda constantes atualizações dos direitos fundamentais, tanto em relação às práticas do Estado quanto dos cidadãos.

Uma segunda hipótese da pesquisa corresponde ao fato de ter sido a decisão do STF positiva no sentido de consolidação e reforço de mecanismos democráticos de representação ao cidadão-eleitor, vez que

“O “transfugismo”, ou, na linguagem vulgar, o troca-troca partidário, contamina todo o processo democrático e corrompe o funcionamento parlamentar dos partidos, com repercussões negativas sobre o exercício do direito de oposição, um direito fundamental dos partidos políticos.”<sup>4</sup>

O objetivo geral do trabalho é a partir do prisma de um Estado Constitucional, cujos fundamentos encontram-se na supremacia da Constituição, na Interdependência dos Poderes e na visão objetiva dos Direitos Fundamentais<sup>5</sup>, analisar a problemática específica da fidelidade partidária, considerada como um caso concreto e específico de mutação constitucional realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

<sup>3</sup> MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano2, p. 33, 2008/2009. p. 20.

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 905.

<sup>5</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

Como objetivos específicos tem-se: (i) discutir os fundamentos desse Estado Constitucional que possibilita aos seus intérpretes, de maneira aberta, alterarem a semântica constitucional; (ii) fazer uma revisão de literatura sobre o fenômeno da mutação constitucional a partir da produção bibliográfica que transitará dos clássicos, perpassando o debate alemão e culminando no atual estágio do fenômeno no Brasil; (iii) analisar o porquê da ocorrência e necessidade do giro jurisprudencial e interpretativo acerca da fidelidade partidária; (iv) propor uma decisão utilizando-se da fundamentação teórica pesquisada.

Quanto à metodologia a ser utilizada no presente trabalho optou-se pela pesquisa bibliográfica, de forma que a problemática da fidelidade partidária seja explicada à luz da bibliografia especializada contida em livros, artigos, trabalhos acadêmicos e precedentes jurisprudenciais, nas perspectiva neoconstitucionalista e de uma Teoria do Estado Constitucional de Direitos Fundamentais, bem como a partir de um “pensamento jurídico do possível” defendido com mais veemência por Peter Häberle<sup>6</sup>.

A finalidade da escolha pela pesquisa bibliográfica dá-se de maneira que seja ampliado o grau de conhecimento sobre o fenômeno da mutação constitucional, como também para que o domínio do conhecimento disponível até o presente estado da arte sobre o fenômeno mutacional sirva de referencial para a construção e fundamentação das hipóteses de trabalho.

Nesse contexto, cabe explicitamente mencionar que a dúvida motivadora do presente trabalho encontra-se no seguinte questionamento: a mutação constitucional, ocorrida no âmbito do entendimento pela fidelidade partidária pelo STF, apresenta-se como uma alternativa jurídica constitucionalmente adequada para o cidadão-eleitor, destinatário e possuidor de direitos fundamentais? Ou ainda: neste modelo de Estado Constitucional, fundado em uma eficácia máxima do direitos fundamentais, alterar o sentido do texto constitucional dentro da problemática da fidelidade partidária, é positivo para o cidadão?

O marco teórico que servirá de base e de sustentáculo às reflexões a seguir apresentadas encontram respaldo na obra de Peter Häberle que compreende que a interpretação constitucional deve estar conexas com a sociedade plural, não devendo existir um caminho único à interpretação restrito aos intérpretes oficiais. Dessa forma, o ponto de partida

---

<sup>6</sup> MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 33, 2008/2009.

da pesquisa encontrará respaldo no “pensamento jurídico do possível” de Häberle. Consiste este no fato que a interpretação da Constituição, no Estado Constitucional, não deve ser realizada segundo a lógica do “um ou outro”, “mas de acordo com um pensamento permanentemente aberto a múltiplas alternativas ou possibilidades”<sup>7</sup>.

Portanto, o trabalho que ora se apresenta se desenvolverá a partir de um olhar que pensa o direito constitucional a partir de uma interpretação constitucional aberta, ou ainda, que pensa o direito constitucional em uma perspectiva pluralista de alternativas, que abre sua visão a novas realidades, sem sem deixar, contudo, dominar por elas, eis que a realidade atual pode não responder mais às indagações de amanhã e nem significa, necessariamente, que o novo seja o melhor<sup>8</sup>.

Assim, o primeiro capítulo, tratará de situar o leitor sobre em qual modelo de Estado o trabalho se funda. Dessa maneira, tratar-se-á, inicialmente, da transição de um Estado de Direito para um Estado Constitucional. Contudo, há de se salientar, desde já, que ambos são o mesmo fenômeno e possuem até a mesma estrutura, mas o segundo efetuou quebras de paradigmas nos fundamentos do primeiro, o que culminou em uma nova forma conformação do ordenamento jurídico, vista sob o prisma da concretização dos direitos fundamentais, da interdependência entre os poderes e da supremacia da Constituição.

O segundo capítulo é inclinado a uma revisão bibliográfica acerca do fenômeno da mutação constitucional. Inicialmente, serão abordados os aspectos estático e dinâmico da Constituição e, na sequência, passar-se-á, de maneira breve pelo conceito, origem, características e classificação do fenômeno da mutação constitucional, sendo também abordada a concepção de Poder Constituinte Difuso . Em um terceiro momento será abordado o fenômeno mutacional a partir da perspectiva da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, proposto por Peter Häberle.

O terceiro capítulo propõe uma crítica construtiva à decisão acerca da fidelidade partidária e da extinção do mandato no âmbito dos Mandados de Segurança nº. 26.602/DF (PPS), 26.603/DF (PSDB) e 26.604/DF (DEMOCRATAS), tendo em vista o

---

<sup>7</sup> MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009, p. 8.

<sup>8</sup> MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009, p. 8-9.

fenômeno estudado da mutação constitucional em uma sociedade aberta e, portanto, plural, no que concerne a sua participação no mencionado fenômeno.

O desafio ao qual o trabalho se propõe é motivador pois possibilitará aos estudantes de direito a análise de um fato ligado ao mundo da política: a fidelidade partidária, analisado mais corriqueiramente pela Ciência Política, uma ciência genuinamente dos fatos, contudo sob uma perspectiva do Direito Constitucional, uma ciência normativa, conforme nos explicita Konrad Hesse. Quer dizer, a presente pesquisa busca aliar os fatos ao direito e de como os desdobramentos de um fenômeno eminentemente político impactam a vida do cidadão-eleitor, detentor de direitos políticos fundamentais. Vamos a ele?

# 1 DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

## 1.1 Palavras Iniciais

O fenômeno da Mutação Constitucional, objeto deste trabalho, analisado diante da problemática específica do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da perda de mandato parlamentar ante casos de infidelidade partidária, encontrará respaldo diante do olhar do “Estado Constitucional de Direitos Fundamentais”.

O tema “Estado Constitucional” tem se tornado comum para alguns autores de Direito Constitucional como alternativa ao Estado de Direito<sup>9</sup>. Fato é que ambos os modelos tratam-se do mesmo acontecimento, o constitucionalismo. Contudo a partir dos anos 70 um grupo de autores alemães deram nova roupagem ao denominado “Estado de Direito”, culminando assim em um modelo designado por “Estado Constitucional”<sup>10</sup>.

Ambos os arquétipos surgiram no contexto liberal dos séculos XVIII e XIX, mas o Estado Constitucional realizou uma virada etimológica no sentido do abandono da Supremacia da Lei, do Estado de Direito, para uma Supremacia da Constituição; de uma separação de poderes rígida e estática, para uma nova ordem de interdependência entre os poderes, dinâmica e sinérgica; e, por fim, de uma atualização na teoria dos direitos fundamentais, que não mais é visto sob a perspectiva estrita e subjetiva dos Direitos Cíveis, mas sob uma perspectiva objetiva, que concebe

“a Constituição como uma ordem de valores, na qual os elementos estruturais do Estado são orientados por princípios substantivos que têm por base o sistema de direitos fundamentais. Tais valores seriam conformadores da atividade de todos os sujeitos politicamente ativos, públicos e privados”.<sup>11</sup>

Dessa maneira, cabe aqui destacar brevemente o fato de diversos autores pensarem no Estado Constitucional, mas ainda utilizarem a nomenclatura “Estado de Direito”. Os autores explicam, evidenciam e explanam todas as características do Estado Constitucional, mas sempre utilizando a terminologia “Estado de Direito”. Assim, para a boa

<sup>9</sup> A título exemplificativo tem-se como expoentes na utilização da expressão “Estado Constitucional” autores alemães como Peter Häberle, Martins Kriele e Klaus Stern, a partir dos anos 80; destacando-se, posteriormente, e em outros países, Manuel García Pelayo, Antonio-Henrique Pérez Luño e Paulo Otero.

<sup>10</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 1.

<sup>11</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 48.

compreensão da presente pesquisa, ambos conceitos serão sempre dissociados e tratados como fenômenos com diferenças bem marcadas. Faz-se aqui necessária uma adequação da linguagem de alguns autores para o presente trabalho, de forma a tornar a fala inteligível ao leitor.

Por meio da explicação que far-se-á a seguir acerca deste Estado Constitucional será possível compreender em que ponto da realidade do direito constitucional se situa o presente trabalho.

## 1.2 Afinal, de que “Estado” está-se a tratar?

Canotilho, ao debater a concretização do Estado Constitucional, perpassando o Estado de Direito, aborda este de acordo com a “domesticação de domínio político”. Ou seja, esta “domesticação” do direito é realizada de várias maneiras, tendo o jurista o cuidado de identificar conceitos como *Rechtsstaat*, *Rule of Law*, *État légal*, em que pese todos procurem dar suporte a juridicidade estatal<sup>12</sup>.

Ao tratar da versão alemã, por assim dizer, do Estado de Direito, o *Rechtsstaat*, Canotilho menciona que a palavra apareceu no início do século XIX. Contudo, ao final do século, “estabilizaram-se os traços jurídicos essenciais deste Estado: o Estado de direito é um *Estado liberal de direito* em seu verdadeiro sentido”.<sup>13</sup> Cabe destacar que foi este Estado Liberal aquele que se limitou à defesa da ordem e da segurança públicas, deixando os domínios econômicos e sociais livres aos desígnios da liberdade individual e da liberdade de concorrência<sup>14</sup>. Ou seja, vê-se aqui o que alguns designam por um “Estado Mínimo”, guiado por princípios de mínima intervenção, ao estilo “*laissez-faire*” de Adam Smith.

“Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos mas do respeito de uma esfera de liberdade individual. Compreende-se, por isso, que os dois direitos fundamentais – liberdade e propriedade – só pudessem sofrer intervenções autoritárias por parte da administração qual tal fosse permitido por uma lei aprovada pela representação popular. (*doutrina da lei protectora dos direitos de liberdade e de propriedade e doutrina da reserva da lei*). A limitação do

<sup>12</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 93.

<sup>13</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 97.

<sup>14</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 97.



Estado pelo direito teria de estender-se ao próprio soberano: este estava também submetido ao império da lei transformando-se em órgão do Estado”.<sup>15</sup>

Este modelo, contudo, não se sustentou, eis que se caracterizava como um modelo fechado de decisões político estatais soberanas. Dessa maneira, o modelo de Estado Constitucional, construído ao longo do século XX, e necessário ao século XXI, é aquele da prática política aberta e plural, mais adequado às contingências da sociedade contemporânea. Assim, não se sustenta mais o conceito clássico e o contexto tradicional no qual se insere o Estado-Nação do Ocidente.<sup>16</sup>

Hoje, segundo Canotilho, estaríamos diante da construção de um novo contexto de constitucionalidade, a qual tem sido considerada como um “paradigma substitutivo do paradigma clássico do constitucionalismo ocidental”<sup>17</sup>.

Dessa maneira, menciona que

“O Estado é, sem dúvida, hoje, um Estado Constitucional. A Constituição não se compreende, porém, sem o Estado, pois este é o seu objeto e o seu pressuposto e só nele ela alcança vigência e realidade. Se a Constituição conforma o Estado, é também conformado por ele”.<sup>18</sup>

Canotilho salienta, assim, a ideia segundo a qual são inseparáveis os conceitos de Estado e de Constituição, contudo reconhece que não é a Constituição que funda o Estado, sendo aquela “mais do que uma ordem normativa do Estado, é uma decisão actualizadora desse mesmo Estado”<sup>19</sup>.

Vale salientar aqui a crítica de Canotilho face a marginalização da constituição perante os “Códigos”, o que disseminava a antiquada ideia do direito

<sup>15</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 97.

<sup>16</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 26.

<sup>17</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 261.

<sup>18</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 167-168.

<sup>19</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 167-168.

constitucional como direito programático ou como direito da organização do poder, o que remeteria assim o direito constitucional para o âmbito do político.<sup>20</sup>

O passo seguinte, proposto por Canotilho, é o abandono pelo normativismo cego ao Estado, bem como da tomada de decisões alheias à Constituição, visto que não sustentarão os pressupostos necessários ao estado constitucional moderno.<sup>21</sup>

Aqui, o autor nos propõe pensar o sistema da democracia nas antíteses, e não em sua síntese, sendo demandada, portanto, a superação do normativismo constitucional<sup>22</sup>. É necessário pensar a democracia a partir de critérios como o da diversidade, o que culmina no fato de que é chegada a hora da construção de uma teoria geral do Estado democrático permeada por tensões dialéticas<sup>23</sup>, não deixando de lado a ideia básica legitimadora de um Estado Constitucional da dignidade da pessoa humana<sup>24</sup>. Esta será a responsável pelo chamamento de uma referência cultural e social plural.

Christine Peter afirma, por conseguinte, que estamos a viver em um “Estado Constitucional de Direitos Fundamentais”. Assim,

“por Estado de Direitos Fundamentais entenda-se aquele vinculado objetivamente aos direitos fundamentais, ou seja, o Estado em que a supremacia da Constituição e as relações entre as funções de Poder ocorrem de forma estritamente vinculadas aos direitos fundamentais, os quais, por sua vez, se concretizam de forma irradiante (para todos os ramos da ciência jurídica), de forma dirigente (para todos os atos estatais) e de forma horizontal (para todos os atos da vida privada)”.<sup>25</sup>

Portanto, o Estado que se está a tratar na presente pesquisa é o modelo de Estado pautado na Constituição e nos Direitos Fundamentais, com maior ênfase nos direitos políticos de participação. Tem-se, portanto, que a interpretação conferida a Constituição, ao se analisar a fidelidade partidária, será pautada pelo colorido próprio dos Direitos Fundamentais.

<sup>20</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 164.

<sup>21</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 172.

<sup>22</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 173-174.

<sup>23</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 175.

<sup>24</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 178-179.

<sup>25</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 29.

### 1.3 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional

Nesta transição de um Estado de Direito Legislativo, que não mais se sustenta, a um novo paradigma de Estado de Direito Constitucional, Perez Luño nos esclarece como se deu a difusão do termo Estado Constitucional, ou *Verfassungsstaat*<sup>26</sup>, na doutrina de diversos países, nos atentando ao fato da expressão “Estado Constitucional” tratar-se de uma linha ou categoria teórica cuja decantação terminológica deu-se na década de 70, por constitucionalistas alemães, como Peter Häberle e Martins Kriele, seus maiores expoentes. Contudo, a denominação já era utilizada nas teorias constitucionalistas clássicas do século XIX, como a de Carl Schmitt<sup>27</sup>.

Luño também atenta ao fato das doutrinas de outros países, ao longo das décadas de 70, 80 e 90 terem substituído, em seu vernáculo correspondente, a expressão “Estado de Direito” por “Estado Constitucional”, casos da Alemanha e Itália, e da Espanha, que diferentemente daquelas, ainda utiliza os termos indistintamente, de maneira majoritária<sup>28</sup>.

Deixando de lado as considerações etimológicas da expressão “Estado Constitucional”, fato é que este assume hoje, a função de paradigma viável para a atualização do modelo do Estado de direito<sup>29</sup>.

Neste ponto há de se salientar que o Direito é uma linguagem, um conjunto de signos que expressa algo. Ou seja, o direito é um conjunto de locuções e orientações que dá sentido a conduta humana, assim como a moral e a ética, que prescrevem condutas<sup>30</sup>. E, justamente, por prescrever condutas há de se considerar, conforme exposto por Perez Luño que “a juridicidade não é uma qualidade essencial ou ontológica de determinadas condutas ou feitos”<sup>31</sup>. Isto quer dizer que uma conduta prescrita pelo Direito não nasce com um rótulo de

<sup>26</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 1.

<sup>27</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 1.

<sup>28</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 1-2.

<sup>29</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 31.

<sup>30</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>31</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 2.

juridicidade, ou ainda, uma conduta não nasce jurídica. Na realidade, o autor menciona que a qualificação jurídica de uma conduta é um “processo de atribuição de tal qualidade”.

Quer dizer, a juridicidade é uma qualificação das condutas atribuída pelo próprio jurista. Este, simplesmente não altera de forma arbitrária a linguagem normativa ao longo do tempo, mas conforma e é conformado pelas mudanças políticas, sociais e culturais de seu tempo. Luño, explicita que a radicalização deste pensamento na doutrina norte-americana ganhou força na figura de uma teoria denominada “*labelling approach*”, que nada mais é que uma teoria que acredita que definições e rótulos são atribuídos às condutas. Assim, as condutas são etiquetadas com um “selo de juridicidade”. Contudo, este processo de qualificação jurídica de condutas não é estanque, eis que a linguagem se altera ao longo do tempo. Portanto, a juridicidade ou antijuridicidade de uma conduta possui fronteiras móveis e que se deslocam de acordo com a experiência jurídica no tempo<sup>32</sup>.

Justamente pela consideração desta mobilidade da juridicidade das condutas, em decorrência da própria experiência jurídica ao longo da história, considera-se uma transposição terminológica, ou ainda, uma ressignificação do “Estado de Direito” para o “Estado Constitucional”. Em conformidade ao exposto, pode-se afirmar, conforme entendimento exarado por Perez Luño, que

“.. houve um triplo deslocamento nos ordenamentos jurídicos dos sistemas democráticos, que consistiram no seguinte:

1. O deslocamento da primazia da Lei à primazia da Constituição;
2. O deslocamento da reserva legal à reserva da Constituição e;
3. O deslocamento do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da constitucionalidade.”<sup>33</sup>

A seguir analisar-se-á, tendo em vista o fenômeno da mutação constitucional, sob o pano de fundo desse “Estado Constitucional”, as perspectivas: a) da supremacia da lei para a supremacia da Constituição; b) da separação de funções do poder para a interdependência entre essas funções de poder; c) da visão subjetiva dos direitos fundamentais para uma visão objetiva desses direitos. Após a exploração desses fundamentos passar-se-á a análise do Estado Constitucional na perspectiva da doutrina de Peter Häberle.

<sup>32</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 2.

<sup>33</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 2.

### 1.3.1 Da supremacia da lei a supremacia da Constituição

Perez Luño esclarece que nas últimas décadas o panorama da supremacia da lei, em um Estado que considerava um atributo básico de sua soberania o monopólio de fontes jurídicas, tem dado espaço aos fenômenos das normas supra e infra-estatais<sup>34</sup>. Representam estas, respectivamente, a adoção de regras jurídicas comuns no âmbito de diferentes ordenamentos e a aparição de poderes normativos superiores ao Estado e intermediários entre este e os cidadãos, havendo ainda atualmente, o “fenômeno da norma infra-estatal manifestado em um pluralismo de determinação de fontes jurídicas”<sup>35</sup>. Este pluralismo jurídico, por seu turno, implicaria “em uma derrogação das idéias de monopólio e de hierarquia normativa, assim como uma erosão imediata do protagonismo da lei”<sup>36</sup>. Ante este quadro, segundo o autor, o que se desenha é uma subversão da hierarquia das fontes do direito<sup>37</sup>.

Como uma forma de reconduzir esses fenômenos de pluralismo e estes diversos sistemas de intergalidade, que ameaçam abolir por inteiro a unidade, a coerência e a hierarquia do sistema de fontes do direito, Luño menciona que deve-se voltar os olhos hoje sobre a Constituição, de forma que a primazia da lei ceda seu posto à primazia da Constituição. Dessa maneira, seria a lei destronada em favor de uma instância mais alta<sup>38</sup> havendo, por conseguinte, a superação do “Estado de Direito” em direção a um modelo de “Estado Constitucional”.

Para Peter Häberle neste “Estado Constitucional”, consoante Gilmar Mendes, tradutor da “Hermenêutica Constitucional” daquele,

“a lei constitucional e a interpretação constitucional republicana aconteceriam numa sociedade pluralista e aberta, como obra de todos os participantes, em momentos de diálogo e de conflito, de continuidade e de descontinuidade, de tese e de antítese. Só assim, entendida como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, a Carta Política será também

<sup>34</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 2.

<sup>35</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 2.

<sup>36</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 2.

<sup>37</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 2.

<sup>38</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 3.

uma Constituição aberta, de uma sociedade aberta e verdadeiramente democrática”<sup>39</sup>.

Extrai-se do exposto por Häberle, que o Estado Constitucional, é um modelo sempre aberto, e que caracteriza-se, antes de tudo, pelo princípio da Supremacia da Constituição. Nessa conjuntura, propõe-se a substituição do conceito de soberania popular e de soberania estatal pela ideia de soberania da Constituição<sup>40</sup>.

Neste mesmo sentido, também menciona Perez Luño, que neste modelo sempre aberto de Estado Constitucional, o ordenamento jurídico requer do intérprete uma atitude aberta, que substitua o monopólio das fontes pelo pluralismo metódico<sup>41</sup>.

Häberle afirma que o princípio democrático é o baluarte, princípio fundamental organizador do Estado Constitucional em seu atual nível de maturidade<sup>42</sup>.

Neste ponto, é interessante mencionar a visão de Mauro Capelletti segundo a qual, em que pese o uso adequado da boa linguagem legislativa, sempre haverá pontos obscuros, ou seja, lacunas, que serão preenchidas pelo juiz, o que indica que, em última análise, o Poder Judiciário se incumbirá do dever de preencher estas brechas do legislador.<sup>43</sup>

Por conseguinte, é fato que o intérprete da norma jurídica seja levado a resolver questões de ambiguidade das normas, pois deve ele preencher as lacunas, solucionar

<sup>39</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 51-52.

<sup>40</sup> HÄBERLE, 2002 apud SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

<sup>41</sup> HÄBERLE, 1980 apud LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

<sup>42</sup> HÄBERLE, 2002 apud SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

<sup>43</sup> Este ponto é de fundamental importância no presente trabalho visto que, conforme menciona Mendes, “no caso específico das Cartas Políticas, essas novas compreensões da fala constitucional mais não fazem do que exprimir o modo como os seus operadores, imersos em concretas situações hermenêuticas, vão transformando o direito legislado em direito interpretado, a compasso das alterações no prisma histórico-social da concretização dos mandamentos constitucionais. Por isso, se por mutação constitucional se entender, apenas, a alteração do sentido de um texto em razão da modificação do contexto, então se pode afirmar que, a rigor, não há diferença substancial entre limites da interpretação constitucional e limites da mutação constitucional, porque não existe diferença entre mutações constitucionais e variações de interpretações constitucionais, não passando esses dois pares de expressões de vocábulos distintos com que nos referimos a uma só e mesma coisa, ou seja, às novas leituras de um mesmo texto constitucional, em decorrência de uma causa comum, isto é, das transformações da realidade constitucional subjacente”. MENDES, Gilmar Ferreira.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 156.

ambiguidades e esclarecer o real sentido da aplicação da norma.<sup>44</sup> Quando se está diante de normas constitucionais, esta tarefa se amplifica, eis que o que está em jogo é a construção do sentido do texto constitucional. No caso dos direitos fundamentais, por exemplo, tem-se a construção de sentido do próprio âmbito de proteção desses direitos.<sup>45</sup>

Não se pode deixar aqui de salientar, inclusive em alusão ao tema da mutação constitucional no entendimento da perda de mandato de parlamentares infieis, o papel mais ativista que tem exercido o Judiciário, especialmente as Cortes Constitucionais em geral, e no Brasil, o STF, no que diz respeito à sua função de intérprete da norma constitucional.

Conforme menciona Christine Peter, a interpretação constitucional apresenta-se, assim, como

“uma atividade complexa que não pode ser considerada uma mera técnica nem pode ser considerada uma metodologia. Já é assente que os métodos clássicos de interpretação jurídica desenvolvidos, primordialmente, a partir dos elementos de interpretação apresentados por Karl Von Savigny (gramatical, histórico, sistemático, e por adesão, o teleológico), não se revelam suficientes para respaldar a atividade interpretativa das normas constitucionais”.<sup>46</sup>

Em consonância com este entendimento, cabe mencionar as considerações de Gilmar Mendes, em artigo dedicado ao pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do STF<sup>47</sup>, no sentido de que

“É inegável que o direito comparado exerce forte influência na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais da atualidade. Há que se levar em conta que a comparação de direitos fundamentais pode ser qualificada,

<sup>44</sup> CAPPELETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993, p. 22-23.

<sup>45</sup> SILVA, C. O. P. *Transjfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 37.

<sup>46</sup> SILVA, C. O. P. *Transjfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 37.

<sup>47</sup> Segundo Gilmar Mendes “no Brasil, desde a primeira tradução, para o português, da obra “Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição – contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição”, a doutrina de Peter Häberle tem sido incorporada com evidente vivacidade, seja no âmbito acadêmico, por meio da vertiginosa produção bibliográfica ou da prática docente e discente nas faculdades de direito, seja pelos poderes constituídos, na forma de produção legislativa e na jurisprudência dos tribunais. No âmbito legislativo, a Lei nº. 9868/99, ao institucionalizar a figura do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, representa um eloquente exemplo da forte influência da doutrina de Peter Häberle que propugna por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição”. MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009, p.73.

como assim o faz Peter Häberle, como o quinto método da interpretação constitucional, ao lado dos clássicos métodos desenvolvidos por Savigny”<sup>48</sup>

Menciona ainda o Ministro, ao tratar do “pensamento de possibilidades” de Häberle, que

“a constituição não é uma norma fechada, mas sim um projeto em contínuo desenvolvimento, representativo de conquistas e experiências e ao mesmo tempo aberto à evolução e à utopia. No Estado Constitucional, a interpretação da Constituição, portanto, não deve ser realizada segundo a lógica do “um ou outro”, mas de acordo com um pensamento permanentemente aberto a múltiplas alternativas e possibilidades. Peter Häberle é o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser “o pensamento jurídico do possível” expressão, consequência, pressuposto e limite de uma interpretação constitucional aberta”.<sup>49</sup>

Aqui o grande ponto reconhecido por Mendes, acerca de Häberle, é que uma “teoria constitucional das alternativas” pode transformar-se numa “teoria constitucional da tolerância”<sup>50</sup>.

Este ponto é de salutar relevância, tomando-se em conta o alto grau de responsabilidade atribuído aos Juízes das Cortes Constitucionais<sup>51</sup>, vez que admitir uma “teoria constitucional das alternativas” ou “da tolerância” é admitir, por exemplo, a ideia de Dworkin segundo a qual em casos de difícil solução os juristas se utilizam

“de modelos que não funcionam como regras, mas, sim, que operam sob a forma de princípios, diretrizes políticas ou outros tipos de pautas”<sup>52</sup>.

Como exposto, Dworkin ao utilizar os princípios e diretrizes na análise da interpretação constitucional realiza o proposto por Häberle, ou seja, sopesa possibilidades e alternativas, não impondo assim a eleição de uma fonte inabalável para a interpretação constitucional, não fulminando, assim, a evolução do pensamento interpretativo constitucional.

<sup>48</sup> MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009, p. 32-33.

<sup>49</sup> MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009, p. 9.

<sup>50</sup> MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009, p. 9.

<sup>51</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 38.

<sup>52</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 8.



Cabe destacar, que o esquema de Dworkin, na análise de controvérsias judiciais, leva em consideração que haverá sempre um direito vencedor, mesmo que não exista uma norma aplicável de forma imediata ao caso concreto. Nos casos complexos, o juiz deve fazer prevalecer o direito vencedor buscando os fundamentos de sua decisão em princípios, atentando-se para o fato que os objetivos sociais buscados estão subordinados aos direitos e aos princípios que os fundamentam. Ao utilizar-se de princípios pré-existentes para fundamentar sua decisão, o juiz não está a criar um novo direito, mas a garantir direitos.<sup>53</sup>

Na visão de Dworkin, diretrizes políticas, ou *policy*, são modalidades normativas com objetivos sociais a serem alcançados. Seriam assim, o que mais se aproximaria para nós, das políticas públicas<sup>54</sup>, tendentes a promover o bem-estar coletivo, como as normas constitucionais programáticas, por exemplo. Por seu turno, os princípios são arquétipos que merecem ser levados em consideração não por que assegurem um *statu quo ante* econômico ou social, mas por integrarem a própria ideia de justiça e de equidade<sup>55</sup>.

Interessante se faz aludir a seguinte reflexão de Christine Peter ao correlacionar a teoria de Dworkin sobre princípios com o Estado Constitucional:

“Desde algum tempo tenho refletido sobre a hipótese de que as premissas sobre o Estado Constitucional muito se aproximam das reflexões acadêmicas de Ronald Dworkin. Isso porque para o Estado Constitucional, revela-se imprescindível o manejo de uma teoria dos princípios adequada à eficácia pronta e imediata de normas mais abertas e mais flexíveis”<sup>56</sup>

Interessante ponto de conexão faz-se aqui entre a teoria dos princípios de Dworkin com a problemática do presente trabalho, apenas antecipando debates em capítulos futuros, no que tange ao voto do Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança nº. 26.602, ao mencionar que

A decisão da justiça eleitoral renova a leitura que se vinha fazendo a respeito da fidelidade partidária após a Constituição de 1988 e, nesse sentido, torna imperiosa a revisão também da jurisprudência desta Corte, a partir de uma

<sup>53</sup> CASALMIGLIA, 1989 apud SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

<sup>54</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 40.

<sup>55</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 11.

<sup>56</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 40.

nova leitura do texto constitucional, baseado nos princípios da democracia partidária, da representação proporcional, do pluralismo político e da fidelidade partidária.<sup>57</sup>

Ora, o que o Ministro fez não foi fundamentar sua decisão em princípios para garantir o direito dos partidos políticos às vagas do sistema proporcional, fruto da saída de seus quadros de parlamentares infiéis? Como se vê, Gilmar Mendes salienta a necessidade, naquele momento, de uma revisão, de uma nova leitura do texto constitucional, aduzindo para tanto princípios derivados da ordem democrática. Ou seja, averigou-se, na prática jurisprudencial, que a Constituição caracteriza-se, no âmbito do Estado Constitucional de Direitos, como um projeto em contínuo desenvolvimento, sujeita assim a evoluções e alternativas, o que corrobora com a “Hermenêutica Constitucional” de Peter Häberle.

Ao tratar do entendimento anteriormente adotado pelo STF pela não repercussão da infidelidade partidária sobre o mandato, adotado no MS nº. 20.927, em 1989, menciona Mendes que “é certo que o entendimento jurisprudencial adotado justificou-se sob um contexto histórico específico”<sup>58</sup>, mas completa seu pensamento afirmando, contudo, a existência de inadequações da interpretação sobre o princípio da fidelidade partidária no último decênio.

### *1.3.2 Da separação de funções do poder para a interdependência entre as funções de poder*

Conforme cita Gilmar Mendes, faz-se necessário ao tratar do princípio da separação dos poderes, impreterivelmente, invocar as palavras de Montesquieu, um de seus criadores e maior responsável pela sua disseminação nas culturas ocidentais.<sup>59</sup>

“Tudo estaria perdido se o mesmo homem fosse ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº. 26.602*. Relatoria do Ministro Eros Grau. Disponível em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pDNmjJ22RXkJ:www.gilarmendes.org.br/index.php%3Foption%3Dcom\\_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D400:ms-26602%26id%3D43:direitos-politicos-fundamentais-partidos-politicos-e-sistemas-eleitorais%26Itemid%3D76+&cd=2&hl=pt-BR&ct=cInk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pDNmjJ22RXkJ:www.gilarmendes.org.br/index.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D400:ms-26602%26id%3D43:direitos-politicos-fundamentais-partidos-politicos-e-sistemas-eleitorais%26Itemid%3D76+&cd=2&hl=pt-BR&ct=cInk&gl=br). Acesso em: 30 set 2014. p. 6.

<sup>58</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 901.

<sup>59</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 219.

as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.”<sup>60</sup>

A partir deste paradigma, o princípio da separação dos poderes tornou-se traço essencial na dinâmica de construção e de desenvolvimento do Estado de Direito

“a ponto de servir de pedra de toque para se dizer da legitimidade dos regimes políticos, como se infere do célebre artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde se declara que não tem constituição aquela sociedade em que não estejam assegurados os direitos dos indivíduos, nem separados os poderes estatais”.<sup>61</sup>

Na Constituição do Brasil, tal princípio encontra-se insculpido em seu artigo 2º, tendo status de cláusula pétrea, o que implica a total vedação a qualquer tentativa de aboli-la do texto constitucional.

Conforme Gilmar Mendes, inicialmente, tinha tal princípio delimitações mais fortes direcionadas a cada poder<sup>62</sup>. Contudo, atualmente, sua adequada compreensão à luz do texto constitucional exige certa dose de relativização face a conjuntura vivida, “num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam”<sup>63</sup>.

Segundo Perez Luño, antes mesmo da divisão de funções entre os órgãos executivos, legislativos e judiciários promulgada por Montesquieu, o Estado de Direito estabeleceu como premissa primordial o princípio da reserva legal, ou ainda, do princípio da legalidade. Neste, a definição dos direitos e obrigações dos cidadãos, como o estabelecimento de direitos e garantias fundamentais a serem aplicados ao caso concreto, por exemplo, era de atribuição do parlamento que o fazia por meio de normas abstratas e genéricas<sup>64</sup>.

Contudo, a ampliação dos deveres do Estado para com os cidadãos, cuja ápice se deu durante o Estado Social de Direito, culminou em uma hipertrofia legislativa, ou *legal pollution*, para os anglo saxões. Tal excesso de leis consistiu em um aumento vertiginoso na quantidade de normas legais, que irrompeu o equilíbrio entre a produção normativa e sua respectiva aplicação. O resultado final do fenômeno foi uma maior

<sup>60</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962. v.1. p. 181.

<sup>61</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 219.

<sup>62</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 220.

<sup>63</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 220.

<sup>64</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 5.

dificuldade tanto dos cidadãos, como do próprio Estado - por meio de sua administração, legislador e juízes - em conhecer, compreenderem e aplicarem o direito.<sup>65</sup>

Depreende-se do exposto por Luño que a produção normativa voltou-se para si mesma, objetivando mais na produção legislativa um fim intermediário, ou seja, fazer leis indiscriminadamente, do que propriamente um fim em si, aplicando devidamente o diploma normativo, a ponto tal, que a sociedade não conseguiu acompanhar e, muito menos, interpretar o que estas novas leis sugeriam. O resultado desta dinâmica em uma sociedade complexa e de múltiplas faces foi a não concretização de uma série de direitos.<sup>66</sup>

Dessa maneira, mostra-se mais adequado um entendimento que prime pela transposição de um modelo baseado na “reserva legal” para outro fundamentado na “reserva da constituição”. Esta, por sua vez, implica a vinculação do legislador, que a priori é um legislador ordinário, no exercício do poder constituinte, para o desenvolvimento, dentre outras atribuições específicas previamente designadas no texto Constitucional, dos direitos fundamentais.<sup>67</sup>

Ante o exposto, o que se verifica das abordagens de Luño, Peter e Mendes é uma necessidade atual de compatibilização entre a tradicional forma de separação de poderes, com a conjuntura que se afigura na atualidade. Demanda esta novos pontos de vistas, até díspares com o passado, ao se deslocar a supremacia da lei, para a supremacia da Constituição, mas que se fazem imperativos face às demandas estruturais da sociedade e de seus cidadãos<sup>68</sup>. Exige-se assim “temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais”<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 5.

<sup>66</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 41.

<sup>67</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 5.

<sup>68</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 41.

<sup>69</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 220.

Pressupõe o Estado Constitucional interações às funções de poder, sejam elas cooperativas ou conflitivas, mas sempre no sentido de uma parceria, não livre de tensões.<sup>70</sup>

Conforme M. J. C. Vile, a construção das teorias constitucionais relacionados ao princípio da separação de poderes dá conta de que as funções do Estado não podem estar nem totalmente separados, nem totalmente unificados, pois se assim fosse chegar-se-ia a um uso eficaz, mas não efetivo do poder do Estado. Ou seja, não atingiria o ente estatal seu fim via funções de poder<sup>71</sup>.

O fenômeno atualizador do princípio da separação dos poderes que se deu no século XX, ainda que respeitando os traços essenciais da teoria de Montesquieu, foi no sentido não apenas da separação dos poderes mas, mais ainda, no sentido de convivência e coabitação forçada entre as funções de poder. Ou seja, o que se viu ao longo do último século tratou-se da interdependência destes poderes. Dessa forma, atuando em conjunto, uma dada função de poder obriga as demais a atuarem dentro de sua competência institucional e vice-versa, gerando assim um quadro de sinergia constante entre os “poderes”.<sup>72</sup> Não seria nada mais o exposto que o modelo norte-americano designado pela alcunha de “freios e contrapesos”, segundo o qual os poderes se organizam de tal forma que nenhum deles pode avançar os limites previamente previstos na Constituição, sem que os demais o detenham na tarefa usurpada<sup>73</sup>.

Ainda nesta toada da interdependência menciona Canotilho que

“Embora não sejam tradicionalmente incluídos mecanismos de defesa da constituição, têm também carácter garantístico a *ordenação constitucional de funções* e o esquema de *controles interorgânicos e intra-orgânicos* dos órgãos de soberania. O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, tem, assim, uma função de garantia da constituição, pois os esquemas de *responsabilidade* e *controlo* entre os vários órgãos transformam-se em relevantes factores de observância da constituição<sup>74</sup>.”

<sup>70</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 41.

<sup>71</sup> VILE, 2007 apud SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

<sup>72</sup> BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 14, p. 49-60, jul./dez. 1981, p. 121.

<sup>73</sup> BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 14, p. 49-60, jul./dez. 1981, p. 121.

<sup>74</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.889.

No que se refere ao Estado Constitucional, afirma Häberle que não deixa a separação dos poderes de ser um dos seus postulados. Contudo, ressalva que o princípio proposto por Montesquieu deve adquirir um sentido social mais amplo visto que deve incluir ,além das funções de poder formalmente instituídas, os poderes do que se relacionam com o Estado.<sup>75</sup> Ou seja, dentro da sociedade plural e multifacetada idealizada por Häberle, a separação dos poderes adquiriria um novo formato, com a inclusão daqueles que se colocam a margem da atuação estatal, de forma que se concretizasse a sociedade aberta e plural dos interpretes da constituição almejada em seus estudos.

Confirma Christine Peter que

“uma proposta de interdependência não é nova. O que é nova é a metódica de interação entre estas funções que tem na Constituição, especialmente nas normas constitucionais jusfundamentais, o elemento mediador. Explico melhor: no Estado Constitucional, diante da tarefa compartilhada de concretizar direitos fundamentais, como meta principal do Estado, as funções de poder atuam, na medida de suas competências constitucionalmente postas, buscando aproximação com o ideal de máxima efetividade jusfundamentadora. Qualquer atitude de uma função de poder ou de outra será avaliada com a métrica dos direitos fundamentais, e não mais com a métrica das estritas limitações de competências. A própria judicialização da política perde um pouco da sua razão de ser. As acomodações entre as funções de poder passam a ser muito mais visíveis e o diálogo muito mais intenso. Assim, não mais se cogita de poderes estanques, com competências bem definidas ou pré-definidas, mas poderes interdependentes que constroem coletivamente e cooperativamente suas competências constitucionais na tensão permanente e imanente da força histórica dos acontecimentos”.<sup>76</sup>

Está-se, aqui, a considerar a “teoria da dinâmica circular entre as forças jurídico-normativas defendida por Konrad Hesse”<sup>77</sup>. O que significa dizer, a relação de dependência e de ligação indissolúvel e mútua entre a constituição jurídica e a realidade política e social<sup>78</sup>. Para Hesse, dessa maneira, na medida em que a constituição atinge sua força normativa, somente assim consegue concretizar sua vigência, condicionando a realidade.

Conforme confirma Christine Peter

<sup>75</sup> HÄBERLE, 2002 apud SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

<sup>76</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 44.

<sup>77</sup> HESSE, 1998 apud SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 45.

<sup>78</sup> HESSE, Konrad. *Força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 4.

“A separação de poderes ganha, assim, nova perspectiva metódica, pois será informada pela tarefa exigente e indissociável de movimentação das competências constitucionais, de forma colaborativa ou conflitual, em direção à concretização dos direitos fundamentais.”<sup>79</sup>

Neste ponto de interdependência das funções de poder para a concretização dos direitos fundamentais, seja por meio de relações colaborativas ou conflituais, fato é que averigou-se esta tensão imanente a atualização do princípio da separação de poderes diante da análise da perda de mandato de parlamentares infieis pelo STF. Tal fenômeno ocorreu pois questionou-se, à época, se teria o Tribunal Superior Eleitoral desempenhado a tarefa que, na realidade, foi atribuída pela Constituição ao Poder Legislativo, eis que determinou o Tribunal regra não prevista expressamente na Constituição e em sentido contrário ao que a Jurisprudência consolidada decidia até então, pela manutenção do mandato pelo parlamentar infiel<sup>80</sup>.

Alterando o entendimento até então predominante, menciona Gilmar Mendes que

“A decisão do Supremo Tribunal Federal, portanto, constitui um marco na história republicana do Brasil no sentido da consolidação da democracia e da efetivação dos direitos políticos fundamentais. O maior beneficiado dessa decisão, sem sombra de dúvida, é o cidadão-eleitor, que terá maior segurança quanto à firmeza da opção partidária feita”.<sup>81</sup>

Ou seja, conforme menciona Mendes, decidiu a Corte Constitucional por privilegiar o cidadão-eleitor em ter seu direito político fundamental a representação assegurado. A decisão do STF foi no sentido da concretização dos direitos fundamentais, tendo se utilizado o Tribunal da métrica dos direitos fundamentais.

Por mais que o giro interpretativo, a princípio, soe como conflitante e como um pretense *judicial activism*, evidencia tal decisão a necessidade de interdependência entre as funções de poder Legislativo e Judiciário para a construção coletiva e cooperativa de um ambiente democrático para o cidadão ver-se representar.

<sup>79</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 45.

<sup>80</sup> Fato é que o STF não apenas considerou constitucional a decisão do TSE, como modulou seus efeitos, face a necessidade de manutenção da segurança jurídica, estabelecendo que a nova regra produziria efeitos desde a data da decisão do TSE à Consulta nº. 1.398/2007, que ocorreu na sessão do dia 27 de março de 2007. MENDES, Gilmar Ferreira.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 906.

<sup>81</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 905.

Fica patente tal entendimento da necessidade pugente de manifestação do Legislativo quando menciona Gilmar Mendes que

“A decisão do Supremo Tribunal Federal e as novas regras adotadas pelo Tribunal Superior Eleitoral tornam patente a necessidade de ampla reforma política. Com a provável efetivação da mudança constitucional, dão-se os primeiros passos o sentido da almejada reforma política”<sup>82</sup>.

Menciona ainda Gilmar Mendes, em sua obra, que na votação da ADI 3.999, a qual arguiu a inconstitucionalidade das Resoluções nº. 22.610 e nº. 22.733 do TSE, que regularam o tema da perda de mandato, o STF considerou que não houve usurpação de competência legislativa e assentou a legitimidade dos diplomas, entre outras razões, pelo fato das Resoluções

“surgirem 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”<sup>83</sup>.

Passar-se-á a seguir a abordagem que recairá na concretização dos direitos fundamentais a partir da adoção da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.

### *1.2.3. Da perspectiva jurídico-subjetiva para a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais*

Menciona Christine Peter que

“Talvez a principal diferença entre o modelo clássico de Estado de Direito e o que se propõe a chamar de modelo contemporâneo de Estado Constitucional repouse na distinta forma de se conceber os direitos fundamentais nos dois contextos. A posição jurídico-subjetiva que no modelo clássico representou importante avanço para a proteção dos direitos fundamentais, já se revelava insuficiente para enfrentar as situações complexas apresentadas pela sociedade em rede e tecnológica do último quartel do século XX”<sup>84</sup>.

Faz ainda a autora referência à teoria dos quatro status de Jellinek, datada do final do século XIX, eis que “a função múltipla dos direitos fundamentais revelou-se ainda

<sup>82</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 908-909.

<sup>83</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 908-909.

<sup>84</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 45.



mais intrincada quando situações jurídico-subjetivas passaram de meras situações de direitos individuais e coletivos para direitos individuais homogêneos e difusos”<sup>8586</sup>.

Cabe destacar, que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, que se está a tratar, é aquela que remonta às origens históricas e aos fins elementares dos direitos fundamentais<sup>87</sup>. Em outras palavras, a perspectiva que inicialmente se atribuía aos direitos fundamentais<sup>88</sup>. Assim, é a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais aquela na qual exige-se uma ação negativa, principalmente com relação a esfera de liberdade do indivíduo, ou positiva de outrem<sup>89</sup>.

Ante o exposto, averigua-se que novas funções tem sido atribuídas aos direitos fundamentais. Conforme explana Ingo Sarlet, o incremento destas novas funções trata-se de problema de natureza essencialmente hermenêutica, pois é por meio da interpretação que se incorporam novos conteúdos ao programa normativo dos direitos

<sup>85</sup> SILVA, C. O. P. *Transjurfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 45.

<sup>86</sup> Acerca da teoria dos quatro status de Jellinek, explica Paulo Gustavo Gonet Branco que “no final do século XIX, Jellinek desenvolveu a teoria dos quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado. Dessas situações, extraem-se deveres ou direitos diferenciados por particularidades de natureza. O indivíduo pode achar-se em posição de subordinação aos Poderes Públicos, caracterizando-se como detentor de deveres para com o Estado. Este tem a competência para vincular o indivíduo, por meio de mandamentos e proibições. Fala-se, aqui, em *status subjectionis*, ou em *status passivo*. A circunstância de o homem ter personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação a ingerências dos Poderes Públicos. Impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvencilhado do império do Estado: afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do Estado “é exercida sobre homens livres”. Nesse caso, cogita-se do *status* negativo. Em algumas situações, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação. O indivíduo se vê com a capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor. O seu *status* é, assim, positivo (*status civitatis*). Jellinek cogita, ainda, de um quarto *status*, que denomina *ativo*, em que o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado, como, por exemplo, pelo direito do voto. O indivíduo exerce os direitos políticos. A partir dessa teoria, que foi recebendo depurações ao longo do tempo, podem-se decalcar as espécies de direitos fundamentais mais frequentemente assinaladas – direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e direitos a prestações (ou direitos cívicos). A essas duas espécies alguns acrescentam a dos direitos de participação”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331-332.

<sup>87</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 343.

<sup>88</sup> Conforme Paulo Gustavo Gonet Branco, este contexto inicial dos direitos fundamentais se remete a seguinte ideia: “nos séculos XVII e XVIII, as teorias construtualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos. Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce da sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos”. MENDES, Gilmar Ferreira.; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 308-309.

<sup>89</sup> MENDES, Gilmar Ferreira.; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 343.

fundamentais<sup>90</sup>. Dessa maneira, ainda segundo Sarlet, tal quadro evidencia “o dilema representado pela relação dinâmica e dialética entre a norma jurídica e a realidade”<sup>91</sup>.

Neste sentido, Christine Peter salienta que havia a necessidade de um método mais sofisticado, que desse conta da sociedade aberta e plural que se constituía, no que se refere a solução de casos complexos envolvendo colisões de direitos fundamentais<sup>92</sup>. Por conseguinte, os métodos clássicos não eram mais suficientes para o desempenho desta tarefa.

De acordo com Sarlet, foi com o advento da Constituição Alemã de 1949 que se averiguou maiores reflexões do que hoje se considera a denominada perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Em decisão paradigmática de 1958, a corte constitucional alemã consignou aquilo que já vinha decidindo em algumas decisões anteriores, nas quais referia-se à Constituição em sua totalidade e a uma ordem de valores vinculativa de todos os órgãos estatais, fundamentada em valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade<sup>93</sup>. Na supracitada decisão de 1958 (caso *Lüth*) ficou estabelecido que

“os direitos fundamentais não se limitam á função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”.<sup>94</sup>

Conclui-se, assim, segundo Perez Luño, que os direitos fundamentais deixaram de representar, na ordem constitucional, apenas garantias negativas dos interesses individuais, ou seja, deixaram os direitos fundamentais seu status unicamente de direito subjetivo, transponde-se para um conjunto de valores objetivos básicos, constituindo-se em norteadores da ação positiva dos poderes públicos<sup>95</sup>.

Conforme explica Christine Peter, o que se expôs trata-se de uma “virada ontológica da própria função exercida por esses direitos no seio das comunidades nacionais,

<sup>90</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 149.

<sup>91</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 149.

<sup>92</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 46.

<sup>93</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 140.

<sup>94</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 140.

<sup>95</sup> LUÑO, 1998 apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

pois de um valor intrinsecamente ligado á ideia de sujeito, passa a ser o parâmetro de ação de todos os cidadãos e instituições públicas e privadas”<sup>96</sup>

No que concerne a relação que se estabelece entre as duas perspectivas, menciona Christine Peter que uma não é necessariamente oposta a outra, ou o seu “reverso da medalha”<sup>97</sup>. Na realidade, as perspectivas tão somente convivem, mantendo uma relação de complementação e de remissão<sup>98</sup>. O que Ingo Sarlet esclarece é que às normas que prevêm direitos subjetivos é atribuída uma função autônoma, que ultrapassa a perspectiva subjetiva e, que além desse aspecto, resulta em novas funções a estes direitos fundamentais, antes inexistentes, ou seja, há o reconhecimento de novos conteúdos normativos<sup>99</sup>.

A título de complementação acerca da relação entre as perspectivas, cabe destacar a visão de Márcio Iorio Aranha que considera que os momentos subjetivos e objetivos dos direitos fundamentais estão em uma relação incindível de complementação e fortalecimento recíproco, descabendo debruçar-se mais acuradamente acerca da prioridade de um e de outro, eis que não podem ser considerados separadamente, sendo assim interdependentes em seu conceito e complementares entre si<sup>100</sup>. Conclui o autor que “seria como falar da face sem cogitar o verso, e sabe-se que um somente existe enquanto antítese do outro”<sup>101</sup>.

Para Christine Peter a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, ou seja, há uma escolha da sociedade pelos valores morais expressos pelos direitos fundamentais, evidenciando assim, que

“o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado ao reconhecimento desses direitos fundamentais pela comunidade para a qual eles se projetam e da qual não podem ser dissociados, podendo falar-se, nesse contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos pela constituição e concretização dos direitos fundamentais. Nesse contexto, revela-se imprescindível a consciência comunitária da sua missão de

<sup>96</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 46.

<sup>97</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 46.

<sup>98</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 343.

<sup>99</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 140.

<sup>100</sup> ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 168.

<sup>101</sup> ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 168.

concretizadores dos direitos fundamentais, o que somente pode ocorrer diante de uma atitude pró-ativa em direção à realização desses direitos no seio de suas próprias comunidades”<sup>102</sup>.

Christine Peter passa, na sequência, a abordar a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais inserida no Estado Constitucional<sup>103</sup> por meio da crítica de Alexy à percepção de Böckenförde sobre um suposto “perigo de excesso dos direitos fundamentais”<sup>104</sup>.

Em suma, Böckenförde distingue direitos fundamentais entre sua versão clássica, de defesa do cidadão contra o Estado, e direitos fundamentais como normas objetivas de princípios. Seriam estas últimas “mandamentos de otimização” e, como expressa a ideia de otimização, seriam estas normas de princípios responsáveis por potencializar os direitos fundamentais de forma abrangente, permitindo que suas funções se desenvolvessem reproduzindo o conceito dogmático básico dos direitos fundamentais<sup>105</sup>.

Segundo Böckenförde, as normas princípios de direitos fundamentais quando otimizadas culminariam em uma situação na qual a ordem jurídica já estaria contida na constituição, carecendo tão somente seus postulados de uma concretização<sup>106</sup>. Para Alexy, os direitos fundamentais transformar-se-iam em “princípios supremos da ordem jurídica como um todo” o que, na visão deste autor não é algo necessariamente bom, pois

“a compreensão dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização conduziria, assim, a um modelo de consequências fatais. O legislador perderia toda a sua autonomia. Sua atividade esgotar-se-ia na mera constatação daquilo que já foi decidido pela constituição”<sup>107</sup>.

Dessa maneira, Alexy explica que, para Böckenförde, restariam apenas duas possibilidades, quais sejam, optar-se “por direitos fundamentais como princípios e, com isso, por um Estado judiciário, ou decidir-se pela limitação dos direitos fundamentais à clássica função como direitos de defesa e, com isso, por um Estado legislativo parlamentar”<sup>108</sup>.

<sup>102</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 47.

<sup>103</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 47.

<sup>104</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 578.

<sup>105</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 576.

<sup>106</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 577.

<sup>107</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 578.

<sup>108</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 578.

Neste ponto, Christine Peter salienta que aquilo que ressignifica os direitos fundamentais no Estado Constitucional é justamente a ideia, a qual Alexy se opõe, de os direitos fundamentais transporem sua “condição limitada de direito subjetivo para tomar lugar de fundamento mesmo de toda a ordem jurídica”<sup>109</sup>.

Christine Peter reforça, assim, que é exatamente este o ponto crucial no qual se deu o giro acerca da essência dos direitos fundamentais a partir da 2ª Guerra Mundial<sup>110</sup> e completa ponderando sobre a visão de Alexy, acerca desta mudança de perspectiva sobre os direitos fundamentais, que

“o que não se pode concordar diante de suas considerações é com a afirmação de que os efeitos das perspectivas irradiante, horizontal e dirigente são nefastos e inaceitáveis, em virtude de tais perspectivas romperem com a visão oitocentista destes direitos como direitos subjetivos públicos. Essa é a novidade desafiadora. Esse é o contexto alvissareiro que se apresenta para os cidadãos de uma sociedade aberta, pluralista e transnacional no século XXI”<sup>111</sup>.

Ou seja, pode-se considerar que as constituições democráticas, do Estado Constitucional,

“assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos. Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva de garantia de posições individuais, para alcançar a estrutura de normas que filtram valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático”<sup>112</sup>.

Dessa maneira, Christine Peter propõe um rompimento com visão de Robert Alexy sobre direitos fundamentais propondo justamente que “o processo político democrático ganhe nova conformação a partir da ideia de concretização da Constituição”<sup>113</sup>. Ademais, ainda menciona que a crítica de Alexy é destinada ao próprio modelo de Estado

<sup>109</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 48.

<sup>110</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 48.

<sup>111</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 48.

<sup>112</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 344.

<sup>113</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 49.

Constitucional pois, em que pese ser o autor pioneiro na teoria dos princípios, não abandona a lógica do princípio da legalidade, para o qual o legislador ainda desempenha papel superior e de maior legitimidade para o desenho da ordem jurídica<sup>114</sup>.

Em atenção aos tópicos passados do presente trabalho cabe destacar que o Estado Constitucional é fundamentado justamente na supremacia da constituição em detrimento da supremacia da lei; e que o princípio da separação dos poderes ganha nova roupagem com uma ideia de interdependência entre as funções de poder. Isso equivale a dizer que

“a legitimidade democrática perquire lógica democrática pluralista, a qual trabalha com o conceito de legitimidade pela visão cooperativa e coordenada de ações compartilhadas entre os diversos atores sociais, estatais-nacionais quanto internacionais”<sup>115</sup>.

Conforme nos informa Ingo Sarlet, dentre as diversas funções dos direitos fundamentais, uma que de fato interessa a este trabalho trata-se daquela, abordada por Böckenförde e criticada por Alexy, segundo a qual

“os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais”<sup>116</sup>

Dentro da importante perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais, Ingo Sarlet menciona, como desdobramento desta perspectiva, a eficácia dirigente que os direitos fundamentais desencadeiam em relação aos órgãos estatais<sup>117</sup>, devendo estes atuarem de forma a concretizarem estes direitos.

Por sua vez, saindo da acepção valorativa e passando-se aos desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na qualidade de efeitos potencialmente autônomos, tem-se como primeiro desdobramento a eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Este efeito irradiante dá-se pelo fato destes direitos fundamentais objetivos “fornecerem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito

<sup>114</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 49.

<sup>115</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 49.

<sup>116</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 144.

<sup>117</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 144.

infraconstitucional, que, pode ser considerada como modalidade semelhante à técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição”<sup>118</sup>. Ou seja, o aspecto objetivo dos direitos fundamentais imputa-lhes uma eficácia irradiante, o que os converte em diretriz para a interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do direito<sup>119</sup>.

Como segundo desdobramento dos efeitos potencialmente autônomos dos direitos fundamentais, mas ainda em conexão com o efeito irradiante, averigua-se a eficácia desses direitos na esfera privada, no âmbito das relações entre particulares, a denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais<sup>120</sup>. Neste sentido, menciona Sarlet que

“A ideia de os direitos fundamentais irradiarem efeitos também nas relações privadas e não constituírem apenas direitos oponíveis aos poderes públicos vem sendo considerada um dos mais relevantes desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais”<sup>121</sup>.

Neste sentido da discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais, cabe mencionar a visão de Paulo Gustavo Gonet Branco acerca do tema, ao citar que a dimensão objetiva produz consequências apreciáveis na medida em que faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob a perspectiva individualista, mas também que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado<sup>122</sup>.

Menciona ainda o autor, que a perspectiva objetiva legitima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e a amplitude dos direitos fundamentais em favor de seus titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos<sup>123</sup>. Aqui, tem-se como exemplo mais corriqueiro o comando de uso de cintos de segurança em automóveis. Sobre este último explicita Suzana de Toledo Barros que

“o livre arbítrio do condutor perde alcance diante do valor constitucional vida ou integridade física dos indivíduos, cuja proteção é requerida do

<sup>118</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 144.

<sup>119</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 345.

<sup>120</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 145.

<sup>121</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 145.

<sup>122</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 344.

<sup>123</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 344.

Estado em cumprimento às suas finalidades. Da mesma forma, pode-se argumentar em favor da proibição geral do uso de drogas<sup>124</sup>.

Continua Branco explicitando que uma outra importante implicação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está no fato de que estes ensejem um dever de proteção do Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados. Estes deveres de proteção encontram-se associados principalmente aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física (saúde), devendo o Estado adotar, se necessário, até medidas de ordem penal que assegurem e protejam de fato os direitos fundamentais<sup>125</sup>.

Ainda sobre os direitos de proteção, salienta Ingo Sarlet a adoção pelo Estado de medidas das mais diversas naturezas, incluindo como exemplo proibições, autorizações e medidas legislativas de diversas naturezas de forma a garantir o exercício dos direitos fundamentais<sup>126</sup>. O autor cita como exemplos de direitos de proteção presentes na atual Constituição Brasileira o direito à segurança; a proteção do consumidor na forma da lei (art 5º, inciso XXXII), a proteção do direito de participações individuais em obras coletivas (art 5º, inciso XXVIII); havendo ainda no âmbito dos direitos assegurados aos trabalhadores, presentes no artigo sétimo, os incisos relativos à proteção do salário, na forma da lei (inciso X); a proteção legal contra a automação (inciso XXVII) e a proteção do mercado de trabalho da mulher (inciso XX)<sup>127</sup>.

Christine Peter explica que este efeito dirigente dos direitos fundamentais, exposto acima,

“impõe obrigações de todos os níveis, no plano de todas as funções de Poder – administrativa, legislativa e judiciária – e exige ações direcionadas à concretização dos direitos fundamentais de todos os agentes, órgãos e funções estatais, sejam elas típicas e atípicas”<sup>128</sup>.

E conclui acerca dos efeitos dos direitos fundamentais que

<sup>124</sup> BARROS, 1996 apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 344.

<sup>125</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 344.

<sup>126</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 147.

<sup>127</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 147.

<sup>128</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 51.



“Diante desse quadro, os efeitos irradiante, horizontal e dirigente dos direitos fundamentais apresentam-se de diversas formas e tem impulsionado um sem número de considerações por parte de juristas e estudiosos em geral. A par de numerosa bibliografia sobre as aplicações setorializadas desses efeitos sobre a vida dos direitos, ainda faltam vozes a afirmar que todo esse complexo de discussões, pesquisas e curiosidades estão envolvidos em uma mesma atmosfera paradigmática: a clivagem do Estado de direito clássico para o Estado Constitucional contemporâneo”<sup>129</sup>.

Uma criação doutrinária alemã do primeiro pós-guerra, e que se trata de uma repercussão dos efeitos dos direitos fundamentais são as denominadas garantias institucionais. Menciona Sarlet que um de seus formuladores foi Carl Schmitt e que estas garantias indicam a existência de determinadas instituições, de direito público, ou institutos, de direito privado que devem estar protegidas contra a ação erosiva do legislador<sup>130</sup>.

Márcio Iorio Aranha, teórico das garantias institucionais dos direitos fundamentais, explicita que a teoria em si pressupõe, aquilo já mencionado anteriormente acerca da relação entre as perspectivas, uma “interação subjetivo-objetiva dos direitos fundamentais, faces subjetivas e objetivas, que se relacionam mutuamente”<sup>131</sup>.

Seriam assim estas garantias institucionais “uma tentativa de dotar de maior coerência a conformação objetiva dos direitos fundamentais”<sup>132</sup>, atribuindo a estes a função de base interpretativa do ordenamento jurídico. Ademais, são ainda as garantias institucionais aptas a conceder racionalidade às mudanças de conteúdo dos direitos fundamentais, tornando-os, assim, sujeitos a alterações interpretativas impostas pela assimilação histórica de práticas institucionais, ou seja, pelo contexto social<sup>133</sup>.

Explica Christine Peter, por sua vez, que

“as garantias institucionais estão postas ao lado dos direitos garantias, enquadrando-se no contexto dos direitos de defesa, e não entre os direitos a prestações. Entretanto, há também uma dimensão positiva, a exigir atuação do Estado em direção a estas garantias institucionais. Veja-se a função de

<sup>129</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 52.

<sup>130</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 146.

<sup>131</sup> ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 168.

<sup>132</sup> ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 168.

<sup>133</sup> ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 168.

tais direitos como parâmetros para a criação e estruturação de organizações ou instituições estatais e para o procedimento”<sup>134</sup>.

Como último desdobramento da perspectiva objetiva, Sarlet faz menção a função outorgada aos direitos fundamentais sob o aspecto de ponto de partida para a criação e constituição de organizações estatais e para o procedimento<sup>135</sup>. Neste último aspecto, o autor explica que, com fulcro no conteúdo das normas de direitos fundamentais,

“é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem riscos de uma redução do significado material deles”<sup>136</sup>

Portanto, a conclusão a que se chega é no sentido da intrincada relação de interdependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento, eis que são os direitos fundamentais condicionados à organização e ao procedimento mas, da mesma maneira, também ensejam repercussões sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais<sup>137</sup>.

Exemplo da repercussão dos direitos fundamentais objetivos, adotados como métrica na decisão do STF pela constitucionalidade da perda de mandato eletivo de parlamentares infieis, é averiguada no fato de que, quando da modulação dos efeitos pelo TSE na Resolução nº. 22610, este Tribunal especificou o procedimento a ser adotado pelo partido e pelo parlamentar na ação destinada à perda de mandato.

Fato é que a Resolução previu que o partido político, em que pese poder demandar a vaga do parlamentar que se desfilou sem justa causa, deve se sujeitar ao procedimento formal previsto na Justiça Eleitoral de maneira que, caso o parlamentar venha a alegar justa causa para a desfiliação, e provando o alegado de acordo com o §1º, do artigo 1º da Resolução<sup>138</sup>, pode a agremiação vir a perder a vaga para o parlamentar. Isto se daria,

<sup>134</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 52-53.

<sup>135</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 147.

<sup>136</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 147.

<sup>137</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 147-148.

<sup>138</sup> Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º - Considera-se justa causa:

I) incorporação ou fusão do partido;

II) criação de novo partido;

inclusive contra a regra geral pela perda do mandato por aquele que se desfilia, pois os direitos constitucionais à ampla defesa e ao contraditório foram observados, bem como restou demonstrado que a métrica utilizada pelo TSE primou por assegurar o direito do parlamentar de não se ver privado de exercer sua convicção política, em consonância com o inciso VIII, do artigo 5º da Constituição<sup>139</sup>.

Ou seja, o direito subjetivo do cidadão em não se ver perseguido face suas escolhas políticas, ganhou dimensão objetiva no caso em análise, no qual o parlamentar poderia ter um direito fundamental político seu violado em casos nos quais o próprio partido político desvirtuasse de seu programa original, seja por meio de sua fusão, incorporação ou desmembramento, ou ainda, perseguisse de forma injusta o parlamentar.

Conclui-se do exposto que na problemática estudada neste trabalho averiguou-se a ocorrência da eficácia irradiante do direito fundamental de um indivíduo, no caso, um representante eleito, ser privado de seu direito de exercer o mandato por motivo de crença política.

Esta situação trata-se apenas de um caso a título exemplificativo da eficácia pungente dos direitos fundamentais. Um exemplo, aliás, simbólico e singelo ante a magnitude que os direitos fundamentais tem exercido na nova conformação do ordenamento jurídico brasileiro.

Passa-se, na sequência, ao estudo do Estado Constitucional Aberto, que é o modelo de Estado Constitucional influenciado pela doutrina da sociedade aberta de Peter Häberle.

---

III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

IV) grave discriminação pessoal.”

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n.º 22.610, de 25 de outubro de 2007*. Disciplina o processo de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária. Disponível em: <[http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade\\_partidaria/res22610.pdf](http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade_partidaria/res22610.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2014.

<sup>139</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 30 set. 2014.

## 1.4 Estado Constitucional e Peter Häberle

A doutrina de Peter Häberle tem hoje uma grande influência sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>140</sup>.

Não por menos, segundo Gilmar Ferreira Mendes, a própria concepção de constituição para Häberle encontra-se longe de ser “uma simples detonação que começa do zero”, enquadrando-se mais a Constituição escrita como

“ordem-quadro da República, uma lei necessária mas fragmentária, indeterminada e carecida de interpretação, do que decorre, por outro lado, que a verdadeira Constituição será o resultado – sempre temporário e historicamente condicionado – de um processo de interpretação conduzido à luz da publicidade”<sup>141</sup>.

Dessa forma, ainda segundo Mendes, seria a Constituição um processo público, plural, de alternativas e dotada de uma pluralidade de intérpretes e de força normativa<sup>142</sup>.

Conforme Carlos Henrique Ramos, Häberle costuma ser identificado como um dos principais representantes do método de interpretação tópico-problemático, designada como a técnica do pensamento problemático<sup>143</sup>, vez que é a Constituição considerada, modernamente, um sistema aberto de regras e princípios, que acolhe, portanto, distintas interpretações<sup>144</sup>.

Por conseguinte, o cerne do trabalho de Peter Häberle é propor uma metodologia alternativa àquela adotada tradicionalmente pelo Direito Constitucional, centrada em procedimentos formalizados, ou seja, considerada fechada<sup>145</sup>. Para o próprio Häberle, esta metodologia fechada advinda de uma sociedade fechada de intérpretes é reduzida vez que o círculo de intérpretes se concentra nos juízes e em procedimentos formalizados<sup>146</sup>.

<sup>140</sup> MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009, p. 1.

<sup>141</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156.

<sup>142</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156.

<sup>143</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 166.

<sup>144</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986. p. 1033.

<sup>145</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 166.

<sup>146</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 12.

Dessa maneira, em apertada síntese, segundo Häberle, a Constituição e

“a interpretação constitucional republicana aconteceriam numa sociedade pluralista e aberta, como obra de todos os participantes, em momentos de diálogo e de conflito, de continuidade e de descontinuidade, de tese e de antítese. Só assim, entendida como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, a Carta Política será também uma Constituição aberta, de uma sociedade aberta e verdadeiramente democrática”<sup>147</sup>.

Assim, o modelo de constituição e de interpretação de Häberle foge do clássico positivismo e dogmatismo jurídico, culminando em um modelo de ordenamento jurídico permeável por novos valores, adequado a sociedades pluralistas, cabendo à interpretação constitucional atuar construtivamente, pela influência das novas experiências sociais. Ou seja, deveria a constituição ser interpretada de acordo com a realidade social dentro da qual está inserida<sup>148</sup>.

Isto quer dizer que não há norma jurídica senão norma interpretada. Dessa forma, “toda lei passa a ter uma duração temporal limitada, tendo em vista que a norma original, quando confrontada com novas experiências transforma-se necessariamente em outra”<sup>149</sup>.

Por conseguinte, interpretar uma norma é adequá-la e integrá-la na realidade pública. Esta relação dialética entre Constituição e realidade motiva o trabalho de Häberle de tal forma que constrói este um instrumental teórico apto a lidar com este suposto conflito.

Para tanto, Peter Häberle edifica suas ideias de forma a legitimar a atividade de interpretação da Constituição, legitimidade esta que deve ser democrática, ou seja, partir da participação de forças pluralistas da sociedade neste procedimento interpretativo. Para Häberle, os métodos de interpretação devem voltar-se ao atendimento do interesse público e do bem-estar geral e, portanto, é de fundamental importância o estudo de uma teoria que insira estes agentes conformadores da realidade constitucional<sup>150</sup>.

Vê-se, pois, que para Häberle não haveria um elenco fixo ou *numerus clausus* de intérpretes da constituição. Quer dizer, Häberle amplia o rol de interpretes da

<sup>147</sup> HÄBERLE, 1997 apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51-52.

<sup>148</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 166.

<sup>149</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 166.

<sup>150</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 12.

constituição, não devendo jamais ser este rol taxativo, eis que “os critérios de interpretação hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”<sup>151</sup>.

Segundo Carlos Henrique Ramos,

“esta inquietação é que levou o mesmo (Häberle) a desenvolver o conceito de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, segundo o qual, todas as potências públicas (cidadãos, grupos de interesse, a opinião pública etc.) devem participar ativamente da construção e da atualização do sentido da Carta, atuando, ao menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional”<sup>152</sup>.

Portanto, a ampliação de intérpretes da Constituição reflete nada além da imperiosa necessidade de integrar no processo interpretativo tanto a Constituição como a realidade social na qual está inserida.

Tem-se também que a participação no processo constitucional passa a configurar parte do direito de participação democrática e que a legitimação da jurisdição constitucional deve ser permeada pela participação da sociedade nas tarefas interpretativas, culminando ainda na tomada de decisões<sup>153</sup>.

Ou seja, a legitimação da jurisdição advém da

“influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão, não se tratando de um aprendizado dos participantes, mas de um aprendizado por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes”<sup>154</sup>.

Averigua-se, pois, para Häberle, a consolidação do genérico conceito de povo como agente conformador do ordenamento jurídico. Canotilho explica, neste sentido, em remissão a Peter Häberle, que

“povo não significa uma entidade mítica, mas um complexo de forças políticas plurais; poder constituinte significa, assim, poder constituinte do povo. O povo, nas democracias actuais, concebe-se como uma grandeza pluralística, ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas, tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de “opiniões”, “vontades”,

<sup>151</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 13.

<sup>153</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 167.

<sup>153</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 168.

<sup>154</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 31-32.

“correntes” ou “sensibilidades” políticas nos momentos preconstituintes e nos procedimentos constituintes”<sup>155</sup>.

Luís Roberto Barroso, ao tratar da interpretação constitucional, também não deixa de mencionar Peter Häberle, explicando que a dogmática contemporânea já não mais se conforma com o modelo advindo do positivismo científico de separação absoluta entre sujeito da interpretação e objeto a ser interpretado. Assim, em que pese os juízes e tribunais serem os intérpretes finais da Constituição e das leis, não são eles os únicos a desempenharem tal tarefa, cabendo boa parte da interpretação e aplicação do Direito aos cidadãos ou órgãos estatais, desde que fora de situações contenciosas<sup>156</sup>.

A dilatação do rol de participantes no processo constitucional interpretativo é sintetizada de forma peculiar por Rafael Caiado Amaral ao explicar que deveríamos imaginar um funil para visualizarmos como o processo se desenvolve. Assim, a abertura superior do funil é a gama de interpretações de uma determinada matéria por diversos legitimados. Dessa maneira, conforme o processo se desenvolveria, a quantidade de interpretações também diminuiria. Assim, haveria um

“processo de liquidificação das interpretações”, pois algumas delas seriam reformuladas e outras se fundiriam, de forma que a Corte Constitucional é que seria a saída final do funil, vez que ela definiria a interpretação mais adequada da matéria naquele determinado momento”<sup>157</sup>.

Conclui Caiado, por meio da ousada comparação, que a entrada do funil, ou seja, “o rol ampliado de intérpretes é que possibilitaria ao juiz constitucional analisar, com maior substrato, o texto constitucional, o que lhe permitirá decidir de forma mais adequada e legítima”<sup>158</sup>. São trazidas ao processo constitucional, pois, as verdadeiras necessidades, o que enseja a ampliação das possibilidades de decisão face ao maior número de pontos de vistas, interpretações e vivências dos próprios intérpretes<sup>159</sup>.

Por óbvio, a visão de Häberle, em que pese ser admirada, não foge de ressalvas. A título exemplificativo, Canotilho apresenta postura crítica a obra de Häberle, no sentido de que entendida como processo, a Lei Fundamental evidencia um saldo negativo em

<sup>155</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 75.

<sup>156</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 333.

<sup>157</sup> AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 126.

<sup>158</sup> AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.p. 126.

<sup>159</sup> AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 126.

sua normatividade, pois a despeito da sociedade aberta e plural, vulnera-se a normatividade constitucional na política e na interpretação. Dessa maneira, se aproximariam a legiferação constituinte, ou seja, o ato de fazer leis, e a interpretação constitucional em si. Atividades estas que, obviamente, são claramente distintas<sup>160</sup>.

Fato é que as ressalvas não diminuem a importância da obra de Häberle em nível transnacional, com a consolidação do arcabouço do Estado Constitucional em novas democracias. Nacionalmente, os influxos da obra de Häberle são confirmados por Gilmar Mendes, que menciona, inclusive, que os pensamentos de Häberle têm sido incorporados com evidente vivacidade, seja no âmbito acadêmico, ou na forma de produção legislativa e na jurisprudência dos tribunais<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982. p. 112.

<sup>161</sup> O exemplo mais notório da incorporação da obra de Häberle no Brasil, conforme Gilmar Mendes, é a Lei nº. 9.868/99, que institucionalizou a figura do *amicus curiae*, que consiste na admissão pelo STF da manifestação de órgãos e entidades em questões constitucionais, que se encontrarem em debate na Corte. MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009.



## 2 O FENÔMENODAMUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

### 2.1 Palavras Iniciais

No presente capítulo tratar-se-á propriamente do fenômeno denominado mutação constitucional. Para tanto, inicialmente serão abordados o caráter dinâmico e estático das Constituições, de forma a esclarecer que a vocação das cartas constitucionais à permanência e à estabilidade, não significam, necessariamente, imutabilidade<sup>162</sup>. Na sequência, serão abordadas respectivamente o conceito, a origem, características e modalidades do fenômeno mutacional das constituições e, a ocorrência do fenômeno pela via interpretativa.

A mutação constitucional será abordada também à luz da teoria de Peter Häberle da “sociedade aberta dos intérpretes” na interpretação constitucional. Aqui, a título de esclarecimento, será apresentada a teoria da legitimidade de toda a sociedade na interpretação constitucional, que, deixa de ser atividade restrita tão somente aos intérpretes oficiais, para ser atividade de toda sociedade plural e multifacetada do mundo contemporâneo<sup>163</sup>.

### 2.2 O caráter estático e dinâmico da Constituição

Explica Uadi Lammêgo Bulos que “a vida constitucional dos Estados desenvolve-se perante dois elementos, aparentemente contraditórios: o estático e o dinâmico”<sup>164</sup>. O primeiro é elemento indispensável da segurança jurídica e evita a instabilidade institucional, ao passo que o segundo, possibilita a adaptação das constituições às demandas do progresso, da evolução e do bem-estar social.

Compete a James Bryce a criação da classificação “*rígida e flexível*”, costumeiramente atribuídas às constituições. Contudo, historicamente, as categorias tem

<sup>162</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 128.

<sup>163</sup> Neste ponto, é necessário destacar, que a distribuição dos tópicos e subtópicos do presente capítulo têm como base a distribuição feita no trabalho de Carolina Reis Jatobá Coêlho, intitulado “Mutação Constitucional: a Atuação da “Sociedade Aberta” Como Protagonista na Interpretação da Constituição Brasileira de 1988”. COÊLHO, Carolina Reis Jatobá; SILVA, Christine Oliveira Peter da. Mutação constitucional: a atuação da “sociedade aberta” como protagonista na interpretação da Constituição brasileira de 1988. *Direito Público*, Brasília, n. 38, p. 73-98, mar./ abr. 2011.

<sup>164</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 73.

origem mais remota, já sendo desenhadas as diferenças entre as normas ditas fundamentais e ordinárias desde Aristóteles<sup>165</sup>.

Para Bryce “rígida é a Constituição, somente suscetível de mudança por intermédio de um processo solene e complicado, bem mais específico e rigoroso do que aquele utilizado para modificar as leis em geral”<sup>166</sup>. Assim, as constituições rígidas estão acima das demais leis presentes em um determinado ordenamento jurídico, tendo também, maior autoridade, ou seja, são dotadas de supremacia formal no sistema de fontes<sup>167</sup>.

São, dessa maneira, características do legado da rigidez constitucional “a) dificultar o processo reformador da Constituição; b) assegurar a estabilidade constitucional; e c) resguardar os direitos e garantias fundamentais, mantendo estruturas e competências, com vistas à proteção das instituições”<sup>168</sup>.

Conforme explica Raul Machado Horta, “a permanência da Constituição é a ideia inspiradora do constitucionalismo moderno”<sup>169</sup>. Ou seja, idealizou-se o texto constitucional como documento com uma vocação perpétua. Para tanto, e para garantir a duração dos textos constitucionais, organizou-se no século XVIII um arrojado processo de defesa e proteção o qual tornava distante a hipótese de ocorrência das mutações, vez que para estas ocorressem, deveria-se ultrapassar as dificultosas regras de aprovação de emendas constitucionais<sup>170</sup>.

Ensina Carlos Henrique Ramos que os mencionados mecanismos de defesa desempenham a função de mitigar eventuais instabilidades, “tornando os processos de mudança sempre complexos e lentos”<sup>171</sup>.

São exemplos do exposto as Constituições Revolucionárias Francesas de 1791 e 1795, eis que somente permitiam o início do processo de revisão após anos de sua aprovação, o que evidencia a crença na permanência e na imutabilidade temporária. Por sua vez, a Constituição dos Estados Unidos de 1787, fruto de outro sistema jurídico,

<sup>165</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 73.

<sup>166</sup> BRYCE, James. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962. p. 9.

<sup>167</sup> BRYCE, James. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962. p. 9.

<sup>168</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 75.

<sup>169</sup> HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 115, jul./set. 1992, p. 1.

<sup>170</sup> HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 115, jul./set. 1992, p. 2.

<sup>171</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 127.

marcadamente dotado do pragmatismo anglo-saxônico, possui regras com efeitos mais práticos e comedidos para a técnica de emenda<sup>172</sup>.

Ademais, além da dificuldade de emendar as constituições modernas, estas

“introduziram mecanismos de proteção que propiciaram sua intangibilidade parcial, dado que algumas matérias são excluídas do âmbito de futuras deliberações majoritárias como forma de proteger o homem de suas próprias paixões (por meio das cláusulas pétreas). Isto porque muitas dessas Cartas foram fruto de movimentos revolucionários ou de rupturas institucionais e representaram a consolidação de diversas conquistas históricas, agora consideradas como fora do mercado de ideias”<sup>173</sup>.

Inclusive, menciona Celso Ribeiro Bastos que a própria distinção já explicitada entre Constituições rígidas e flexíveis

“não significa que existam, de um lado, Constituições imutáveis (hoje em dia já se toma por absurdo que um Texto Constitucional se pretenda perpétuo, quando se sabe que é destinado a regular a vida de uma sociedade em contínua mutação) e, de outro, Constituições mutáveis”<sup>174</sup>.

No mesmo sentido, conclui Anna Cândida da Cunha Ferraz, que “a Constituição de um Estado, por consubstanciar sua estrutura fundamental, presume-se estável. Estabilidade, todavia, não significa imutabilidade”<sup>175</sup>. Dessa maneira, explica Ferraz, independente do tipo de ordenamento constitucional, a relação entre estabilidade e mudança, ou entre a estática e a dinâmica constitucional se apresentará<sup>176</sup>.

Ou seja: as constituições não são eternas, não podendo uma geração impor seus valores às subsequentes, de forma que “os mortos não podem governar os vivos”<sup>177</sup>.

Dessa maneira, a eficácia das Constituições reside em sua aptidão de incorporar a mudança social e de se manter em consonância com os valores sociais, cada vez mais sujeitos a conversões nas sociedades contemporâneas<sup>178</sup>.

<sup>172</sup> HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 115, jul./set. 1992, p.3.

<sup>173</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 128.

<sup>174</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 51.

<sup>175</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 5.

<sup>176</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 5.

<sup>177</sup> Conforme Carlos Henrique Ramos, “tal afirmativa tornou-se célebre após o discurso de Jefferson, que defendia que a cada 19 anos deveria ser elaborada uma nova Constituição para os EUA, evitando-se, assim, um engessamento do poder de conformação das gerações futuras. Ideia similar foi incorporada pela Constituição Francesa de 1793, em seu art. 28: “um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter as suas leis às gerações futuras”. RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 129.

Luís Roberto Barroso sintetiza a relação entre estabilidade e mudança das constituições ao afirmar que, a vocação de permanência das Constituições decorre do fato de “idealmente, nelas terem abrigo as matérias que, por sua relevância e transcendência, devem ser preservadas da política ordinária”<sup>179</sup>. Completa Barroso, mencionando acerca do pensamento segundo o qual “os mortos não podem governar os vivos”, que

“é conhecida a veemência com que Thomas Jefferson e Thomas Paine se opunham aos privilégios reivindicados por uma geração sobre a outra, pelo fato de haver elaborado uma constituição. Paine ainda teria escrito em 1969, na obra *The rights of man*: “A vaidade e a presunção de governar para além do túmulo é a mais ridícula e insolente das tiranias”. ”<sup>180</sup>

Nesta toada, Georges Burdeau entende que a Constituição deve ser considerada como um instrumento que deve se manter vivo exatamente por explorar as possibilidades que não são oferecidas inicialmente aos governantes, e não como um monumento histórico intocável<sup>181</sup>.

É imprescindível que as Constituições estejam em consonância com a realidade fática que as circundam<sup>182</sup>, devendo ainda serem os vetores da concretização da Justiça ao imporem certos valores ao mundo dos fatos<sup>183</sup>, sem caírem em desprestígio e instabilidade. Isto evidencia a difícil tarefa hoje imposta aos textos constitucionais eis que

<sup>178</sup> SBROGIO GALIA, Susana. *Mutações constitucionais e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 38.

<sup>179</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 123.

<sup>180</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 123.

<sup>181</sup> BURDEAU, 1969 apud RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013.

<sup>182</sup> Por óbvio, isto não significa dizer que deve-se cair em um estado de indiferença ao destino Constituição ou de desestima constitucional, movimentos estes que se deram face as ideias de Ferdinand Lassale no século XIX, em decorrência da conferência que deu origem a obra “Essência da Constituição”. Esta propunha ser a constituição escrita nada mais que uma singela “folha de papel” advinda da comunhão dos fatores reais de poder do soberano, da nobreza e dos detentores do poder econômico. Aqui, é conveniente destacar que o fenômeno da indiferença se deu após a crítica sociológica de Lassale à concepção jurídico-formal da Constituição, que opunha a Constituição escrita à Constituição real. Esta última seria a correlação das forças reais do País, ao passo que a Constituição escrita, nada mais seria que a “folha de papel”, a qual nada mais seria objetos dos fragmentos de poder dotados de força decisória. Assim, não seria mais a Constituição que institucionalizaria o poder, mas o poder, por meio de seus fragmentos - advindos do soberano, da nobreza, dos banqueiros, dos grandes produtores - que dominariam a elaboração da Constituição. Bastaria suficiente projetar os fragmentos de poder em uma folha de papel, para que surgisse uma Constituição escrita. Conclui Raul Horta que “a indiferença a esta Constituição a tornaria alvo frequente das arremetidas do poder fático, desfazendo a Lei Suprema na “folha de papel” a serviço dos interesses mutáveis dos fragmentos de poder”. HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 115, jul./set. 1992, p. 3.

<sup>183</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 129.

devem coadunar realidade em sua redação, sem contudo, serem a mera “folha de papel” de Lassale, sujeita aos auspícios do poder.

Fato é que

“a modificação das Constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de de efectividade que as tem de marcar. Mais do que modificáveis, as Constituições são modificadas. Ou, doutro prisma: nenhuma Constituição se esgota num momento único – o da sua criação; enquanto dura, qualquer Constituição resolve-se num processo – o da sua aplicação – no qual intervêm todas as participantes da vida constitucional. O que variam vêm a ser, naturalmente, a frequência, a extensão e os modos como se expressam as modificações. Uma maior plasticidade interna da Constituição pode ser condição de maior perdurabilidade e de sujeição a modificações menos extensas e menos graves, mas o factor decisivo não é esse: é a estabilidade ou a instabilidade política e social dominante no país, é o grau de institucionalização da vida colectiva que nele se verifica, é a cultura político-constitucional, é a capacidade de evolução do regime político”<sup>184</sup>.

Ante o exposto, Carolina Coêlho e Christine Peter sintetizam que são características da Constituição Federal de 1988 o carácter pluralista, programático e analítico. E, justamente, em decorrência dessas facetas o estudo do fenômeno da mutação constitucional é um fenômeno indispensável à leitura do texto constitucional de 1988, “pois permite que ela seja sempre renovada à luz da evolução social”<sup>185</sup>.

Dessa maneira, ainda que a vocação das cartas constitucionais, como explicado, seja pela permanência, como forma de garantia da segurança jurídica, esta rigidez deve ser sopesada. Isto se faz necessário, justamente com a finalidade de regenerar a Constituição, retirando dela normas fora do contexto social, político e jurídico, e aditando normas que revigorem o texto, sempre conservando-a, contudo, em sua essência<sup>186</sup>.

Como se observa, não persiste hoje a ideia, que vigorou por muito tempo de uma fé inabalável da Constituição, vez que em determinado momento concluiu-se que havia um impasse a respeito de um método apto a conformar a estabilidade e a elasticidade da Constituição<sup>187</sup>.

<sup>184</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 2. p. 131.

<sup>185</sup> COELHO, Carolina Reis Jatobá; SILVA, Christine Oliveira Peter da. Mutações constitucionais: a atuação da “sociedade aberta” como protagonista na interpretação da Constituição brasileira de 1988. *Direito Público*, Brasília, n. 38, p. 73-98, mar./ abr. 2011, p. 74.

<sup>186</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 203.

<sup>187</sup> DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Oñati: IVAP, 1998. p. 24.

Em síntese, a conciliação entre dinamicidade e estabilidade é que dará o tom das constituições duradouras<sup>188</sup>. Além disso, deve subsistir também uma opção pelo equilíbrio, vez que devem ser os textos constitucionais, simultaneamente, estáveis e flexíveis a conjuntura social, de maneira tal que não seja imposta uma “lei esclerosada” como lei suprema<sup>189</sup>.

Em vista disso, deve-se considerar que carregam as constituições em sua genética atual o fato de serem como organismos vivos, sujeitas a alterações, assim como a própria vida<sup>190</sup>. São ainda submetidas a dinâmica da realidade e não sujeitas a fórmulas fixas, o que reflete que os textos constitucionais e o constitucionalismo moderno, de forma geral, caminham em paralelo com os efeitos impostos pela globalização. Esta impõe a aceleração da vida, das relações de maneira geral e, principalmente, das comunicações. Dessa forma, porque um corpo dinâmico como as constituições não estariam sujeitas a globalização se a própria realidade está conformada por ela?

Eis o motivo pelo qual o fenômeno da mutação constitucional se apresenta relevante para o constitucionalismo contemporâneo, vez que tanto o fenômeno mutacional quanto a globalização decorrem de uma aceleração na velocidade da mudança da realidade fática. Conforme mencionam Carolina Jatobá e Christine Peter

“a Constituição não deve representar somente o conceito de que é fonte de garantias imutáveis e de direitos fixos, bem como estruturas político-sociais rígidas. Muito além do conceito, parece que hodiernamente também lhe cabe o papel de conferir forma à realidade social, adequando-a aos preceitos e princípios de seu texto. E executa tal atividade diante da possibilidade de alteração de sentido da norma sem que necessariamente haja modificação do próprio texto”<sup>191</sup>.

No que concerne aos propósitos deste trabalho, que ao tratar da questão da (in)fidelidade partidária, nada mais faz que tratar de uma viragem ocorrida na jurisprudência, depreende-se que

“mesmo sem abrir mão dos valores da estabilidade e da segurança jurídica, que lhe são congêntos, o Direito pode alcançar o ideal – preconizado por

<sup>188</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 127.

<sup>189</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Revisão constitucional. *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*, Recife, 1994. p. 4.

<sup>190</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. 2. Ed. Barcelona: Ariel, 1976.

<sup>191</sup> COÊLHO, Carolina Reis Jatobá; SILVA, Christine Oliveira Peter da. Mutação constitucional: a atuação da “sociedade aberta” como protagonista na interpretação da Constituição brasileira de 1988. *Direito Público*, Brasília, n. 38, p. 73-98, mar./ abr. 2011, p. 78.

Miguel Reale -, de ser estável sem ser estático e dinâmico sem ser frenético”<sup>192</sup>.

Dessa maneira, as viragens jurisprudenciais, como resultado do fenômeno mutacional, nada mais fazem que elucidar o equilíbrio e conciliação que se demanda entre a realidade que circunda a norma e a própria norma. Mais a frente, ao se analisar o pensamento de Peter Häberle, se averiguará, que a atividade do intérprete é o cerne da própria norma, vez que a interpretação levada a cabo por uma sociedade aberta de intérpretes é o que dá vida à norma constitucional.

## 2.3 Mutação Constitucional

### 2.3.1 Conceito

Tradicionalmente a expressão mutação é utilizada no campo da biologia, mais especificadamente na genética. Neste sentido, Robert Campbell define mutação como “aquele tipo de variação, na constituição biológica dos membros individuais de uma espécie, que é o resultado de uma mudança permanente em seu equipamento idioplásmico”<sup>193</sup>.

Passando para o sentido comumente encontrado nos dicionários de língua portuguesa, mutação explicita a ideia de “mudança, alteração, substituição, volubilidade, inconstância, mudança de cenários nos teatros”<sup>194</sup>, conforme Silveira Bueno.

Não menos importante é a associação de Fritjof Capra de mutação a uma transformação do mundo e da consciência humana<sup>195</sup>.

No que interessa ao Direito Constitucional, mutação, segundo Uadi Lammêgo Bulos, há de ser encarada dentro da visão proposta por Laband. Entendeu este que uma Constituição poderia ser modificada, independentemente de reformas, permanecendo intacta a letra de suas normas<sup>196</sup>. Segundo Bulos, Laband

“utilizou a terminologia *verfassungswandlung*, que significa mutação constitucional, porque queria aduzir às mudanças informais que transcorriam

<sup>192</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156.

<sup>193</sup> CAMPBELL, Robert J. *Dicionário de psiquiatria*. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 715.

<sup>194</sup> BUENO, Francisco Silveira. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 8 ed. Rio de Janeiro: MEC, 1973. p. 896.

<sup>195</sup> CAPRA, Fritjof. *Ponto de Mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982.

<sup>196</sup> LABAND, 1985 apud BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 60.

à margem da técnica da reforma, a qual já era conhecida pela expressão *verfassungänderung*.<sup>197</sup>”

Conclui Uadi Bulos que quanto a expressão mutação, não lhe resta maiores dúvidas, que se trata, assim, de determinadas mudanças que atribuem novos sentidos às normas constitucionais, sem deformar-lhes a letra e o conteúdo<sup>198</sup>.

A definição utilizada oficialmente por Bulos de mutação constitucional é aquela que designa “o fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas”<sup>199</sup>.

“Assim, denomina-se mutação constitucional 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”<sup>200</sup>.

A fim de designar um conceito clássico, adota-se o de Canotilho, para o qual consiste o fenômeno mutacional na “revisão do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem que haja alteração do texto formal”<sup>201</sup>.

Nacionalmente, Anna Candida da Cunha Ferraz conceitua mutação constitucional em oposição a reforma constitucional. Assim, consistem as mutações “na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais”<sup>202</sup>.

García Pelayo e Pablo Lucas Verdú esclarecem que “mutação constitucional é a separação entre o preceito constitucional e a realidade”, sendo “a realidade constitucional mais ampla do que a normatividade constitucional”<sup>203</sup>.

Em sentido semelhante, Hsü Dau-Lin trabalha com a noção de que “mutação constitucional representa a problemática produzida pela tensão entre as normas e a realidade constitucional (Constituição escrita *versus* Constituição real)” e ainda esclarece que

<sup>197</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 60.

<sup>198</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 60.

<sup>199</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 54.

<sup>200</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 57.

<sup>201</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>202</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.

<sup>203</sup> GARCIA-PELAYO, 1984 apud RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 132.



a mutação é uma “relação incorreta ou desequilibrada entre as normas e a realidade no campo do direito constitucional”<sup>204</sup>.

Konrad Hesse explica com propriedade e, na mesma toada de Anna Candida Ferraz, que

“A revisão constitucional deve ser diferenciada da "mutação constitucional" (*verfassungswandel*), que não afeta o texto como tal - que permanece inalterado -, mas a concretização do conteúdo das normas constitucionais, as mesmas podem levar a resultados diferentes antes de alterar os pressupostos operando nesse sentido uma "mutação”<sup>205</sup>.

Peter Häberle, discípulo de Hesse, e cuja teoria norteia o presente trabalho, em que pese não ter tratado de maneira individualizada do conceito de mutação constitucional<sup>206</sup> o tratou, contudo, no contexto da interpretação constitucional. Neste sentido, ao tratar do pensamento de Häberle no Supremo Tribunal Federal, expõe Gilmar Mendes que “retira-se da obra de Peter Häberle a observação segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada” e que, portanto, “toda lei interpretada é uma lei com duração temporal limitada”<sup>207</sup>.

“Em outras palavras, a norma confrontada com novas experiências, transforma-se necessariamente em uma outra norma. Essa reflexão e a ideia segundo a qual a hermenêutica nada mais é que um procedimento historicamente situado autorizam Häberle a realçar que uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de *mutação constitucional* como categoria autônoma”<sup>208</sup>.

Ante o exposto, averigua-se as diversas concepções atribuídas ao fenômeno da mutação constitucional. Fato é que o presente trabalho não busca esgotar todos os conceitos possíveis do fenômeno. Buscaram-se assim as apreciações úteis a construção de um

<sup>204</sup> DAU-LIN, 1998 apud RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 143.

<sup>205</sup> “La revisión constitucional debe ser diferenciada de la “mutación constitucional” (*verfassungswandel*), que no afecta al texto como tal – el cual permanece inmodificado – sino a la concretización del contenido de las normas constitucionales, las mismas pueden conducir a resultados distintos antes supuestos cambiantes operando em este sentido uma “mutación”. HESSE, 1992 apud BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 60.

<sup>206</sup> Explica Carlos Henrique Ramos que Peter Häberle não demonstrou, em seu trabalho, uma preocupação metódica quanto aos limites das mutações em relação ao texto constitucional, como Hesse e Müller (assim como Häberle, Müller também é discípulo de Hesse), mas que nem por isso ele deixou de contribuir com o tema, vez que assentou que a interpretação pluralista da Constituição é elemento fundamental para a acomodação do processo de mutação constitucional. RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 172.

<sup>207</sup> MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009, p. 16.

<sup>208</sup> MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009, p. 16.

conceito apropriado para discutir o problema posto, qual seja, o da mutação operada pelo STF, quanto ao instituto da fidelidade partidária .

Há, por fim, em contrapartida com o exposto, os que consideram as mutações constitucionais como falseamentos da constituição e, por isso, destituídas de qualquer valor jurídico<sup>209</sup>, ponto este tradicionalmente adotado pela doutrina francesa, especialmente por Maurice Hauriou; e os que não estejam muito contentes com a atual conformação do fenômeno no Supremo Tribunal Federal, como Lênio Streck, ao afirmar que

“Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia”<sup>210</sup>.

Na sequência, estudar-se-á como se deu o surgimento doutrinário da expressão mutação constitucional, ou seja, como se desenvolveu sua decantação terminológica na história do constitucionalismo.

### 2.3.2 Origem

No que diz respeito à origem do fenômeno das mutações constitucionais, inicialmente, foi ele averiguado como prática por estudiosos que perceberam que as constituições sofriam mudanças que não decorriam da atuação formal do poder constituinte derivado<sup>211</sup>. Assim, explica Uadi Lammêgo Bulos que

“certamente, foi a doutrina alemã quem primeiro detectou o problema, ao notar que a Constituição de 1871 sofria, frequentemente, mudanças quanto ao funcionamento das instituições do Reich – mudanças estas que ocorriam sem reformas constitucionais”<sup>212</sup>.

No contexto alemão, comumente é atribuído a Paul Laband o pioneirismo no estudo do tema, na obra *Wandlung der Deutschen Reichsverfassung* (“Mutações da Constituição Alemã”), de 1895. Aqui, averiguou Laband que a Constituição era alterada sem

<sup>209</sup> HAURIU, 1927 apud RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013.

<sup>210</sup> STRECK, Lenio Luiz. et al. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Argumenta: revista do programa de mestrado em ciência jurídica da fundinopi, Jacarezinho*, n.7, p. 45-68, jan./dez. 2007, p. 21.

<sup>211</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 422.

<sup>212</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 54.

o processo típico de reforma constitucional, tendo proposto o autor a distinção entre as expressões “reforma constitucional” e a mutação constitucional<sup>213</sup>.

Na sequência, Georg Jellinek tentou um enfrentamento teórico sobre o tema com a obra de 1906<sup>214</sup>. Contudo, tanto Laband quanto Jellinek, segundo Hsü Dau-Lin, não obtiveram êxito em aprofundar o estudo da natureza das mutações constitucionais, eis que o tratamento conferido era excessivamente formalista, tendo o tema sido manejado mais literária que juridicamente<sup>215</sup>. Assim, coube a ambos os autores tão somente a identificação da ocorrência das mutações, tendo eles adotado uma postura de perplexidade perante o fenômeno<sup>216</sup>.

Confirmam esta tese os professores Artur J. Jacobson e Bernhard Schlink ao mencionarem que a obra de Jellinek é ainda permeada pelo dualismo metodológico positivismo legalismo/positivismo sociológico. Dessa maneira, a tese das mutações não tem um tratamento normativo por Jellinek, eis que não houve o reconhecimento das “influências das realidades sociais do direito”<sup>217</sup>.

Rudolf Smend, em obra clássica de 1928<sup>218</sup>, tenta superar o positivismo dominante, debatendo o autor acerca da estática e da dinâmica constitucional, encarando, assim, a constituição como uma realidade integrante. Smend ainda compreendeu o direito constitucional como o produto cultural de uma época, substituindo uma análise positivista estritamente jurídica pelo método científico-espiritual. Logrou ainda originalidade à obra Smend, o fato deste inserir os direitos fundamentais no processo de integração, enquanto elemento material<sup>219</sup>. Justamente por valorizar os aspectos materiais da carta constitucional, em detrimento dos aspectos formais, acabou por dar peso à significação e importância das mutações<sup>220</sup>.

<sup>213</sup> KUBLICAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 70.

<sup>214</sup> *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*. Berlin, 1906.

<sup>215</sup> DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Oñati: IVAP, 1998, p. 24.

<sup>216</sup> URRUTIA, 2000 apud RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013.

<sup>217</sup> JACOBSON, SCHLINK, 2000 apud STRECK, Lenio Luiz. et al. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Argumenta: revista do programa de mestrado em ciência jurídica da fundinopi, Jacarezinho*, n.7, p. 45-68, jan./dez. 2007.

<sup>218</sup> SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

<sup>219</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 139-142.

<sup>220</sup> ZIMMERMAN, 1998 apud RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013.

Hermann Heller, nas primeiras décadas do século XX, também trata as mutações constitucionais fora das amarras formalistas e positivistas, já concebendo a constituição como ente dinâmico<sup>221</sup>, defendendo que “a mutação constitui forma de modificação das normas constitucionais por meio de princípios ou da superação de elementos já normatizados pela realidade”<sup>222</sup>.

Por sua vez, Hsü Dau-Lin, aproximadamente em 1932, tratou as mutações como representativas da problemática produzida pela tensão entre normas e a realidade constitucional, ou seja, haveria um conflito entre Constituição escrita e Constituição Real<sup>223</sup>. Dau-Lin ainda associa a ocorrência do fenômeno tão somente às constituições escritas e rígidas, tendo sido o primeiro a intentar um esforço de sistematização do tema<sup>224</sup>, mesmo ainda tomando como premissa haver uma relação de desequilíbrio entre norma e realidade no campo do direito constitucional<sup>225</sup>.

Segundo Lênio Streck,

“mesmo Hsü Dau-Lin não leva em conta aquilo que é central para o pós-segunda guerra e em especial para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade: o caráter princiológico do direito e a exigência de integridade que este direito democrático expõe, muito embora, registre-se Lin tenha sido discípulo de Rudolf Smend, um dos primeiros a falar em princípios e espécie de fundador da doutrina constitucional alemã pós-segunda guerra”<sup>226</sup>.

São ainda estudiosos do tema, pertencentes a doutrina alemã, autores como Haug, Franz Klein, Häberle, Fiedler, Maunz-Dürig-Herzog, H. Krüger, Heydte, Peter Lerche, tomuschat, Scheuner, Rudolf Smend, Bilfinger, Hennis, Friedrich Müller, Hans Kelsen e Konrad Hesse<sup>227</sup>.

Dau-Lin, por seu turno, ainda dica como sistematizadores das mutações os já mencionados Laband, Jellinek, Smend, assim como Brince e Hildsheimer<sup>228</sup>. Como

<sup>221</sup> VECCHI, 2005 apud RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013.

<sup>222</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 138.

<sup>223</sup> DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Oñati: IVAP, 1998. p. 30.

<sup>224</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 143.

<sup>225</sup> URRUTIA, 2000 apud RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 143.

<sup>226</sup> STRECK, Lênio Luiz. et al. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Argumenta: revista do programa de mestrado em ciência jurídica da fundinopi, Jacarezinho*, n.7, p. 45-68, jan./dez. 2007, p. 21.

<sup>227</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 57.

<sup>228</sup> DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Oñati: IVAP, 1998. p. 32.

estudiosos do tema já no século XX, Bulos menciona, Karl Loewenstein, Manuel García Pelayo e Paolo Biscaretti Di Ruffia<sup>229</sup>.

Em que pese não ser objeto deste trabalho, devido às características de rigidez e síntese constitucional, cabe destacar como expoentes da temática mutacional nos Estados-Unidos, a partir da década de 90, Bruce Ackerman, Stephen Griffin, Mark Tushnet e Sunstein<sup>230</sup>.

No que concerne à temática no Brasil, trataram de forma maneira pioneira e aprofundada as mutações, Uadi Lammêgo Bulos e Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>231</sup>.

### 2.3.3 Características, modalidades e mutações pela via interpretativa

Uadi Lammêgo Bulos, em sua obra clássica e pioneira sobre o fenômeno mutacional, considera que as mutações constitucionais:

“i) processam-se lentamente, embora a letra da Constituição permaneça imodificada; ii) são modificações que não geram deformações maliciosas; iii) não são subversões traumatizantes, daí serem constitucionais; iv) ocorrem de modo espontâneo, sem qualquer previsibilidade de quando irão ser vislumbradas e v) desenvolvem-se em momentos cronologicamente distintos, perante situações diferentes<sup>232</sup>”.

Quanto ao primeiro aspecto, o fato das mutações processarem-se lentamente, tem-se que não é algo pacífico entre os autores do tema. Dessa maneira, o aspecto temporal das mutações, sua lentidão ou não, encontra-se intimamente ligada a quarta característica enumerada, ou seja, ao modo espontâneo e imprevisível do fenômeno<sup>233</sup>. Assim, pode-se demandar um “certo período mais ou menos largo de tempo”<sup>234</sup> para que as mutações constitucionais ocorram.

Dentre os que seguem esta linha pela não unanimidade quanto a um lapso temporal determinado para as mutações está Konrad Hesse, que ressalta não haver

“um critério temporal definido para a configuração de uma mutação constitucional, uma vez que esta não possui qualquer relação necessária com

<sup>229</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 56.

<sup>230</sup> DUARTE, VIEIRA, 2005 apud COELHO, Carolina Reis Jatobá; SILVA, Christine Oliveira Peter da. Mutação constitucional: a atuação da “sociedade aberta” como protagonista na interpretação da Constituição brasileira de 1988. *Direito Público*, Brasília, n. 38, p. 73-98, mar./ abr. 2011.

<sup>231</sup> COELHO, Carolina Reis Jatobá; SILVA, Christine Oliveira Peter da. Mutação constitucional: a atuação da “sociedade aberta” como protagonista na interpretação da Constituição brasileira de 1988. *Direito Público*, Brasília, n. 38, p. 73-98, mar./ abr. 2011.

<sup>232</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 61.

<sup>233</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 62.

<sup>234</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 62.

o caráter mais ou menos remoto da entrada em vigor da Constituição, podendo produzir-se após muitos anos ou quase de imediato”<sup>235</sup>.

Ademais, Hesse considera ainda mais importante à mutação constitucional a consideração segundo a qual o novo sentido dado ao texto não passará despercebido pelo intérprete atento, bem como que devem ser excluídas as anotações sobre a duração e o caráter inconsciente do processo mutacional<sup>236</sup>.

Quanto a este primeiro aspecto, Bulos salienta ainda a natureza fática dos meios difusos de alteração constitucional, eis que estes possuem natureza informal, sendo assim mudanças de fato no ordenamento constitucional<sup>237</sup>.

No que concerne a segunda característica enumerada, segundo a qual são as mutações alterações que não geram alterações maliciosas, imperiosa se faz a lembrança a obra de Anna Candida da Cunha Ferraz.

Segundo a autora, em consonância com outros estudiosos do tema, como o próprio Uadi,

“a expressão mutação constitucional não é utilizada de maneira uniforme pela doutrina, abrigando, a um só tempo, dois tipos ou espécies diferentes de mutações: as que não violentam a Constituição, isto é, aquelas que, se confrontadas por qualquer meio de controle, particularmente pelo jurisdicional, não sofrerão a pecha de inconstitucionalidade, e as mutações inconstitucionais que contrariam a Constituição e que, num confronto com a Lei Fundamental, não devem subsistir”<sup>238</sup>.

Para Ferraz, distinguem-se as duas formas explicitadas de maneira que a expressão mutação constitucional é reservada tão somente a “todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la”<sup>239</sup>. As alterações que ultrapassam ou contrariam o sentido exposto pela norma seriam assim mutações inconstitucionais para a autora.

Ou seja, o fenômeno da mutação constitucional não visa gerar alterações maliciosas no texto Maior, eis que atua dentro dos limites estabelecidos pela norma.

<sup>235</sup> HESSE, 2009 apud RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 133.

<sup>236</sup> HESSE, 1992 apud RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013.

<sup>237</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 61.

<sup>238</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.

<sup>239</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 10.

Ainda dentro deste segundo aspecto, há de se salientar o caráter relativo a legitimidade para as mencionadas alterações semânticas. Ocorre que as *reformas constitucionais* são modificações estabelecidas no próprio texto constitucional, ou seja, são realizadas pelos poderes constituintes derivados formalmente instituídos, ao passo que as mutações constitucionais “são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado poder constituinte difuso, na feliz expressão de Burdeau”<sup>240 241</sup>.

Quanto a estes meios difusos cabe destacar que eles não seguem formalidades ou procedimentos expressos, ou seja, possuem natureza informal, sendo assim mudanças de fato que, por vezes, chegam até a passar despercebidas pelos intérpretes, sendo constatadas apenas *a posteriori*<sup>242</sup>.

Corroborando com as características expostas acima, a existência e peculiaridades do poder constituinte difuso, que é a via pela qual ocorrem as mutações constitucionais. Segundo Bulos, o poder constituinte difuso

“atua na etapa da mutação constitucional, sendo a força latente que altera, de modo informal, as constituições e atualiza e completa as manifestações constituintes originária e derivada”<sup>243</sup>.

Isto posto, tem-se que o poder constituinte difuso é um poder de fato - face seu estado de latência - e de natureza fática - advindo do fato social, político e econômico. É, pois, o poder constituinte difuso uma força que surge espontaneamente na vida constitucional dos Estados, tendo como características ínsitas o estado de latência, eis que se apresenta como um poder invisível; a permanência, porquanto não é menos real do que os poderes que atuam nas mudanças formais das constituições; a informalidade, visto que não tem previsão expressa pelos mecanismos instituídos pela ordem jurídica, não advindo do legislador constituinte; e o caráter de continuidade<sup>244</sup>.

<sup>240</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 10.

<sup>241</sup> Segundo Bulos “com base na lição de Georges Burdeau, segundo a qual há um *poder constituinte difuso* que, por não ser registrado pelos mecanismos constitucionais, não é menos real, seria viável a denominação *meios difusos*, para demarcar as mutações realizadas fora do exercício do instituído poder reformador”. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 58.

<sup>242</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 61.

<sup>243</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 421.

<sup>244</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 421-422.

Averigua-se, portanto, o caráter informal de todo o processo, que se inicia na própria sociedade. Neste sentido, é a mutação constitucional o instrumento pelo qual ocorre a mudança do significado sem a mudança do texto constitucional.

No que concerne às modalidades de mutações constitucionais é pacífico o entendimento de que não há apenas uma única maneira de se sistematizar ou classificar o fenômeno, havendo assim vários critérios levados em conta pelos autores<sup>245</sup>. Há, contudo, algumas classificações que se sobressaem em relação às demais, acabando por serem seguidas com mais veemência pelos autores.

Um dos primeiros esforços pela sistematização das mutações adveio de Hsü Dau-Lin, como já informado anteriormente, tendo como pressuposto que a mutação constitucional é “uma relação incorreta ou desequilibrada entre as normas e a realidade no campo do direito constitucional”<sup>246</sup>. Dessa maneira, considerou Dau-Lin as seguintes quatro classes de mutações: a) mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; b) mediante a impossibilidade de exercício de certos direitos estatuídos constitucionalmente; c) mediante uma prática estatal claramente contraditória com a Constituição e d) mediante interpretação da Constituição.

Bulos, neste ponto, informa que a classificação acima sugerida foi seguida por outros dois autores do tema: Pablo Lucas Verdú e Manuel García Pelayo<sup>247</sup>.

Outro sistematizador do fenômeno mutacional foi Paolo Biscaretti de Ruffia que agrupou as mutações em dois grupos diferentes e bem delimitados: no primeiro estariam as modificações decorrentes de atos emanados por órgãos de caráter normativo e de natureza jurisdicional e, no segundo ramo, estariam as mudanças decorrentes de fatos de caráter jurídico, como os costumes; de natureza político-social, como normas convencionais ou regras sociais de conduta correta frente à Carta Suprema; ou ainda, as práticas constitucionais<sup>248</sup>.

Conclui-se que esta classificação de Ruffia dá ênfase aos meios formais ou materiais pelos quais as mutações ocorrem, diferentemente da primeira que enfatiza a análise das mutações propriamente ditas em face de seu conteúdo.

---

<sup>245</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 63.

<sup>246</sup> DAU-LIN, 1998 apud RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 143.

<sup>247</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 63.

<sup>248</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 63.



Georg Jellinek, na mesma toada de Ruffia, realçou em sua sistematização que as mutações não decorrem tão somente da atividade legislativa, mas também por meio de práticas do Poder Judiciário, bem como parlamentares, administrativo-governamentais, incluindo o desuso de faculdades estatais<sup>249</sup>.

No Brasil, Anna Candida da Cunha Ferraz seguiu a classificação proposta por Ruffia, salientando a interpretação, usos e costumes constitucionais, eis que são processos informais de mudança da Constituição<sup>250</sup>. Por sua vez, e ainda na década de 1960, Milton Campos enumera entre os processos de mutação constitucional a complementação legislativa, a construção judiciária e o consenso costumeiro<sup>251</sup>.

Conclui Bulos que

“não existe consenso a respeito das modalidades pelas quais as constituições são modificadas através dos processos informais de mudança. Na realidade, não podemos enumerar, com a pretensão de esgotar a matéria, o rol de todas as hipóteses em que os dispositivos de uma Carta Suprema sofrem mutações no seu sentido, significado e alcance, sem mudar a forma prescrita pela manifestação constituinte originária. Isto porque, ao serem editadas, as constituições não têm a perfeição de refletir todas as crenças e todos os interesses em pugna. Eles derivam de um paralelogramo de forças políticas, econômicas, sociais, culturais etc., atuantes naquele determinado momento histórico. Daí englobarem compromissos antagônicos, vontades e suscetibilidades de variadíssima gama, o que não permite ao legislador prever todas as possíveis combinações de casos concretos, que a experiência cotidiana possa proporcionar”.<sup>252</sup>

Fato, contudo, que há de ser destacado, nesta revisão bibliográfica, quanto à morfologia das mutações constitucionais é a associação que praticamente todos os estudiosos do tema fazem entre as mutações constitucionais e a interpretação da Constituição<sup>253</sup>. Ou ainda, a mutação constitucional pela via interpretativa<sup>254</sup>, nas suas diversas modalidades e métodos<sup>255</sup>.

<sup>249</sup> JELLINEK, 1991 apud BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

<sup>250</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 63.

<sup>251</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 12.

<sup>252</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 65.

<sup>253</sup> Não constitui objeto específico do presente trabalho o esgotamento da discussão acerca da mutação constitucional pela via interpretativa. O assunto, em si, é de inesgotáveis desdobramentos face as suas inúmeras classificações e modalidades. Dessa maneira, será a denominada via interpretativa perpassada de maneira abrangente face a sua relevância para a temática da mutação dentro da problemática da fidelidade partidária, eis que foi pela via interpretativa que se deu a mutação quanto ao entendimento pela perda de mandato parlamentar.

<sup>254</sup> É importante salientar a ocorrência da mutação constitucional por outras vias, que não a interpretativa, como por exemplo pelos costumes e usos constitucionais. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais*

O ponto de partida da discussão é a compreensão da relação íntima existente entre mutação e interpretação. Na sequência, como bem esclarece Paulo Bonavides “interpretar a Constituição é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido; é, sobretudo atualizá-la”<sup>256</sup>.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, explicita que as modalidades de interpretação construtiva ou evolutiva<sup>257</sup> “não se confundem com a mutação constitucional operada por via interpretativa. Esta ocorre por força da modificação do sentido da norma em contraste com o entendimento preexistente”<sup>258</sup>.

Contudo, Carlos Henrique Ramos salienta o cuidado em não se confundir os conceitos, eis que é a mutação mais restrita e menos formal. Ramos ainda explica que o termo mutação não deve ser atribuído a qualquer mudança de sentido, mas tão somente aquelas mudanças estruturais do sistema, reflexo de câmbios de valores que impliquem maiores limitações democráticas à atuação judicial<sup>259</sup>. Ramos conclui que

“a interpretação é apenas um veículo, nunca a causa da mudança. Do contrário, tudo nos levaria a crer que o juiz (caso intérprete) poderia criar ou forjar uma mudança artificial por meio da técnica, violando o pano de fundo

---

*de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. Para Bulos, por sua vez, ainda há outros meios que podem ocasionar as mutações além da interpretação e dos costumes, a saber: as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias e, até mesmo, a influência dos grupos de pressão. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

<sup>255</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 71.

<sup>256</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 326.

<sup>257</sup> Segundo Luís Roberto Barroso, “a interpretação constitucional consiste na determinação do alcance e do sentido de uma norma constitucional, com vistas à sua aplicação. Esta aplicação pode ser direta ou indireta, dependendo do fato de a pretensão ser baseada em um dispositivo constitucional ou em uma norma infraconstitucional, caso em que a Constituição lhe servirá como parâmetro de validade e como orientação de sentido possível. No contexto do neoconstitucionalismo, em que as Cartas passam a se valer de cláusulas gerais, isto é, de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios orientadores do sistema, o intérprete é chamado a abandonar a posição passiva e atuar como coparticipante do processo de criação do direito, pois a plenitude de sentido dos enunciados normativos dependerá de uma atividade integrativa. Tal atividade, que consiste na realização de escolhas e valorações à luz do caso concreto, põe em relevo a função criativa do intérprete, expressando-se por intermédio das categorias da interpretação construtiva e da interpretação evolutiva. A primeira consiste na ampliação do sentido de uma norma constitucional com o intuito de criar uma nova figura ou hipótese de incidência antes não prevista. Já a interpretação evolutiva consiste na aplicação da Constituição a situações que não existiam ou que não foram antecipadas à época de sua promulgação, mas que podem ser enquadradas dentro das possibilidades semânticas do sistema constitucional, encontrando terreno fértil em Constituições programáticas, dado o caráter prospectivo e transformador de seus princípios a ser explorado pelo intérprete e aplicador do direito”. BARROSO, 2010 apud RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 221-222.

<sup>258</sup> BARROSO, 2010 apud RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 223.

<sup>259</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 223.

democrático da teoria. Note-se a sutileza da coordenação entre os elementos da distinção”<sup>260</sup>.

Anna Candida da Cunha Ferraz ainda desmembra as hipóteses de mutação constitucional pela via interpretativa, informando sua ocorrência nas seguintes hipóteses:

“a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica a interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há a adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional”<sup>261</sup>.

Ferraz ainda explica que a enumeração não é exaustiva, pois outros casos ainda podem refletir a mutação pela via interpretativa<sup>262</sup>.

Ante o exposto é digno de nota que a hodierna explanação acerca da via interpretativa nas mutações constitucionais é de fundamental importância para o presente trabalho, amparada na problemática da perda de mandato ante a ocorrência da desfiliação partidária. Tal afirmação justifica-se pela aproximação entre o contexto no qual ocorreu o giro jurisprudencial em consonância com duas das hipóteses elencadas por Anna Candida Ferraz, a título exemplificativo de enquadramento nas hipóteses apresentadas.

Tratou-se assim o caso de mutação constitucional analisado especificamente neste trabalho de hipótese de evolução da realidade constitucional (hipótese “c”), face a modificação da interpretação anteriormente dada ao tema e ao novo sentido atribuído a desfiliação partidária.

Uma segunda hipótese, dentre as elencadas por Ferraz seria a da adaptação do Texto Constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição (hipótese “d”), porquanto quando da exclusão da obrigatoriedade da fidelidade partidária via emenda em 1985, não imaginavam os legisladores o verdadeiro troca-troca partidária e fisiologismo político que se instalaria no País na primeira década democrática.

<sup>260</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 223.

<sup>261</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 59.

<sup>262</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 59.

## 2.4 A Mutação Constitucional pelos intérpretes em uma sociedade aberta e plural

No que concerne à temática da mutação constitucional, Peter Häberle faz leve menção ao assunto quando explica que o legislador além de criar uma parte da esfera pública e da realidade da Constituição, colocando acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais, também atua como elemento precursor da interpretação e do processo de mutação constitucional<sup>263</sup>.

Inocência Mártires Coelho, em clássico artigo dedicado às obras de Ferdinand Lassalle, Konrad Hesse e Peter Häberle<sup>264</sup>, expõe que Häberle, por intermédio de suas ideias de abertura à interpretação e ao pluralismo, assimila e racionaliza os fatores reais de poder de Lassalle<sup>265</sup>.

Contudo, a obra de Häberle não se deixa impregnar pelo determinismo sociológico de Lassalle, optando aquele por entender que a constituição jurídica se atualiza por meio da interpretação constitucional, e não pelas lutas políticas. Assim, por meio da interpretação, as constituições “recebem o tratamento hermenêutico que as transforma em energia geradora das saudáveis mutações constitucionais”<sup>266267</sup>.

Dessa forma, segundo Carlos Henrique Ramos, Häberle não evidencia em seus trabalhos uma preocupação sistemática de demonstrar os limites das mutações em relação ao texto constitucional, como Hesse e Muller<sup>268</sup>. Mas nem por isso, a obra de Häberle

<sup>263</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 27.

<sup>264</sup> COELHO, Inocência Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 77-90, 1998.

<sup>265</sup> Segundo Ramos, “em uma mirada mais ampla, é possível afirmar que Häberle procede a uma assimilação hermenêutico-procedimental dos fatores reais de poder de Lassalle (embora nunca os tenha abordado de modo expresso), tendo em vista que, embora conceda à jurisdição constitucional a última palavra sobre a interpretação, a abertura às novas forças produtoras de interpretação pode ser vista como uma “especificação ou determinação histórica” daquele núcleo essencial. Com isso, Häberle avançou em relação ao sociologismo extremo de Lassalle, que não havia encontrado saídas para o choque entre as Constituições jurídica e social”. RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 168.

<sup>266</sup> COELHO, Inocência Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 77-90, 1998. p. 34.

<sup>267</sup> Neste sentido, questiona Inocência Mártires: “Que significam, afinal, as chamadas mutações constitucionais? Nada mais nada menos que a expressão hermenêutica dos fatores reais de poder, vale dizer, das forças produtoras de novas leituras de um mesmo texto constitucional. Onde se assimilam os conflitos institucionais e se acolhem as mutações constitucionais deles decorrentes não resta espaço para erupções inconstitucionais”. COELHO, Inocência Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 77-90, 1998. p. 40.

<sup>268</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 172.

não traz contribuições valiosas à temática, vez que assenta, de maneira original, para a doutrina constitucionalista contemporânea,

“a) que a interpretação pluralista da Constituição é elemento fundamental para a acomodação do processo de mutação constitucional; b) e que o efetivo grau de participação popular no processo de fazimento das leis deve implicar uma maior contenção judicial quando da análise de mutações anteriormente sacramentadas pelo legislador democrático”<sup>269</sup>.

Este item “b” merece também destaque especial, porquanto constitui uma das facetas da já mencionada interdependência entre as funções de poder, que se constitui em um dos tripés do Estado Constitucional de Direitos Fundamentais (tópico 1.2.2). Assim, o próprio Häberle afirma que a tradicional “separação dos poderes” não deixa de ser um dos postulados do denominado Estado Constitucional.

O que se dá, na visão do autor, é a aquisição de um sentido social mais amplo, além das funções formalmente instituídas, que se relacionam com o Estado<sup>270</sup>. Ou seja, na perspectiva da sociedade pluralista e aberta de Häberle, a separação dos poderes busca incluir os variados participantes, de um rol jamais exaustivo, no processo interpretativo, vez que são estes legitimados pela atual conformação democrática.

Isto nada mais é que a concretização da interdependência entre os poderes, a forma dinâmica da tradicional “separação das funções de poder”, que ora chegarão ao equilíbrio pelo consenso, e ora pela tensão ou conflito, rumo a um Estado que prime pela concretude de direitos fundamentais<sup>271</sup>.

Carlos Henrique Ramos é enfático ao assinalar que, para Häberle, o Judiciário deve adotar uma postura mais contida (*self-restraint*) e de aceitação em relação ao produto da atividade legislativa, de acordo com o nível de debate público em torno de determinada matéria<sup>272</sup>. Dessa forma, se o debate de uma lei se deu de forma ampla e efetiva,

<sup>269</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 172.

<sup>270</sup> HÄBERLE, 2002 apud SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

<sup>271</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 44.

<sup>272</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 169.

a postura mais adequada do judiciário é a de *self-restraint*. De outra sorte, “um minus de efetiva participação deve levar a um plus de controle constitucional”<sup>273</sup>.

Assim, as efetivas formas de participação devem ser a métrica da intensidade do controle de constitucionalidade, vez que a participação popular no fazimento de leis representa indícios de sua constitucionalidade. Ou seja, se averigua a importância prática do pensamento haberliano na atuação jurisdicional constitucional<sup>274</sup>.

Fato é que “parâmetros nesses moldes operam de modo significativo para a construção dos limites democráticos a partir dos quais as mutações são sacramentadas pelo Judiciário”<sup>275</sup>.

Ao tratarem da intrincada correlação entre mutação constitucional, interdependência entre os poderes e a teoria de Häberle, Carolina Coêlho e Christine Peter expõem que

“a participação social, expressão da democracia, aqui é fundamental para a expressão da mutação constitucional, pois, se quem vive a norma é quem a interpreta, não existe mais a ideia de exclusividade sobre uma interpretação dos órgãos oficiais, nos quais se incluem o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, mas sim, juntamente com os intérpretes oficiais, se encontra a “sociedade aberta, plural e democrática” descrita por Häberle, que contribui de modo dinâmico para legitimar os sentidos normativos constitucionais”<sup>276</sup>.

No que diz respeito à problemática específica da fidelidade partidária, confrontou-se a norma constitucional - que nada previa - e a jurisprudência - que pugnava pela não perda de mandato parlamentar ante a ocorrência de saída dos quadros dos partidos - com a realidade social de alto fisiologismo político-partidário e, portanto, de comprometimento de todo processo democrático e de funcionamento parlamentar dos partidos<sup>277</sup>.

Este conjunto ensejou uma realidade na qual não mais poderia subsistir a manutenção de mandato pelo parlamentar infiel, razão pela qual o STF reviu seu

<sup>273</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 46.

<sup>274</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 168.

<sup>275</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 169.

<sup>276</sup> COELHO, Carolina Reis Jatobá; SILVA, Christine Oliveira Peter da. Mutação constitucional: a atuação da “sociedade aberta” como protagonista na interpretação da Constituição brasileira de 1988. *Direito Público*, Brasília, n. 38, p. 73-98, mar./ abr. 2011. p. 95.

<sup>277</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 905.

entendimento anterior, em consonância com a ideia de tempo expressa por Häberle, segundo o qual “tempo é a possibilidade de se introduzir mudança”<sup>278</sup>, ou ainda, “tempo nada mais é a dimensão na qual as mudanças se tornam possíveis e necessárias”<sup>279</sup>.

Assim, o que se viu no giro jurisprudencial acerca da fidelidade partidária foi nada mais que o reconhecimento e reafirmação do fenômeno da mutação constitucional “como a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo”<sup>280</sup>, expressões estas advindas, em grande parte da sociedade aberta dos intérpretes da constituição proposta por Peter Häberle.

---

<sup>278</sup> HÄBERLE, 1976 apud MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009.

<sup>279</sup> HÄBERLE, 1976 apud MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009.

<sup>280</sup> MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009. p. 21.

### **3 FIDELIDADE PARTIDÁRIA (MS nº. 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF) – MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO ADAPTAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO À REALIDADE**

#### **3.1 Conceitos úteis: partidos políticos, mandato representativo e fidelidade partidária**

Inicialmente, faz-se imperioso mencionar que são os partidos políticos

“associações de pessoas com uma ideologia ou interesses comuns, que, mediante uma organização estável, miram exercer influência sobre a determinação da orientação política do país”<sup>281</sup>.

Como menciona Maurice Duverger, as mencionadas agremiações tiveram origem da criação de grupos parlamentares; secundariamente, da aparição de comitês eleitorais; e, finalmente, da ligação permanente entre esses dois elementos<sup>282</sup>.

Com a universalização do sufrágio, foram, assim, os partidos políticos firmando-se como instituições políticas indispensáveis na Estrutura do Estado contemporâneo, eis que o sufrágio universal demandava entidades permanentes que organizassem e coordenassem a vontade popular<sup>283</sup>.

No que diz respeito à tipologia dos mandatos, tem-se que atualmente

“o mandato se diz político-representativo porque constitui uma situação jurídico-política com base na qual alguém, designado por via eleitoral, desempenha uma função política na democracia representativa”<sup>284</sup>.

O mandato representativo é, portanto, a forma de mandato que representa criação do Estado Liberal burguês, não havendo vinculação entre representantes e representados. Ou seja, possui o mandato representativo as características de ser geral, livre e, em princípio, irrevogável, não admitindo ratificação dos mandatários<sup>285</sup>.

O mandato representativo opõe-se ainda às formas de mandato de direito privado - no qual o outorgante confere ao outorgado poderes para realizar atos em seu nome, nos termos da procuração – e do mandato imperativo, que vigorou antes da Revolução

<sup>281</sup> VIRGA, 1947 apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 397.

<sup>282</sup> DUVERGER, Maurice. *Los Partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 16.

<sup>283</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 398.

<sup>284</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 140.

<sup>285</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 140.



Francesa e que impunha uma vinculação entre os titulares e seus eleitores, de maneira que aqueles tinham que seguir as orientações dos eleitores. Neste último caso, se se averiguasse o descumprimento das orientações, a representação era cassada, sendo característica, portanto, do mandato imperativo, a revogabilidade<sup>286</sup>.

José Afonso da Silva, inicialmente, vê que no mandato representativo há muito de ficção, porquanto a representação não passa de simples técnica de formação dos órgãos governamentais, havendo, na realidade, um mito de identidade entre povo e representante popular. Contudo, Silva salienta que, com a evolução do processo político, elementos foram incorporados a democracia representativa que acabaram por estreitar a relação entre mandatário e povo. Dentre estes elementos incluem-se os partidos políticos que, conjuntamente a outros elementos, como a imprensa livre, as comunidades de base, as associações e os sindicatos, conformam a opinião pública, que passaram a exercer influxo direto sobre a atuação dos representantes eleitos<sup>287</sup>.

Dessa forma,

“o sistema de partidos políticos tende a dar feição imperativa ao mandato político, na medida em que os representantes partidários estejam comprometidos com o cumprimento de programas e diretrizes de sua agremiação. É claro que essa natureza de mandato imperativo, em função da orientação do partido, se tornará, cada vez mais uma vinculação do povo, na proporção em que os partidos se façam mais democráticos, com seus órgãos dependentes de mais ampla vontade de seus filiados”<sup>288</sup>.

Por sua vez, o instituto comumente designado por “fidelidade partidária” pode ser definido como o

“compromisso que o representante político assume em respeitar as deliberações democraticamente aprovadas pelo seu partido e de se manter fiel ao partido enquanto estiver no exercício do mandato, tanto na esfera do Poder Executivo quanto na do Poder Legislativo”<sup>289</sup>.

Clémerson Merlin Cléve, cuja primeira obra acerca do instituto data de 1998, explica que se distinguem duas conformações de fidelidade partidária. A saber

<sup>286</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 140.

<sup>287</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 140.

<sup>288</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 142.

<sup>289</sup> MEZZARROBA, Orides. Comentário ao artigo 17. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva;Almedina, 2013. p. 697.

“de um lado encontra-se a fidelidade partidária considerada na dimensão de lealdade ao estatuto, programa e diretrizes legitimamente estabelecidas pelo partido, tal como disciplinado no art 17, §1º, da Constituição, implicante, no caso de descumprimento, de sanção aplicada pela própria agremiação política.[...]. Um segundo tipo de fidelidade partidária insuscetível de autorizar sanção, constituindo, portanto, a perda de mandato decretada pela Justiça Eleitoral nos termos do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral”<sup>290</sup>.

No que concerne a relação entre fidelidade partidária e mandato representativo, tem-se que a menção do instituto da fidelidade na Constituição de 1988 deu novo ânimo à discussão em torno da teoria do mandato partidário, em oposição aos já mencionados mandatos imperativo e representativo, porquanto o parlamentar deixa de representar indistintamente o conjunto de eleitores para representar unicamente a vontade estabelecida pelo seu partido<sup>291</sup>.

O espírito da fidelidade partidária impõe, pois, que o representante deve prestar contas de suas ações exclusivamente ao partido, sob pena de ser substituído no exercício da representação política. Este seria, assim, um dos pressupostos básicos que fundamenta o denominado Estado de partidos, em oposição ao modelo de representação político liberal, que trabalha com a ideia de desprendimento do controle do mandato pela agremiação<sup>292</sup>.

No contexto liberal,

“o mandato se apresenta como algo que diz respeito unicamente ao representante e a impessoalidade daquele grupo que o tenha elegido. Neste caso, o Partido Político não teria controle sobre o mandato, e a prestação de contas pelos atos do representante seria com seus eleitores. Embora a Constituição de 1988 tenha remetido não à lei, mas aos estatutos de cada organização a faculdade de estabelecer as sanções para os atos que configurem a infidelidade partidária, a ação mais drástica que o partido pode praticar é a de excluir o infiel de sua legenda. Porém, quando se tratar de membro do Legislativo, tal exclusão terá como reflexo unicamente a perda de eventuais cargos ocupados em mesas diretoras na casa em que está vinculado, pelo fato de essas indicações serem partidárias. Seguindo esse raciocínio, não há falar em proteção de mandato para os representantes infiéis, os quais muitas vezes incorporam os mandatos políticos como se fossem propriedades pessoais, desconsiderando muitas vezes, a importância

<sup>290</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin . *Expulsão do partido por ato de infidelidade e perda do mandato*. Paraná Eleitoral, 2012, v.1. p. 161.

<sup>291</sup> MEZZARROBA, Orides. Comentário ao artigo 17. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva;Almedina, 2013. p. 697.

<sup>292</sup> MEZZARROBA, Orides. Comentário ao artigo 17. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva;Almedina, 2013, p. 697.

que os votos de legenda representam na totalidade dos sufrágios conquistados pelo Partido político<sup>293</sup>.

Face aos distintos conceitos apresentados passa-se a abordagem conferida especificamente pela Constituição Federal de 1988 ao instituto da fidelidade partidária.

### 3.2 Fidelidade partidária e Constituição de 1988

No âmbito da Constituição de 1988, conforme já explicitado por Clèmerson Clève, prevê o artigo 17, §1º, que compete aos estatutos dos partidos políticos o estabelecimento de normas de disciplina e fidelidade partidária, sendo ainda a matéria disciplinada nos artigos 23 a 26 da Lei nº. 9.096/95<sup>294</sup>.

No entanto, a perda do mandato em decorrência da infidelidade partidária não está prevista na Constituição de 1988, não sendo hipótese de perda de mandato dentre as constantes do artigo 55 da Constituição, que enumera as possibilidades de perda de mandato de parlamentares<sup>295</sup>.

<sup>293</sup> MEZZARROBA, Orides. Comentário ao artigo 17. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 697.

<sup>294</sup> Art. 23. A responsabilidade por violação dos deveres partidários deve ser apurada e punida pelo competente órgão, na conformidade do que disponha o estatuto de cada partido.

§ 1º Filiado algum pode sofrer medida disciplinar ou punição por conduta que não esteja tipificada no estatuto do partido político.

§ 2º Ao acusado é assegurado amplo direito de defesa.

Art. 24. Na Casa Legislativa, o integrante da bancada de partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto.

Art. 25. O estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários.

Art. 26. Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito”.

BRASIL. *Lei Nº 9.096/95, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Brasília, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm)>. Acesso em: 30 set. 2014.

<sup>295</sup> “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado”.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 30 set. 2014.

Apesar do texto constitucional não prever a perda de mandato parlamentar pela hipótese de infidelidade partidária, é possível a punição pelo partido. O desdobramento da omissão constitucional era a do mandato continuar vinculado ao representante, naquele cenário inicialmente previsto pelo legislador constituinte. Assim, o controle dos partidos sobre o mandato dar-se-ia de forma limitada<sup>296</sup>.

Depreende-se do texto constitucional, portanto, que a maior sanção possível a ser aplicada ao filiado que se desligava por ato de infidelidade, pelo partido político, era a exclusão de seus quadros. Ou seja, não havia real motivação para que os mandatários de cargos eletivos se mantivessem filiados, eis que a titularidade do mandato era “carregada” pelo candidato eleito.

### 3.3 Fidelidade partidária e Jurisprudência

Quanto à construção jurisprudencial acerca da fidelidade partidária pós-Constituição de 88, tem-se que em 1989, no julgamento do MS nº. 20.927/DF<sup>297</sup>, o Supremo Tribunal Federal foi instado pela primeira vez a se manifestar acerca do instituto da fidelidade partidária, no que concerne aos aspectos da extinção do mandato parlamentar daquele que deixa a legenda pela qual fora eleito.

Naquela ocasião, ficou disciplinado pelo STF a não imposição da fidelidade partidária aos possuidores de mandato eletivo, com base no entendimento de que a vinculação ao partido seria apenas condição de elegibilidade, conforme redação do artigo 14, §3º<sup>298</sup>.

<sup>296</sup> MEZZAROBIA, Orides. Comentário ao artigo 17. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 697.

<sup>297</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 20.927/DF*. Rel. Min. Moreira Alves.

<sup>298</sup> “Em face da Emenda nº 1, que, em seu artigo 152, parágrafo único (que, com alteração de redação, passou a parágrafo 5º desse mesmo dispositivo, por força da Emenda Constitucional nº 11/78), estabelecia o princípio da fidelidade partidária, Deputado que deixasse o Partido sob cuja legenda fora eleito perdia o seu mandato. Essa perda era decretada pela Justiça Eleitoral, em processo contencioso em que se assegurava ampla defesa, e, em seguida, declarada pela Mesa da Câmara (arts. 152, § 5º; 137, IX; e 35, § 42). Com a emenda Constitucional nº 25/85, deixou de existir esse princípio de fidelidade partidária, e, em razão disso, a mudança de Partido por parte de Deputado não persistiu como causa de perda de mandato, revogado o inciso V do artigo 35 que enumerava os casos de perda de mandato.

Na atual Constituição, também não se adota o princípio da fidelidade partidária, o que se tem permitido a mudança de Partido por parte de Deputados sem qualquer sanção jurídica, e, portanto, sem perda de mandato. Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido o por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, “a”; 58, § 1º; 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas

A Corte Constitucional manteve, assim, o posicionamento segundo o qual “apesar da valorização dada à representação parlamentar dos partidos, não se exigiria qualquer modalidade de fidelidade partidária para os candidatos eleitos”<sup>299</sup>.

Ocorre que em março de 2007, o antigo Partido da Frente Liberal, atual Democratas, em consulta direcionada ao Tribunal Superior Eleitoral<sup>300</sup>, questionou acerca da possibilidade de os partidos políticos e coligações terem o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional quando houvesse cancelamento de filiação ou mudança de partido. O TSE, por seis votos a um, reconheceu esta possibilidade, mencionando que no sistema proporcional, o mandato é do partido, e a mudança de agremiação, após a diplomação, gera a extinção do mandato parlamentar. Em consulta posterior<sup>301</sup>, o TSE reafirmou o mesmo posicionamento.

Com base nestes precedentes e nas Resoluções do TSE, o Partido Popular Socialista, o Partido da Social Democracia Brasileira e o Democratas formularam pedidos de declaração de vacância dos deputados federais que haviam trocado de partido. O Presidente da Câmara dos Deputados, contudo, indeferiu os pedidos.

Quando instado a se manifestar sobre os atos do Presidente da Câmara Federal - mediante a impetração dos Mandados de Segurança nº. 26.602/DF (PPS), 26.603/DF (PSDB) e 26.604/DF (DEMOCRATAS) – o STF, em julgamentos realizados nos dias 3 e 4 de outubro de 2007, reviu a antiga jurisprudência, estabelecendo que a saída do parlamentar da legenda pela qual foi eleito, tem como consequência jurídica a extinção do mandato.

Na sequência, o STF, face a questões de segurança jurídica diante da mudança de jurisprudência, determinou ao TSE que editasse resolução disciplinando o novo entendimento sobre a questão, bem como o processo de perda do mandato eletivo, salvo quando fosse demonstrada a ocorrência de justa causa<sup>302</sup>.

---

de perda de mandato, a que alude o artigo 55.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 20.927/DF*. Rel. Min. Moreira Alves.

<sup>299</sup> MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009. p. 20.

<sup>300</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta nº. 1.398*. Relatoria Ministro César Asfor Rocha.

<sup>301</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta nº. 1.423*. Relatoria Ministro José Delgado.

<sup>302</sup> “O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes:

Em consonância com a determinação do STF, o TSE procedeu à edição das Resoluções nº. 22.610/2007 e 22.733/2008, tendo sido ambas, ainda, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.999, julgada improcedente<sup>303</sup>. Reafirmou-se, assim, no STF a importância do novo entendimento acerca da observância do instituto da fidelidade partidária.

### 3.4 Fidelidade partidária e realidade, por que?

Fato é que o antigo entendimento jurisprudencial justificava-se à luz do contexto histórico determinado de 1989, período recém pós-constituente de 88. Mas ainda naquela ocasião, segundo Gilmar Mendes, o Ministro Francisco Rezek anteviu que haveria uma necessidade futura de revisão do entendimento sobre a fidelidade partidária<sup>304</sup>.

Ocorre que em determinado momento fez-se necessária a mudança de entendimento, eis que o sistema eleitoral de feição proporcional, vigente desde 1932 no País, começou a dar sinais de exaustão. Segundo Gilmar Mendes, também se desenhava um quadro de grande crise ética e política, que tornou patente a gravidade no qual estava submerso o sistema político-partidário brasileiro, o que demandava, pela gravidade, uma forçosa e urgente revisão<sup>305</sup>.

A crise a que se refere Mendes, desencadeada por um grande esquema de pagamento de propina com recursos públicos a parlamentares, evidenciou o uso do aparelho do Estado para fins político-partidários. Assim, se fazia necessário à luz da crise institucional que vivia o sistema de uma maneira geral, rever a questão da fidelidade partidária, instituto

Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º - Considera-se justa causa: I) incorporação ou fusão do partido; II) criação de novo partido; III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; IV) grave discriminação pessoal.”

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº. 22.610, de 25 de outubro de 2007*. Disciplina o processo de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária. Disponível em: <[http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade\\_partidaria/res22610.pdf](http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade_partidaria/res22610.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2014.

<sup>303</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.999/DF*. Relatoria Ministro Joaquim Barbosa.

<sup>304</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do (Orgs. ). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 121.

<sup>305</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do (Orgs. ). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 122.

simplesmente ignorado e de pouca valia, porquanto não dava ensejo a correspondente sanção pelo seu descumprimento<sup>306</sup>.

O próprio sistema eleitoral vigente demanda do candidato a filiação partidária como condição de elegibilidade, ou seja, a permanência do parlamentar eleito no partido que o elegeu torna-se condição imprescindível para a manutenção do mandato. Assim, não só o sistema proporcional, mas também o majoritário, requerem a participação e dependência dos partidos políticos<sup>307</sup>.

Confirma esta última tese Maurice Duverger ao afirmar que “no sistema eleitoral proporcional adotado no Brasil, os partidos políticos detêm um monopólio absoluto das candidaturas”<sup>308</sup>. Isto se explica simplesmente pelo fato dos partidos políticos representarem legítimos intermediários entre a vontade popular e o acesso ao mandato político-parlamentar, havendo, dessa maneira, no Brasil, uma verdadeira democracia de partidos<sup>309</sup>.

Outro fator de fundamental importância para a legitimidade do instituto da fidelidade diz respeito ao fato de apenas uma minoria dos candidatos eleitos pelo sistema proporcional atingirem o quociente eleitoral mínimo para se elegerem. Dessa maneira, impõe-se um triste viés, segundo o qual a maioria dos eleitos se beneficiam das denominadas sobras eleitorais. Assim, grande parte dos eleitos lograriam o mandato graças aos votos angariados por outros membros do partido, os políticos “puxadores de votos”<sup>310</sup>. Este viés aritmético do sistema proporcional seria outro fator determinante para a manutenção do mandato parlamentar junto do partido, e não do candidato<sup>311</sup>.

<sup>306</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do (Orgs. ). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 122.

<sup>307</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do (Orgs. ). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 122.

<sup>308</sup> DUVERGER, Maurice. *Los Partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 388.

<sup>309</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 900.

<sup>310</sup> Para se ter ideia da distorção presente no sistema proporcional vigente, em matéria de 22 de outubro de 2010, averigou-se que, na atual legislatura, “Menos de 7% dos novos deputados federais foram eleitos exclusivamente graças aos votos que receberam. Em números absolutos, significa dizer que, num total de 513, 35 atingiram, sem a ajuda da legenda ou da coligação a que pertencem, o quociente eleitoral, conforme demonstrou levantamento do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (Diap)”. BARROS, Ana Cláudia. *Mais de 93% dos deputados se elegeram com votos da coligação*. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI4748862-EI6578,00-Mais+de+dos+deputados+se+elegeram+com+votos+da+coligacao.html>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

<sup>311</sup> Este aspecto foi suscitado pelo Ministro César Asfor Rocha em seu voto emblemático no âmbito da resposta à Consulta n.º 1.398/DF (TSE).

Cabe destacar que, em que pese o argumento acima, tem-se que ele não é definitivo, eis que se trata mais de um reforço do fenômeno mutacional, porquanto não poderia o fundamento ser aplicado aos casos de infidelidade partidária em casos de mandatos do sistema eleitoral majoritário<sup>312</sup>.

Além das razões já aventadas, outros fatores também legitimam a mutação constitucional quanto a fidelidade partidária. Conforme Nelson Nascimento Diz,

“o primeiro é a previsão constitucional de que a filiação partidária é condição de elegibilidade (CF, art. 14, §3º, V), não consagrando, nossa Carta Magna, o candidato avulso, pelo que há inafastável participação dos partidos políticos no processo. O segundo, é o princípio consagrado em nossa Carta como princípio fundamental do Estado democrático de direito: o pluralismo político (CF, art 1º, V), que se reflete, em sua versão partidária, pelo resguardo do pluripartidarismo (CF, art, 17, caput). Constitui ameaça de inadmissível presença num Estado que assegura o pluralismo político e o resguarda na versão do pluripartidarismo, que as ideologias políticas deixem de se representar na composição numérica das legendas partidárias tal como determinada pela soberania popular, o que pode levar à não representação das minorias e à extinção da oposição”<sup>313</sup>.

Um último fundamento a ser destacado, quanto a mudança de paradigma, diz respeito a uma mudança não somente na composição da Corte<sup>314</sup>, no interregno 1989-2007, mas também das alterações ocorridas no âmbito normativo, consoante entendimento de Adriano Sant’Ana Pedra:

“A decisão de 1989, apesar de já ocorrer sob a égide da atual Constituição, ainda se deu dentro de um contexto que levou a EC 25/1985 a revogar a hipótese de perda do mandato por infidelidade partidária na Constituição pretérita. Deve ser lembrado que a fidelidade partidária foi um instrumento utilizado pelos governos militares para assegurar maioria no Congresso Nacional. Antes de tal revogação, era possível o partido da situação utilizar a fidelidade partidária para não perder os parlamentares biônicos – e seus votos – para a oposição”<sup>315</sup>.

Quanto à análise das decisões proferidas no giro jurisprudencial, averigua-se uma mutação constitucional que aperfeiçoou o sistema partidário-democrático brasileiro, vez que havia uma legítima demanda social contra o “troca-troca” e a “dança das cadeiras” no

<sup>312</sup> Face a isso, em 16 de outubro de 2007, em resposta à Consulta n.º. 1.407/DF, Rel. Min Carlos Britto, o plenário do TSE, por unanimidade, aplicou para os cargos obtidos pelo sistema eleitoral majoritário (Presidente da República, Senadores, Governadores e Prefeitos) idêntico entendimento ao adotado para o sistema proporcional. Ou seja, os ocupantes destes cargos tornaram-se igualmente submetidos à regra da extinção do mandato decorrente de abandono de partido pelo qual foram eleitos.

<sup>313</sup> DIZ, Nelson Nascimento. Supremo Tribunal Federal: retrospectiva 2007. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 9, p. 83-114, jan./mar. 2008. p. 106-107.

<sup>314</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 264.

<sup>315</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. Mutação constitucional e teoria da concretização. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 15-36, jan./mar. 2011. p. 31.



domínio do Poder Legislativo, demanda esta nunca atendida, por motivos de ordem subjetiva<sup>316</sup>.

Fato é que a decisão abriu espaço para maiores discussões sobre a aguardada reforma política, o que colocará nas mãos do poder legislativo deliberar não apenas sobre partidos políticos, mas sobre todo o sistema eleitoral brasileiro.

Neste ponto, àqueles não habituados em pensar o Estado Contemporâneo como um Estado Constitucional de Direitos Fundamentais, o qual se sustenta sobre o pilar da interdependência dos poderes, causaria estranhamento e surpresa o giro acerca de a fidelidade partidária advir de decisão do Poder Judiciário.

Para estes que ainda mantém o pensamento de um Estado fundado na supremacia da Lei e não da Constituição, a mudança de entendimento soou inconstitucional, visto que o Poder Judiciário estaria usurpando a função de legislar, típica do Poder Legislativo. Foi justamente este o caso do Ministro Eros Grau que, na condição de relator do MS nº. 26.602, em que pese ter feito uma bela explanação acerca das mutações<sup>317</sup>, considerou que a questão da perda de mandato não admitia a mutação pela via estreita do Mandado de Segurança, desejando assim o impetrante do *writ* transformar o STF em legislador.

Segundo André Rufino do Vale e Gilmar Ferreira Mendes, o giro jurisprudencial baseou-se em uma “renovada interpretação dos princípios da democracia partidária, da representação proporcional, do pluralismo político e da fidelidade partidária”<sup>318</sup>.

E esta renovada interpretação da Constituição fundada em princípios levada a cabo pelo STF, nada mais é que a consolidação de uma técnica apta a lidar com um Estado

<sup>316</sup> KUBLICAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 259.

<sup>317</sup> Mencionou o Ministro Eros Grau: “A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema”.  
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº. 26.602*. Relatoria do Ministro Eros Grau. Disponível em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pDNmjJ22RXkJ:www.gilmarmendes.org.br/index.php%3Fopcion%3Dcom\\_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D400.ms-26602%26id%3D43:direitos-politicos-fundamentais-partidos-politicos-e-sistemas-eleitorais%26itemid%3D76+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pDNmjJ22RXkJ:www.gilmarmendes.org.br/index.php%3Fopcion%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D400.ms-26602%26id%3D43:direitos-politicos-fundamentais-partidos-politicos-e-sistemas-eleitorais%26itemid%3D76+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Acesso em: 30 set 2014.

<sup>318</sup> MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009. p. 20.

Constitucional, pois considera que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios. Caso a interpretação houvesse sido fundada na lei, ou seja, pela lógica das regras, o debate acerca da fidelidade partidária, além de outros de elevada importância, ficaria adstrito ao âmbito exclusivo do Poder Legislativo.

Fatos como este não evidenciam apenas a judicialização da política entre nós, como também a judicialização das questões da vida cotidiana, porquanto, cada vez mais, vê-se da tensão entre Judiciário e Legislativo/Executivo, um equilíbrio pela primazia dos Direitos Fundamentais. Caminha-se, pois, rumo a um Estado Constitucional de Direitos Fundamentais.

Conforme lição de Christine Peter há de se ter em mente que

“no Estado Constitucional, diante da tarefa compartilhada de concretizar direitos fundamentais como meta principal do Estado, as funções de Poder atuam, na medida de suas competências constitucionalmente postas, buscando aproximação com o ideal de máxima efetividade jusfundamentadora”<sup>319</sup>.

Ou seja, a métrica da atuação dos poderes formalmente instituídos não é mais a da limitação rígida de competências, como se estes poderes estivessem presos em camisas de força das quais não pudessem jamais se libertar. A medida e ponderação adequada da atuação de cada poder é a delimitada pelos direitos fundamentais<sup>320</sup>.

O próprio Peter Häberle enxerga a democracia sob a ótica da realização dos direitos fundamentais e não mais sob a lente da soberania popular de Rousseau, segundo a qual o Povo soberano se restringia a assumir o lugar do monarca<sup>321</sup>.

Neste aspecto, o “transfuguismo” ou “troca-troca” partidário apresenta o viés extremamente negativo de contaminar o processo democrático, corrompendo o funcionamento parlamentar dos partidos, repercutindo negativamente sobre o direito de oposição, um direito fundamental dos partidos políticos. Além de prejudicar os direitos

---

<sup>319</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 44.

<sup>320</sup> SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 44.

<sup>321</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 38.

políticos fundamentais do cidadão em ver-se representado, ou seja, de vulnerar a opção político-partidária feita pelo eleitor<sup>322</sup>.

Aqui, não podem ser deixadas à margem as considerações de Peter Häberle, vez que a sociedade é voz legítima nos processos mutacionais, seja pelo olhar de sociedade aberta de intérpretes<sup>323</sup>, como também pela influência que esta sociedade irradia sobre os poderes constituídos acerca da construção do bem-comum, em um contexto pluralista<sup>324</sup>.

Dessa maneira, Häberle menciona que são os partidos políticos uma das roupagens das quais se reveste o povo ao participar do processo constitucional. Sendo assim, Häberle, ainda baseado no contexto alemão da década de 70, mencionou os partidos políticos duas vezes como participantes de um processo de interpretação, dentro de um rol maior, mencionando “os partidos políticos e frações parlamentares, no processo de escolha dos juízes das Cortes Constitucionais” e, “os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada”<sup>325</sup>.

Em que pese ser esta uma via aberta para críticas no sentido de haver se instalado uma partidocracia no Brasil no lugar de uma verdadeira democracia, no que concerne à fidelidade partidária<sup>326</sup>, o que realmente importa é a análise da questão não sob o ponto de vista das lutas políticas por mandatos, levadas a cabo pelas legendas, mas sob o viés do conflito de interpretação e da força do melhor argumento e não do argumento da força<sup>327</sup>.

Tem-se, pois, que a decisão da Corte Constitucional pela renovação do instituto da fidelidade partidária consagrou uma aproximação entre realidade e norma.

---

<sup>322</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 905.

<sup>323</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

<sup>324</sup> HÄBERLE, 2003 apud SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

<sup>325</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

<sup>326</sup> “Deve-se ter em mente que os mecanismos de composição e de eleição das direções partidárias são processos internos de alta indagação, como há pouco veio à tona, com relação ao Partido dos Trabalhadores. A impressão que ficou para todos é de que os partidos políticos são constituídos por grupos que se revezam no poder, sem possibilidade de interferência pelas bases partidárias. Então, é de se pensar se não seria poder político demais para grupos seletos demais”. RODRIGUES, Tais Erthal. (In)fidelidade partidária: aspectos jurídico-políticos e posicionamento jurisprudencial. *Revista brasileira de direito municipal (RBDM)*, Belo Horizonte, v.8, n. 26, p. 43-61, out./dez. 2007. p. 61.

<sup>327</sup> HÄBERLE, 1997 apud MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009. p. 34.

Consagrou, portanto, o debate acerca do instituto da fidelidade partidária um pensamento aberto a evolução, ou seja, um pensamento do possível, um pensamento pluralista de alternativas, segundo o qual entendeu-se que a realidade vigente demandava correções da realidade de ontem<sup>328</sup>. Ou ainda, demandava-se a adaptação às necessidades de uma sociedade situada em um determinado ponto do tempo, que requeria mudanças.

Neste aspecto, a mutação constitucional ocorrida foi o resultado final da confluência de um pensamento aberto, de possibilidades e, de uma sociedade plural que, neste aspecto, foi capaz racionalizar os fatores reais de poder e a força normativa das constituições, rumo a interpretação constitucional<sup>329</sup>.

Por fim, a atuação da jurisdição Constitucional, exercida pelo STF, neste caso em análise, merece as qualificações de arrojada, precursora e pioneira, porquanto funcionou a corte como o funil que organizou e disciplinou o processo constitucional, sendo a maioria dos Ministros sensíveis à oxigenação do debate constitucional demandado pelos participantes da sociedade aberta. O debate pôde assim ser construído, mediado pelos partidos políticos, por uma via cooperativa e não conflitiva.

A Corte mostrou-se, assim, vinculada não somente “*a la bouche de la loi*”, mas “*la bouche du droit*”, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito, como disse Montesquieu<sup>330</sup>.

---

<sup>328</sup> HÄBERLE, 1997 apud MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009. p. 9.

<sup>329</sup> COELHO, Inocência Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 77-90, 1998. p. 34.

<sup>330</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Filosofia do Direito*. 2. ed.. São Paulo: Atlas, 2002.p. 98.

## CONCLUSÃO

O presente estudo analisou a atuação do Poder Constituinte Difuso, na forma de uma sociedade aberta de intérpretes, atuante no caso de mutação constitucional ocorrida no instituto da fidelidade partidária. O olhar lançado sobre o tema engajou-se sobre o modelo de Estado denominado Estado Constitucional de Direitos Fundamentais.

O debate, inicialmente, se deu sobre o tripé fundante do Estado Constitucional integrado pela concretização dos direitos fundamentais, da interdependência entre os poderes e da supremacia da Constituição. Cabe destacar que, ao longo de todo o trabalho, salientou-se de forma mais acurada o ponto da interdependência entre os poderes, vez que a tensão imanente entre os Poderes Legislativo e Judiciário foi a responsável pela mutação constitucional operada.

Na sequência, foi realizada uma explanação e revisão bibliográfica acerca do caráter estático e dinâmico da Constituição, culminando-se no entendimento que as Constituições são organismos vivos; bem como dos diversos conceitos, origem, conformação do Poder Constituinte Difuso, características, modalidades e como se operam as mutações pela via interpretativa. Ponto de destaque nesta parte do trabalho foi o dedicado à mutação constitucional sob a visão do constitucionalista alemão Peter Häberle porquanto, em que pese não ser Häberle um sistematizador das mutações, sua contribuição ao tema não deixou de ser generosa ao antever a necessidade por uma interpretação pluralista como precursora das mutações.

Por fim, foi perpassado brevemente conceitos úteis ao entendimento do instituto da fidelidade partidária, bem como seu câmbio com outras temáticas - como partidos políticos, formas de mandato e mandato representativo; como se iniciou e desenvolveu o problema na jurisprudência nacional até chegar ao giro jurisprudencial; o contexto de crise política que permeava aquele momento determinado; os motivos que legitimaram a mutação operada, e a análise em si da decisão do STF nos Mandados de Segurança nºs 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF no arcabouço de uma sociedade aberta de intérpretes, proposta por Peter Häberle.

No que concerne às hipóteses de pesquisas levantadas no início do trabalho aferiu-se que sim, o entendimento da Corte Constitucional Brasileira tem atuado em suas deliberações consentaneamente com uma lógica fundada em princípios e não somente em regras. Neste sentido pode-se dizer que a decisão pela mudança de jurisprudência acerca da

fidelidade partidária fundou-se em princípios como os ínsitos aos direitos políticos fundamentais, como o do cidadão-eleitor em ver-se representar; aos da democracia partidária; do sistema eleitoral de votação proporcional e, principalmente do pluralismo político.

Por conseguinte, a segunda hipótese de trabalho também se averigua, porquanto a decisão do STF é positiva para a consolidação e reforço de mecanismos democráticos de representação do eleitor. Contudo, faz-se aqui a ressalva que muito ainda há de ser feito para uma efetiva consolidação da democracia e do pluralismo de vozes dos intérpretes da Constituição. Neste sentido, apenas uma profunda reforma política poderá enfrentar a imensa quantidade de desfalques no atual sistema democrático de representação, bem como uma conscientização constitucional dos cidadãos intérpretes brasileiros, que deveriam ser submetidos à pedagogia constitucional desde a mais tenra idade, ou seja, desde a idade escolar.

Quanto aos objetivos específicos do trabalho pode-se dizer, já operando-se simultaneamente a exposição dos resultados, que foram discutidos os principais fundamentos do Estado Constitucional, mas não todos, devido a sua amplitude semântica; bem como averigou-se que uma interpretação aberta do texto Constitucional pelo Poder Constituinte Difuso culmina na alteração da própria semântica constitucional. Principalmente, isto indica que um giro jurisprudencial advindo de decisões do STF está longe de ser o reconhecimento que antes o Tribunal estava errado. Pelo contrário, isto indica que a Corte Constitucional não ignora a realidade de seu tempo, atualizando a semântica constitucional por ser permeável a esta realidade.

Na sequência, cumpriu-se o desafio de feitura de uma revisão de literatura acerca do fenômeno da mutação constitucional, contudo não se aprofundou de maneira específica acerca do estágio do fenômeno no Brasil, vez que as mutações averiguam-se apenas no momento em que ocorrem, não sendo possível determinarmos agora, com precisão, em que estágio o fenômeno se encontra. O único fato certo é que elas ocorrem no momento oportuno da conjunta tempo-espço, vez que é um fenômeno aprioristicamente informal.

Por sua vez, analisou-se o que motivou a ocorrência do giro jurisprudencial e interpretativo acerca da fidelidade partidária, notando-se que uma crise foi a responsável pela última gota de tolerância aos parlamentares infieis.

E, por fim, o último objetivo, tratava-se da propositura de uma decisão com a fundamentação aventada ao longo do estudo, contudo, e nisto há um quê de sinceridade, não

logrou-se confiança suficiente para uma análise exploratória, mas inédita, do fenômeno da fidelidade partidária, optando-se por uma análise descritiva desde a conformação dos partidos políticos até como estes mesmos partidos desempenharam a função de interlocutores entre a sociedade e a corte no sentido de uma reafirmação da democracia representativa.

A metodologia adotada no trabalho, a pesquisa bibliográfica, mostrou-se apta a percorrer a bibliografia sobre a temática das mutações constitucionais. A única dificuldade encontrada na pesquisa tratou-se do acesso a obras de Peter Häberle traduzidas para o português, vez que a maioria de seus estudos ainda não foram traduzidos. Não por menos logra maior notoriedade e visibilidade no Brasil “A Hermenêutica Constitucional”. Neste ponto, abre-se uma via aos estudiosos de direito, conhecedores do idioma alemão, para que procedam a tradução das demais obras, de forma a conferir maiores subsídios aos estudos de Häberle. Ante esta dificuldade, boa parte das citações das obras não traduzidas foram obtidas no idioma espanhol ou pela tradução livre de outros autores.

Como consequências geradas pelos resultados do trabalho aponta-se que o ordenamento constitucional brasileiro tem caminhado rumo a um verdadeiro pluralismo político, com o aperfeiçoamento de diversas instituições, bem como a uma interpretação aberta do texto constitucional pelos intérpretes não oficiais, mesmo que intermediados por instituições oficiais, que postulam participação no processo. Ademais, também se averigua que o STF tem adotado uma postura apta a coadunar tempo, realidade, e a pluralidade de vozes desses “novos intérpretes” da Constituição de 88, fazendo as vezes de instância catalisadora e renovadora de decisões dentro do processo constitucional.

Uma recomendação final aos estudiosos da mutação constitucional bem como aos estudantes e estudiosos de Direito Constitucional, longe de ser uma recomendação do ponto de vista do estudo da disciplina e do fenômeno, é que sejam eles próprios a mudança que se quer ver no mundo do Direito, e que reflitam e se comprometam com a Constituição, mas que não a venerem como algo imutável, vez que é ela um tecido vivo, ainda e sempre em constante mutação.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.
- ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- BARROS, Ana Cláudia. *Mais de 93% dos deputados se elegeram com votos da coligação*. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI4748862-EI6578,00-Mais+de+dos+deputados+se+elegeram+com+votos+da+coligacao.html>>. Acesso em: 01 ago.2014.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 30 set. 2014.
- BRASIL. *Lei N° 9.096/95, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Brasília, 1995. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm)>. Acesso em: 30 set. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº. 26.602/DF*. Relatoria do Ministro Eros Grau. Disponível em: < [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pDNmjJ22RXkJ:www.gilmarmendes.org.br/index.php%3Foption%3Dcom\\_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D400:ms-26602%26id%3D43:direitos-politicos-fundamentais-partidos-politicos-e-](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pDNmjJ22RXkJ:www.gilmarmendes.org.br/index.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D400:ms-26602%26id%3D43:direitos-politicos-fundamentais-partidos-politicos-e-)



sistemas-eleitorais%26Itemid%3D76+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 30 set. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº. 22.610, de 25 de outubro de 2007*. Disciplina o processo de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária. Disponível em: <[http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade\\_partidaria/res22610.pdf](http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade_partidaria/res22610.pdf)> Acesso em: 30 set. 2014.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 14, p. 49-60, jul./dez. 1981.

BUENO, Francisco Silveira. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 8 ed. Rio de Janeiro: MEC, 1973.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMPBELL, Robert J. *Dicionário de psiquiatria*. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982.

\_\_\_\_\_. et al (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

CAPRA, Fritjof. *Ponto de Mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982.

CLÈVE, Clèmerson Merlin . *Expulsão do partido por ato de infidelidade e perda do mandato*. Paraná Eleitoral, 2012, v.1.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 77-90, 1998.

COÊLHO, Carolina Reis Jatobá; SILVA, Christine Oliveira Peter da. Mutação constitucional: a atua o da “sociedade aberta” como protagonista na interpreta o da Constitui o brasileira de 1988. *Direito Público*, Brasília, n. 38, p. 73-98, mar./ abr. 2011.

DAU-LIN, Hs . *Mutación de la Constitución*. O ati: IVAP, 1998.

DIZ, Nelson Nascimento. Supremo Tribunal Federal: retrospectiva 2007. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 9 , p. 83-114, jan./ mar. 2008.

DUVERGER, Maurice. *Los Partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

DWORKIN, R. *Los derechos em serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constitui o*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Revisão constitucional. *Revista do Instituto dos Advogados em Pernambuco*, Recife, 1994.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Filosofia do Direito*. 2. ed.. São Paulo: Atlas, 2002.

H BERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constitui o: contribui o para a interpreta o pluralista e procedimental da Constitui o*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *Força normativa da Constitui o*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constitui o. *Revista de Informa o Legislativa*, Brasília, n. 115, jul./set. 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

\_\_\_\_\_. Los Derechos Fundamentales. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 20-21.

MENDES, VALE. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto de Direito Público, Brasília, ano 2, p. 71-94, 2008/2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do (Orgs. ). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 2.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962. v.1.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Mutação constitucional e teoria da concretização. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 15-36, jan./mar. 2011.

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

RODRIGUES, Tais Erthal. (In)fidelidade partidária: aspectos jurídico-políticos e posicionamento jurisprudencial. *Revista brasileira de direito municipal (RBDM)*, Belo Horizonte, v.8, n. 26, p. 43-61, out./dez. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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

SILVA, C. O. P. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. et al. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Argumenta*: revista do programa de mestrado em ciência jurídica da fundinopi, Jacarezinho, n.7, p. 45-68, jan./dez. 2007.