
O CONTROLE DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS A PARTIR DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

THE CONTROL OF CONSTITUTIONAL CHANGES FROM THE NORMATIVE STRENGTH OF THE CONSTITUTION

LUIZ HENRIQUE BARBANTE FRANZÉ

Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor pela PUC - SP. Mestre pela Faculdade de Direito de Bauru, Advogado Professor nos programas de mestrado e graduação do Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília-SP (UNIVEM) e professor na graduação da Universidade Metodista de Piracicaba-SP (UNIMEP). E-mail: luishbf@univem.edu.br.

MÁRIO LÚCIO GARCEZ CALIL

Estágio pós-doutoral e estudos em nível de pós-doutorado pela Fundação Eurípides Soares da Rocha de Marília. Doutor pela Faculdade de Direito de Bauru. Mestre em Direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Marília-SP (UNIVEM). Professor Adjunto IV da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba. E-mail: mario.calil@yahoo.com.br.

EDNILSON DONIZETE MACHADO

Doutorado pela PUC - SP. Mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Professor do Centro Universitário Eurípides de Marília-SP (UNIVEM) e da UENP, No UNIVEM é Coordenador do curso de graduação em Direito e Coordenador dos Programas Lato Sensu em Direito. Foi Procurador Seccional da União em Marília. E-mail: ednilson@univem.edu.br.



RESUMO

O objeto do sistema de controle de constitucionalidade é a preservação da supremacia da constituição e, além disso, a avaliação da correção das mutações constitucionais.

Objetivo: estudar a força normativa da Constituição como padrão interpretativo da constitucionalidade material das mutações constitucionais.

Metodologia: por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se, na escrita, o método dedutivo.

Resultados: a necessidade da adequação das mutações constitucionais à Lei Maior, bem como que sua aferição deve ocorrer por meio do sistema de controle de constitucionalidade.

Contribuições: o presente estudo traz como contribuição o debate sobre a necessidade de manutenção da força normativa da Constituição e da adaptabilidade das disposições magnas à realidade. Contribuições:

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; Mutações Constitucionais; Força Normativa da Constituição.

ABSTRACT

The object of the system of constitutionality control is the preservation of the supremacy of the constitution and, in addition, the evaluation of the correction of the constitutional mutations.

Objective: *study the normative force of the Constitution as an interpretive standard of the constitutionality of constitutional mutations.*

Methodology: *through bibliographical research, using in writing the deductive method.*

Results: *the necessity of the adequacy of the constitutional mutations to the Greatest Law, as well as that its verification must occur through the constitutionality control system.*

Contributions: *this paper brings as contribution the debate on the necessity to maintain the normative force of the Constitution and the adaptability of the grand provisions to reality.*

Keywords: *Constitutionality Control; Constitutional Mutations; Normative Force of the Constitution.*



1 INTRODUÇÃO

O primordial objeto de um sistema de controle de constitucionalidade é a preservação da supremacia da constituição, em sentido procedimental e substancial. Ocorre que esse trabalho também deve se dirigir à avaliação da correção de uma potencial mutação constitucional, sob pena do enfraquecimento da força normativa da Constituição.

Assim, o objetivo do presente trabalho foi o estudo da força normativa da Constituição como padrão interpretativo para a aferição da constitucionalidade material no que se refere às mutações constitucionais.

Para tanto, utilizou-se pesquisa bibliográfica, nos referenciais nacionais e estrangeiros pertinentes, bem como investigação documental, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No que concerne à escrita, utilizou-se o método dedutivo.

O presente trabalho foi dividido em três partes. Na primeira, tratou-se da supremacia da Constituição como objeto do controle de constitucionalidade. Na segunda, estudou-se o controle de constitucionalidade em sentido material. Finalmente, foi estudada a força normativa da Constituição como padrão de aferição da constitucionalidade das mutações constitucionais.

Concluiu-se pela necessidade de avaliação da adequação das mutações constitucionais à Lei Maior, por intermédio do sistema de controle de constitucionalidade, sob pena do enfraquecimento da forma normativa da constituição, assim como da possibilidade de adaptação da Constituição às necessidades atuais.

O estudo ora apresentado é justificável, tendo em vista a necessidade de manutenção da força normativa de constitucional, bem como da adaptabilidade das disposições magnas à realidade presente.



2 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO COMO OBJETO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Os Estados que se encontram regidos por uma Constituição formal têm nela uma referência normativa geral, o que torna o ordenamento jurídico-estatal hierarquizado a partir dela. Desse modo, todos os atos normativos a ela se subordinam, formal e materialmente, nela encontrando, ao mesmo tempo, seu fundamento de validade, bem como sua “condição de possibilidade”.

A Constituição, assim, equivale à “norma positiva suprema”, ou seja, a um conjunto de normas que regulam a criação de outras normas. É, assim, a lei nacional de mais alto grau, um documento solene, ou um conjunto de normas jurídicas que somente podem ser alteradas mediante observação de prescrições especiais. (SILVA, 1998, p. 31)

Diante disso, a Constituição resta colocada no vértice do sistema jurídico de um país, de modo que confere validade e legitimidade ao ordenamento, isso porque reconhece e distribui reconhecimento às suas disposições. (SILVA, 1998, p.45)

O “vértice” do ordenamento corresponde, em uma metáfora geométrica, ao “topo” de uma estrutura piramidal escalonada. Assim, a Constituição se encontra no ápice do ordenamento assim formatado. Abaixo dela encontram-se, então, todas as demais disposições normativas, que a ela devem subordinação procedimental e substancial.

A colocação da Constituição como Lei Maior, em sentido lógico e político, ocorreu embrionariamente, logo no início do constitucionalismo moderno. A partir dessa teorização, simultaneamente, surgiu, por consequência lógica, a ideia de controle de constitucionalidade, voltado a garantir a superioridade hierárquica constitucional.

Depois da aprovação da Constituição dos Estados Unidos, em 1787, na Convenção de Filadélfia, havia necessidade de o texto ser ratificado. Alexander Hamilton, John Jay e James Madison produziram ensaios sobre o documento,



analisando-o sob diversos aspectos, defendendo a aprovação da Constituição e a consequente formação da União. (VELOSO, 2003, p. 38)

Nesse material, reunido no livro *The Federalist*, monumento da literatura constitucional consta o ensaio LXXXVIII, escrito por Hamilton, que examina o Poder Judiciário, expondo que não há proposição que se apoie sobre princípios mais claros do que aquela que afirma que todo ato emanado de uma autoridade delegada que seja contrário aos termos do mandato que se exerce é nulo, de modo que nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. (VELOSO, 2003, p. 38-39)

Negar essa necessidade equivale “a afirmar que o mandatário é superior ao mandante”, ou seja, que os representantes do povo são superiores ao próprio povo, que os homens que trabalham em virtude dos poderes podem fazer o que estes não permitem e o que proíbem. (VELOSO, 2003, p. 39)

Em Hamilton, uma Constituição é uma lei fundamental, e assim deve ser considerada pelos juízes, aos quais cabe determinar seu significado, como o de qualquer lei. Se entre ambas existir qualquer discrepância, deverá ser preferida a que possua força obrigatória e validade superiores, ou seja, a Constituição deve ser preferida à lei ordinária. (VELOSO, 2003, p. 39-40)

Essa situação não faz com que o Judiciário seja superior ao Legislativo. Significa, sim, que “o poder do povo é superior a ambos”. Se a vontade da legislatura estiver oposta à vontade declarada na Constituição, os juízes devem se governar pela última, de modo a regular suas decisões pelas normas fundamentais. (VELOSO, 2003, p. 40)

Assim, tendo a “vontade do povo” sido materializada na Constituição, da forma mais direta possível, ao menos para aquele momento histórico, os demais diplomas normativos que espelham a mesma vontade devem subserviência à Lei Magna.

O controle de constitucionalidade é, assim, o mecanismo mais importante na verificação da compatibilidade entre um ato normativo e a Constituição. Observado o contraste, acionam-se as medidas previstas pelo sistema para sua superação, “[...] restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no



reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia”. (BARROSO, 2006, p. 09)

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Marbury v. Madison* inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, porque deixou assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação de todos os Poderes estatais e da possibilidade de invalidar os atos que lhe contravenham. (BARROSO, 2006, p. 10)

Assim, a origem do controle de constitucionalidade em sentido material é, ao menos em relação a significantes episódios históricos, os Estados Unidos da América, regido por uma Constituição antiga e mínima, composta, originalmente, por sete artigos, com vinte e sete emendas, diferentemente da Constituição de 1988, de formato exaustivo, com disposições que se enquadram tanto na estrutura de regra quanto de princípio.

Em qualquer dos formatos, contudo, toda legislação ordinária editada durante sua vigência deve ter como fundamento a eficácia dessa Constituição, “[...] a perda portanto da eficácia dessa Constituição, como perda de base de toda essa ordem jurídica, deveria ter por resultado a perda de validade de toda essa ordem jurídica”. (FERREIRA FILHO, 2007, p. 94)

A perda da validade de uma Constituição arrastaria todas as normas editadas conforme essa Constituição, de modo que “[...] a ordem jurídica começaria, rigorosamente falando, do zero, cada vez que uma nova Constituição se tornasse eficaz”. (FERREIRA FILHO, 2007, p. 94-95)

Nesses termos, da essência histórica e jurídica, bem como pelo lugar reservado à Constituição no cenário político é que erigiu-se um princípio, aplicável à interpretação não apenas do Texto Magno, como, também, do ordenamento jurídico como um todo, qual seja a supremacia da constituição.

Esse princípio determina que todas as situações jurídicas se conformem aos princípios constitucionais, que não se satisfaz apenas com a atuação positiva, de acordo com a constituição. Além disso, “[...] omitir a aplicação de normas



constitucionais, quando a Constituição assim a determina, constitui conduta inconstitucional”. (SILVA, 2016, p. 48)

Como derivativo da supremacia constitucional, a função primordial do controle de constitucionalidade, por questão lógica, é a garantia da manutenção da supremacia da Constituição, especialmente no campo legislativo, em relação aos diplomas que se subordinam, formal e materialmente, ao seu texto.

Ocorre que a concepção da “supremacia da lei” como expressão da vontade geral já chegou a substituir a supremacia da Constituição. Na França, o Judiciário, menos poderoso que os demais poderes, atribuiu aos juízes a “neutralidade”, encarregando-os apenas de interpretar a lei, não podendo arguir sua constitucionalidade. (DUARTE NETO, 2009, p. 159)

O constitucionalismo moderno, contudo, não permite a sobrepujança da Constituição pela Lei, até porque aquela é, nos sentidos procedimental e substancial, uma evidente limitação à atividade legiferante.

O Parlamento, no regime constitucional, é um mandatário, cujos poderes são enumerados no instrumento formal do mandato, que é a Constituição. Não pode, assim, “[...] juridicamente, praticar atos em contradição com os dispositivos constitucionais, porque, assim agindo, estaria excedendo os limites de sua competência”. (DUARTE NETO, 2009, p. 64)

Todas as atividades jurídicas de um Estado (especialmente a função legiferante) restam subordinadas ao texto da Constituição, de modo que a tarefa lógica do controle de constitucionalidade é manter intacta a supremacia constitucional em relação às normas a ela hierarquicamente inferiores.

A soberania da Constituição, todavia, não existe apenas em sentido formal. Não se refere apenas à vinculação do processo legislativo, nem mesmo à subserviência ao seu texto. Assim, o controle de constitucionalidade deve ocorrer, também, em sentido material.



3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM SENTIDO MATERIAL

A Constituição representa o ápice de um ordenamento jurídico, não apenas em sentido lógico, mas, também, em sentido axiológico. Não apenas o texto constitucional sobrepuja as demais normas, como os princípios consagrados pela Lei Magna igualmente vinculam a produção normativa a ela subordinada.

A Carta Maior é uma construção política à qual se confere um status jurídico de supremacia em relação às demais normas, de forma que não tem apenas uma função de regulamentação procedimental, como, também, é uma pauta principiológica inexorável, vinculante em relação a todas as disposições normativas hierarquicamente inferiores.

A Constituição determina, primeiro, as decisões que levam à unidade política, segundo as quais deve-se executar e levar a cabo as tarefas estatais fundamentais que, para a Lei Fundamental alemã, são “[...] a inviolabilidade da dignidade humana como princípio supremo do ordenamento constitucional, a república, a democracia, o postulado do Estado social de Direito, e a organização territorial em termos de Estado”. (HESSE, 2009, p. 7)

Já nas concreções posteriores, “[...] a Constituição ordena a organização e o procedimento de formação da unidade política e da ação estatal; estabelece limites à ação dos poderes públicos”. (HESSE, 2009, p. 7-8)

Somente é possível controlar a constitucionalidade das disposições infraconstitucionais no contexto de uma Constituição “formal”, tendo em vista que, se a Lei Maior puder ser facilmente modificada, de nada adiantaria controlar a adequação das disposições infraconstitucionais a um diploma tão volátil.

As Constituições da idade antiga não existiam em forma de “documentos escritos”. Eram nada mais do que um conglomerado de tradições, costumes e regras morais. (DELLA GIUSTINA, 2006, p. 26-27)

Ocorre que, no constitucionalismo moderno, com a ideia de Constituição “formal”, aquela que, para sua modificação, demanda procedimentos extraordinários, mais complexos do que aqueles exigidos para as reformas a serem efetuadas na



legislação infraconstitucional, fez-se necessário estabelecer mecanismo de adequação dessas normas às Leis Maiores.

Nos países dotados de Constituições formais dá-se maior importância às regras beneficiadas por elas, “[...] de tal maneira que elas passam a conformar, a moldar, a jungir a seus férreos princípios toda a atividade jurídica submetida ao seu sistema”. (BASTOS, 2001, p. 45-46)

É evidente, porém, que o controle de constitucionalidade, apesar de se referir, inicialmente, a disposições constitucionais “formais”, relacionadas à produção normativa, deve preservar a totalidade das disposições de uma Carta Política, inclusive formatos substanciais.

O controle de constitucionalidade surgiu para impedir que leis e atos normativos ferissem os Direitos e garantias previstos constitucionalmente, de modo que é um mecanismo de defesa individual e social contra abusos dos poderes públicos, que é uma das ideias básicas do clássico liberalismo. (ARANTES, 1997, p. 32)

A depender da separação de poderes e das respectivas competências adotadas, “[...] o órgão encarregado desse controle assumirá uma posição de guarda da Constituição contra possíveis extrapolações do âmbito discricionário de cada um dos poderes”. (ARANTES, 1997, p. 33)

As constituições atuais contemplam os dois aspectos do conflito constitucional quando preveem tanto questões nas quais a própria constituição é objeto, quanto questões que envolvem poderes ou órgãos do Estado, em torno de prerrogativas e atribuições, hipótese na qual “[...] o órgão encarregado do controle, além de guarda da constituição, irá transformar-se em árbitro do jogo político entre os contendores”. (ARANTES, 1997, p. 34)

Assim, o controle de constitucionalidade, no contexto de um sistema regido por uma Constituição formal, deve se referir tanto a questões materiais quanto a determinações procedimentais e de forma.

Trata-se de um dos vários mecanismos voltados a instrumentalizar e garantir a supremacia da Constituição e a soberania do Poder Constituinte Originário em



detrimento de qualquer outro poder por ele constituído, inclusive do poder de reforma. (BESTER, 2004, p. 326)

A atenção dada ao tema “controle de constitucionalidade”, nesse diapasão, é plenamente justificável, e assim deve ser em qualquer Estado que se considerar “Democrático de Direito”, inclusive no que concerne aos métodos que permitem e seu exercício em um ordenamento jurídico.

O método difuso de controle, nos sistemas jurídicos da Europa continental e nos de *civil law*, de derivação romanística, por si, já é complicada, por tratar-se de uma metodologia típica dos sistemas da *common law*, caracterizados pelo *stare decisis*. Uma mesma lei poderia não ser aplicada, poie julgada inconstitucional por alguns juízes, ao mesmo tempo em que poderia ser aplicada por outros, por não ter sido julgada contrastante com a Constituição. (CAPPELLETTI, 1992, p. 77)

No mesmo sentido, um órgão judiciário que, ontem, não aplicou determinada lei, pode, hoje, mudando de opinião aplica-la, sem qualquer prejuízo à sua legitimidade constitucional. Constroem-se, então, “[...] verdadeiros ‘contrastes de tendências’ entre os órgãos judiciários”. (CAPPELLETTI, 1992, p. 77-78)

No sistema de controle concentrado, a inconstitucionalidade, invalidade e inaplicabilidade da lei não pode ser declarada por qualquer juiz. Os juízes “comuns” incompetentes para conhece-la, mesmo que *incidenter tantum*, com eficácia limitada ao caso concreto, de modo que devem ter como “boas” todas as leis existentes, salvo no caso das possibilidades de suspensão do processo voltada a arguir, diante do Tribunal Constitucional, a questão da constitucionalidade. (CAPPELLETTI, 1992, p. 84-85)

Nesse sentido, no Brasil, adotou-se um sistema de controle misto, que combina a possibilidade de controle difuso, relacionada à incidência concreta das disposições legais, bem como contempla a concentração da aferição abstrata da constitucionalidade dos diplomas normativos em uma Corte Constitucional, de modo a evitar os contrastes interpretativos, ao menos nas mais essenciais ou notórias questões relacionadas à adequação de uma norma à Constituição.



O controle formal de constitucionalidade é estritamente jurídico, conferindo ao órgão que o exerce a competência para examinar se as leis foram elaboradas em conformidade com a Constituição, corretamente observadas as formas estatuídas e se a norma não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes. (BONAVIDES, 2003, p. 297)

Controlar a constitucionalidade equivale a avaliar se a obra legislativa ordinária “[...] não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado”. (BONAVIDES, 2003, p. 298)

O controle formal, em decorrência de sua feição técnica, está voltado aos aspectos procedimentais, não alcançando questões de conteúdo ou substância, de modo que seu exercício “[...] não oferece tantas dificuldades nem alcança grau tão alto de controvérsia como o que decorre do controle material de constitucionalidade”. (BONAVIDES, 2003, p. 298-299)

O controle de constitucionalidade material é “delicadíssimo”, já que tem, sim, um elevadíssimo teor de “politicidade”. Incide sobre o próprio conteúdo da norma, pois “[...] desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce a competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais”. (BONAVIDES, 2003, p. 299)

Diante disso, o controle de constitucionalidade deve ser referir tanto ao conteúdo da disposição objeto de aferição quanto ao procedimento utilizado para aprovação da referida norma, de modo que tem tanto uma dimensão material quanto um aspecto formal.

Nesse sentido, a mera alteração na redação de uma norma componente do rol das cláusulas pétreas não importa, automaticamente, em inconstitucionalidade, se não for afetada a “essência” do princípio resguardado, nem o “sentido” da norma, restando “[...] preservado o núcleo essencial dos bens constitucionais protegidos, isto é, desde que a essência do princípio permaneça intocada, elementos circunstanciais



ligados ao bem tornado cláusula pétrea poderiam ser modificados ou suprimidos”. (MENDES, 2007, p. 209)

Assim, se dos afazeres legislativos resultar norma contrária ou incongruente com o texto constitucional, no que se relaciona à regularidade do processo legislativo ou ao direito material regulado, “[...] o ordenamento jurídico oferece mecanismos de proteção à regularidade e estabilidade da Constituição”. (MENDES, 2007, p. 974)

Os mecanismos de controle de constitucionalidade variam de acordo com os modelos e sistemas específicos, porém, com o mesmo objetivo: expurgar, do ordenamento jurídico, normas incompatíveis com a Constituição. (MENDES, 2007, p. 974-975)

É por isso que o controle de constitucionalidade deve se dar tanto no aspecto formal quanto no material. É possível afirmar, assim, que existe um controle de constitucionalidade formal e um controle de constitucionalidade material. As duas “modalidades” devem incidir simultaneamente sobre a disposição normativa infraconstitucional a ser analisada.

4 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O CONTROLE DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

O controle de constitucionalidade, voltando-se à preservação da linearidade dos diplomas normativos em relação à Constituição, não se refere apenas a questões procedimentais, mas, também, à preservação da influência substancial da Carta sobre o ordenamento como um todo.

É possível que uma lei seja materialmente constitucional, mas esteja fulminada por uma inconstitucionalidade formal, por terem sido desobedecidos os ritos necessários para sua elaboração. A lei pode, ainda, ser formalmente constitucional, por ter sido o processo legislativo fielmente seguido, mas ser material ou substancialmente inconstitucional e, no mérito, ser incompatível com a Carta Magna. (VELOSO, 2003, p. 21)



Ocorre que o controle de constitucionalidade em sentido material não se restringe ao texto da Constituição, nem mesmo às possibilidades interpretativas derivadas da letra da Carta. Volta-se, também, à aferição de sua adaptabilidade à realidade à qual se aplica.

Isso porque as constituições modernas visam ao futuro, todavia, observando o passado, de modo que visam, ao mesmo tempo, salvaguardar e enriquecer. Assim, passado e futuro se conectam em uma única linha, de modo que os valores do passado orientam a busca do futuro, e as exigências do futuro tornam necessária a continua “pontualização do patrimônio constitucional”, originado no passado, bem como uma incessante redefinição dos princípios de convivência constitucional. (ZAGREBELSKY, 2005, p. 91)

Por isso é que o “guardião da Constituição” deve exercer seu mister com base em um ideal de adaptabilidade das disposições constitucionais ao período temporal ao qual devem se aplicar.

Em Carl Schmitt, o fato de o Presidente do *Reich* ser o guardião da Constituição corresponde ao princípio democrático sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar, pois é eleito pelo povo alemão, e seus poderes políticos diante das instancias legislativas são apenas um “apelo ao povo”. (SCHMITT, 2001, p. 233)

O Presidente é o centro do sistema de instituições e poderes plebiscitários. A Constituição do *Reich* procura tornar, a partir dos princípios democráticos, “[...] um contrapelo ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder e defender a unidade do povo como uma totalidade política”. (SCHMITT, 2001, p. 233)

A Constituição de Weimar pressupõe que o povo alemão é uma unidade capaz de agir diretamente, não de forma mediada por organizações sociais em grupos, “[...] que pode expressar sua vontade e que, no momento da decisão, despreza as divisões pluralistas, possa se exprimir e se fazer respeitar”. (SCHMITT, 2001, p. 233-234)

A constituição busca dar à autoridade do presidente do Reich a possibilidade de se unir a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir como guardião



e defensor da unidade e totalidade constitucionais: “[...] a esperança de sucesso de tal tentativa é a base sobre a qual se fundam a existência e a continuidade do atual Estado alemão”. (SCHMITT, 2001, p. 234)

Por representar o povo, a Constituição é, além de uma Norma Maior, uma unidade de agregação da vontade do povo, devendo dobrar-se às modificações que fatalmente ocorrem na realidade, sob pena de não corresponder mais a um ideal de justiça em sentido comunitário.

A legitimidade não se encerra apenas na legalidade, que é o “ponto de Arquimedes” do Estado de Direito autenticamente democrático. Se a legitimidade estivesse contida apenas na legalidade, desapareceria a participação ativa, bem como a possível resistência às leis que negassem os fundamentos da democracia. (FAORO, 1985, p. 32)

O positivismo kelseniano, que recusa o direito natural, “[...] considera o Estado como uma espécie de Rei Midas, que converte em Direito tudo quanto toca”. Nessa perspectiva, o Direito legislado pela autocracia é Direito em sentido próprio, “[...] parecendo-lhe uma restrição inadmissível invalidá-lo porque não foi produzido pelo método democrático, isto é, com a participação daqueles que a ele devem submeter”. (FAORO, 1985, p. 34)

Mesmo Kelsen, todavia, não rejeita a materialidade da Constituição, relacionando-a, diretamente, a um ideal de Justiça democrática, a ser exercitado tanto pelo legislador quanto pelo julgador.

Se a decisão dos casos concretos não é vinculada a normas jurídicas gerais, é necessária a sua exclusão do processo de criação jurídica. O órgão perante o qual se apresenta o caso concreto deve decidir de forma “justa”, o que somente pode ser feito por meio da aplicação de uma norma geral que considere justa. (KELSEN, 2009, p. 280)

Essa norma geral não foi criada por via legislativa ou consuetudinária, de modo que o órgão chamado a descobrir o Direito deve agir da mesma forma que o legislador, ou seja, orientado por um determinado ideal de justiça. (KELSEN, 2009, p. 280-281)



Por isso é que o Tribunal Constitucional não pode deixar, no exercício da averiguação da constitucionalidade substancial, de exercer, também, um controle acerca das mutações constitucionais.

Assim, as funções instrumentais do controle de constitucionalidade são: fiscalizar do o respeito à supremacia constitucional; e servir como um “meio de acomodação” do texto constitucional à realidade em constante mutação. Desse modo, a “simetria” demandada pelo controle de constitucionalidade não está em sentido “geométrico”, mas, sim, “estético”, como compreendiam os gregos. (DUARTE NETO, 2009, p. 151-170)

Por isso é que o controle de constitucionalidade é essencial na preservação da força normativa da Constituição. A ideia de “supremacia” da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico remete às próprias origens do constitucionalismo moderno, assim como a sua inerente capacidade de “conformar a realidade”.

Até porque as questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas. A força normativa da Constituição não reside apenas na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição é força ativa, assentada na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). (HESSE, 1991, p. 04-11)

Embora, por si só, nada realize, pode impor tarefas, transformando-se em força ativa se essas tarefas forem realizadas, se houver disposição de orientar a conduta segundo sua ordem, ou se for possível identificar a vontade de concretizá-la. Assim, a Constituição será uma força ativa se estiverem presentes na consciência geral a vontade de poder (*Wille zur Macht*) e a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 11-12)

A norma constitucional não existe fora da realidade, pois sua essência reside em sua vigência. A pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas nas quais se realiza, de modo que se encontram em uma relação de interdependência, com as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais, condições das quais a pretensão de eficácia da norma jurídica depende. (HESSE, 1991, p. 13-15)



Se a Constituição quiser preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve incorporar parte da estrutura contrária, como deveres fundamentais, a possibilidade de concentração de poder, e algo de unitário em seu federalismo. Se assim não o fosse, a realidade encerraria sua normatividade. (HESSE, 1991, p. 16)

O desenvolvimento da força normativa da Constituição depende, também, de sua práxis. De todos os que participam da vida constitucional exige-se partilhar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 21-22)

Os interesses momentâneos não compensam o ganho resultante do respeito à Constituição, especialmente nas situações em que sua observância é incômoda. A vontade da Constituição deve ser honestamente preservada, mesmo que se tenha de renunciar a alguns benefícios ou vantagens justas. (HESSE, 1991, p. 22)

Quem está disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional “[...] fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida”, indispensável à essência do Estado democrático. Aquele que não se dispõe a esse sacrifício, “[...] malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado”. (HESSE, 1991, p. 22-23)

A Constituição, então, nasce com a partir de uma “vontade”. Enquanto organismo vivo, deseja permanecer imutável, visa à conformação da realidade às suas disposições. Ao mesmo tempo, contudo, deve adaptar-se à realidade presente, de modo a que sua força permaneça ativa.

A essência democrática, que deriva da identidade entre a lei e a vontade geral, entre governante e governados, substancia-se na igualdade, que só é possível em uma comunidade homogênea, na qual um governo forte expressa, plenamente, o poder político, impedindo qualquer ameaça à sua homogeneidade. (DYMETMAN, 2001, p. 115-134)

Assim, a supremacia da constituição compreende sua imutabilidade relativa. As mutações constitucionais são excepcionais. Ocorrem apenas em situações-limite, caracterizadas pela necessidade inexpugnável de a Constituição se adaptar à



realidade, enquanto a regra deveria ser a conformação da realidade às disposições magnas.

Uma nova interpretação ou uma nova prática social, em conflito com a “compreensão” do texto de uma norma constitucional, enseja um quadro de inconstitucionalidade. Tem-se, nesse momento, uma “mutação inconstitucional”. (BULOS, 1997, p. 90)

Mudanças informais da Constituição não se limitam ao seu exercício. Sua única limitação é a consciência do intérprete, em não extrapolar a forma estipulada pela Carta. A ponderação do hermeneuta não deve violar os mecanismos de controle da constitucionalidade; deve, sim, adequar a Lei Máxima à realidade social cambiante. (BULOS, 1997, p. 90-91)

Esse limite subjetivo, psicológico, derivado da consciência do intérprete de evitar a violação dos parâmetros jurídicos por meio de interpretações maliciosas e traumatizantes, “[...] não pode ser levado às últimas consequências, diante da realidade cotidiana dos diversos ordenamentos constitucionais”. (BULOS, 1997, p. 91)

Desse modo, o controle das mutações constitucionais depende, em grande medida, do comprometimento do intérprete no que concerne a adaptar a Lei Maior à realidade à qual se aplica e, ao mesmo tempo, do compromisso auto-limitativo de preservar a força normativa da Constituição

Com a edição da Lei 9.868, o Parlamento brasileiro admite que a função do Poder Judiciário não é apenas a de agir como “legislador negativo”. Com a institucionalização da interpretação conforme e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, o Poder Legislativo brasileiro aceita que o Poder Judiciário possa exercer atividade de adaptação e adição ou adjudicação de sentido aos textos legislativos, o que não significa que o Judiciário possa se transformar em legislador positivo. (STRECK, 2002, p. 144)

Assim, a supremacia da Constituição não se relaciona, simplesmente, à lógica, formal ou material, mas, sim, a uma simetria “total”, fazendo com as normas permaneçam afinadas com o Texto Magno, bem com que este reste sintonizado com a realidade à qual se aplica.



O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma ocasião, decidiu com vistas à preservação da força normativa da Constituição,¹ bem como já assumiu, com base nela, o seu dever de controlar as mutações constitucionais.²

Comprova-se, assim, que a aferição da constitucionalidade material deve compreender o controle acerca das mutações constitucionais, de modo a preservar, positiva ou negativamente, a força normativa da Constituição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Estados regidos Constituições formais têm nelas uma referência normativa geral, hierarquizando a partir dela, o ordenamento jurídico, de modo que os atos normativos a ela se subordinam, formal e materialmente. Encontra-se no ápice do ordenamento. Abaixo encontram-se as demais disposições normativas.

A Constituição como Lei Maior, lógica e politicamente ocorreu no constitucionalismo moderno, tendo feito surgir, simultaneamente, a ideia de controle de constitucionalidade. Tendo a “vontade do povo” sido materializada na Constituição, os demais diplomas normativos devem subserviência à Lei Magna.

¹ “Ação rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à *força normativa da Constituição* e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha-se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo STF”. (BRASIL, 2012, n.p.)

² “A *força normativa da Constituição da República* e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF - a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, *caput*) - assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”. (BRASIL, 2013, n.p.)



Da essência histórica e jurídica e do lugar reservado à Constituição, erigiu-se o princípio da supremacia da constituição. A função primordial do controle de constitucionalidade é manutenção dessa supremacia, não apenas em sentido formal, mas, também, em sentido material.

O Brasil, adotou um sistema de controle misto, que combina o controle difuso, da incidência concreta das disposições legais, bem como a concentração da aferição abstrata da constitucionalidade, em uma Corte Constitucional, que deve controlar a constitucionalidade tanto no aspecto formal quanto no material.

Ocorre que o controle de constitucionalidade material não se restringe ao texto da Constituição ou às suas possibilidades interpretativas. O “guardião da Constituição” deve aferir a constitucionalidade embasado em um ideal de adaptabilidade das disposições constitucionais ao presente, pois a Constituição é, também, uma unidade de agregação da vontade do povo, de modo que o Tribunal Constitucional deve exercer o controle das mutações constitucionais.

O controle de constitucionalidade é essencial na preservação da força normativa da Constituição, que nasce a partir de uma “vontade”, que deseja permanecer imutável, visando à conformação da realidade às suas disposições, ao mesmo tempo em que deve adaptar-se à realidade presente.

A supremacia da constituição compreende sua imutabilidade relativa, de modo que as mutações constitucionais são excepcionais, ocorrendo em situações-limite. O controle das mutações constitucionais depende do comprometimento do intérprete na adaptação da Lei Maior à realidade e, ao mesmo tempo, do compromisso de preservar sua força normativa, estabelecendo uma simetria “total”.

A Suprema Corte brasileira já decidiu de modo a preservar a força normativa da Constituição, assim como assumiu o dever de controlar as mutações constitucionais, o que comprova que a aferição da constitucionalidade material deve compreender esse controle.



REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Editora Sumaré, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2004.

BITTENCOURT, Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 703.485 AgR**. 2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 733.387**. 2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 11 mar. 2018.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

DELLA GIUSTINA, Vasco. **Controle de constitucionalidade das leis**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional: estudo da organização constitucional brasileira**. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2009.

DYMETMAN, Annie. Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção. **Lua Nova: revista de cultura e política**. n. 53. p. 115-205, 2001.

FAORO, Raymundo. **Assembleia constituinte: a legitimidade recuperada**. São Paulo: Brasiliense, 1985.



FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **História y constitución**. Madrid: Trotta, 2005.

