

Mutação constitucional pelo Poder Legislativo

Pouco se tem examinado acerca do papel mutagênico do legislador. Em mente, tem-se a atividade de concretização legislativa dos enunciados constitucionais e a ideia de que haverá sempre um Judiciário vigilante para decretar-lhe os excessos, mantendo a integridade constitucional. Porém, nem sempre é fácil divisar se o legislador atua nos esquadros constitucionais ou foge deles, pois o que se tem é uma interpretação sobre interpretação (Sampaio, 2002, p. 722 *et seq.*). Nesse âmbito, dever-se-iam diferenciar as tarefas legiferantes permitidas, exigidas e vedadas, mas, a não ser por esquematismos dogmáticos, essa tripartição pode desafiar o entendimento do fenômeno. Note-se, por exemplo, que o legislador é chamado a densificar os enunciados de direitos fundamentais, mas não pode limitá-los se não for autorizado e, ainda assim, deve agir com parcimônia ou, como voga, com proporcionalidade. Ocorre que entre a densificação e a limitação pode haver um “espaço cinzento” em que, ou por um apuro hermenêutico ou por discricionariedade, é difícil dizer o que de fato sucedeu (Sampaio, 2013, p. 689 *et seq.*).

Por influência alemã e portuguesa, a terminologia empregada no Brasil para designar o processo de “efetuação” ou de tornar efetivas (formal e materialmente) as normas constitucionais é variada. “Concretização” atualmente é o termo mais empregado. Contudo, ele pode indicar tanto a tarefa geral (e longa) do percurso que vai da abstração normativa à sua aplicação prática pelo legislador, administrador e juiz – ou, na ampla e despercebida rotina cotidiana, pelos indivíduos – como pode significar, mais especificamente, uma “norma de decisão” ou o ato de aplicação da norma. No primeiro caso, poderia haver a mediação do legislador

(a “regulamentação” com suas variantes de “mera” regulamentação, restrição e limitação), da administração (também responsável pela regulamentação das normas e pela execução de programas e políticas) e do juiz (com ou sem a mediação dos dois atores previamente citados).

“Densificar” é dar precisão ao sentido dos enunciados, uma tarefa que é envolvida pela concretização. Em toda operação concretizante, há sempre um processo de interpretação.⁶⁵

A crença numa correção pelo Judiciário é contrafactual. Não porque não possa ocorrer nos sistemas que a preveem, mas porque é impossível dar conta de fiscalizar a quantidade de normas que são produzidas, e as indeterminações semânticas a remetem para aquele âmbito cinzento há pouco referido. Há um levantamento das leis federais declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte dos Estados Unidos de 1803 a 2008. Note-se o tempo e o número de afirmações da ilegitimidade constitucional diante da profusão legislativa nesse país que pode servir de baliza a estudos, por exemplo, no Brasil (Estados Unidos, [s. d.]). Se há uma presunção de constitucionalidade das leis, a dúvida deve favorecer a validade. Em vista disso, é o legislador – e não, como se costuma crer, o juiz – quem mais promove as mudanças informais na Constituição (Eskridge Jr.; Ferejohn, 2010, p. 12-13). A doutrina dos diálogos institucionais pode atenuar a observação: juízes, legisladores e administração pública interagem sob o olhar da opinião pública (Staszewski, 2010).⁶⁶ Na tarefa de concretizar a legislação, o Judiciário acrescenta, remodela, completa e suprime sentidos que, sistematicamente, modificam sintática e semanticamente a ordem jurídica e a Constituição. Quando o intérprete judicial examinar o material legislativo, ele levará em conta, além dos enunciados em questão, os significados do conjunto que passam a integrar seu processo hermenêutico (Dixon, 2011, p. 670).

65 Cf. CANOTILHO, 1982, p. 332; GUEDES, 1995; HÄBERLE, 1997, p. 92 *et seq.*; MIRANDA, 1993, p. 287 *et seq.* Sobre as “teorias concretizantes” alemãs, cf. SAMPAIO, 2013, p. 432 *et seq.*

66 Sobre os limites e contingências do Judiciário, cativo da opinião pública e das instituições políticas, cf. FRIEDMAN, 2009, p. 367 *et seq.*; WHITTINGTON, 2002.

Não se pode desprezar as mudanças de interpretação do próprio legislador, derivadas dos contextos sociopolíticos e, como dizia Jellinek (1991), das “opiniões variáveis dos homens”. O que parece inconstitucional num determinado momento surge mais tarde como constitucional, promovendo-se, assim, uma mutação. As leis transitam de um polo a outro, expressando os câmbios de interpretação (Jellinek, 1991, p. 15).

Essa tarefa ordinária de “concretização” constitucional ocorre em todos os sistemas com constituições rígidas, mas é mais perceptível naqueles que não adotam o modelo documental ou codificado de Constituição, como a Austrália. Neles, há uma relativa (ou mais evidente) indefinição entre os espaços normativos da Constituição e das leis ordinárias ou, pelo menos, de algumas leis ordinárias que tratam de matérias intimamente relacionadas aos temas constitucionais (Lim, 2017, p. 16-17, p. 20).

O mesmo se poderia dizer, embora com algum cuidado, em relação às constituições “plásticas” ou remissivas ao legislador. Nesses casos, o próprio texto constitucional deixa para a lei – e a sua mais flexível alteração – a tarefa de definição do conteúdo das normas constitucionais, embora, pelo menos em certos domínios, haja esforços para construir alguns limitadores à discricionariedade legislativa, como as exigências de proporcionalidade e a proibição de retrocesso social ou, mais recentemente, de prejuízo socioambiental.

No caso norte-americano, que também se aplica ao Canadá, boa parte das mudanças no papel do Estado como regulador da economia foi promovida pela legislação sem que houvesse alterações no texto constitucional. Lembremos, a propósito, das leis sobre direitos civis aprovadas no chamado “período da Reconstrução” dos Estados Unidos, que se deu após a Guerra de Secessão (1861-1865). Diversos instrumentos legais deram aos ex-escravizados direitos que lhes haviam sido negados, notadamente pelos estados do Sul, desde a liberdade contratual até o direito de casar e estabelecer família. Concedeu-se aos afrodescendentes do sexo masculino o direito de voto e de ocupar cargos públicos. Houve, nesse período, três emendas à Constituição estadunidense: a XIII^a Emenda, ratificada em 1865, aboliu a escravidão; a XIV^a Emenda,

proposta em 1866 e ratificada em 1868, garantiu a cidadania estadunidense a todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, dando-lhes os direitos civis federais; a XVª Emenda, proposta em 1869 e aprovada em 1870, proibiu a privação de direitos políticos com base em raça, cor ou condição prévia de escravização (Ackerman, 1991, 1998; Franke, 1999; Maltz, 1990).⁶⁷

O Banco Central dos Estados Unidos, às vezes chamado de “instituição mais poderosa do país” (Meyer, 2004, p. 11), foi criado por uma lei (*Federal Reserve Act of 1913* – ou Lei da Reserva Federal, em tradução livre), sem que houvesse qualquer previsão constitucional para essa finalidade. Essa observação já era feita por estudiosos no início do século XX (Llewellyn, 1934, p. 21). No curso do *New Deal*, diversos diplomas legais ampliaram a competência de intervenção do Estado na economia e nas relações laborais, bem como estabeleceram princípios que balizariam leis futuras, a ponto de gerarem discussões sobre a validade de normas que viessem a contrariá-los. Tornaram-se, os próprios diplomas legais, parâmetros de leis.

Em seguida, o Poder Judiciário veio a ratificar essa mudança operada pela legislação e a lhe dar o selo de superioridade normativa ou de parâmetro de controle (Ackerman, 1991, p. 267-268; Eskridge Jr.; Ferejohn, 2010, p. 1235-1236). Em diversos momentos, esse controle de legalidade diferenciada foi realizado pelos tribunais: a conformidade dos regulamentos das agências administrativas às leis que as constituíram pode ser vista no caso “AT&T Corp. v. Iowa Utils. Bd.” (Estados Unidos, 1999b); e a conformidade das leis estaduais com a lei federal em todas as suas formas está presente no caso “De La Cuesta v. Fidelity Fed. Sav & Loan Assn.” (Estados Unidos, 1981b). No silêncio constitucional sobre o primeiro caso e no exercício claro de uma função constitucional expressa no segundo, esse controle de legalidade é um mecanismo expansivo do bloco de constitucionalidade, também não previsto na Constituição documental ou canônica (Young, 2007, p. 460). Mesmo quando a iniciativa parte da

67 Sobre o papel das leis, cf. ACKERMAN, 1991, p. 92 *et seq.*; sobre a imposição da força do Congresso estadunidense às cortes, cf. ACKERMAN, 1991 p. 97 *et seq.*, 1998, p. 225 *et seq.*

Suprema Corte, pode ser que se faça necessária a aprovação de uma lei para que o entendimento acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma se torne efetivo (Eskridge Jr.; Ferejohn, 2010, p. 6; Sunstein, p. 176). Foi o que se deu, por exemplo, no caso do fim da segregação dos negros nas escolas públicas estadunidenses, declarada inconstitucional em 1954, mas que somente em 1964 se tornou lei, por meio da promulgação do *Civil Rights Act* (ou Lei dos Direitos Cívicos, em tradução livre).

Essas “leis-quadros”, por lá conhecidas como “leis constitutivas” (Young, 2007) ou “superleis” (Eskridge Jr.; Ferejohn, 2010), possuem um *status* quase constitucional. Diferentemente das demais leis, elas influenciam a compreensão de um dado ramo ou instituto constitucional, detendo uma dignidade formal e material diferenciada que lhes dá a função de cânone normativo (Eskridge Jr.; Ferejohn, 2010). Entre elas, no contexto jurídico dos Estados Unidos, estão, por exemplo, a Lei Antitruste (*Sherman Act*), de 1890, a Lei de Direitos Cívicos, de 1964, e a Lei das Espécies Ameaçadas de Extinção (*Endangered Species Act*), de 1973 (Eskridge Jr.; Ferejohn, 2010, p. 1230 *et seq.*).

No Canadá, a Carta de Direitos (*Bill of Rights*), de 1960, e a Lei da Saúde (*Canada Health Act*) também têm esse caráter de superestatutos (Albert, 2014). Pode-se atribuir essa atuação legislativa nos dois países ao caráter sintético de suas constituições, mais nos Estados Unidos do que no Canadá, e à *Common Law*. Entretanto, mesmo nos países da *Civil Law* e com textos constitucionais mais extensos, o fenômeno também ocorre.⁶⁸

Com exceção dos tratados de direitos humanos ratificados sem os rigores das emendas à Constituição, não há, no Brasil, uma lei que se imponha, formalmente, às demais. Não há hierarquia em sentido formal ou próprio, senão em sentido material, em virtude da repartição de tarefas legislativas no âmbito das competências concorrentes (Brasil, 1988, art. 34). As normas gerais de Direito Tributário, constantes do Código Tributário Nacional, são alçadas a um patamar jurídico que obriga os legisladores

68 Sobre a Alemanha, cf. HOFMANN, 2012, p. 334 *et seq.*; e sobre a Espanha, cf. CUADRADO, 2010, p. 389 *et seq.*

de todas as entidades federativas a respeitá-las. As disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, do Estatuto das Cidades, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, conformam o âmbito normativo de forte matriz constitucional, seja no tocante a direitos, seja em sua parte orgânica.

Pense-se assim também nas chamadas “Leis de Política Nacional”, acrescentando-se à legislação a matéria pertinente. Por exemplo, no caso da saúde pública, no que concerne aos seus aspectos mais gerais, temos a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e em relação aos seus aspectos mais concretos, como a saúde do idoso e a saúde mental, temos, respectivamente, a Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, e a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Já no caso do meio ambiente, também no que diz respeito aos seus aspectos mais gerais, temos a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e para os seus aspectos particulares, como destinação de resíduos sólidos, educação ambiental e mudanças climáticas, temos, respectivamente, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, a Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, e a Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009 (nesse último caso, das mudanças climáticas, vale mencionar, ainda, o Código Florestal).

Essa atividade de “modelagem” constitucional é ainda mais nítida naquelas matérias que se situam no âmbito da competência privativa da União, como os códigos Civil, Penal, Processual Civil, Processual Penal e Eleitoral, a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei Orgânica da Magistratura. É curioso que, nesses domínios, as leis estabelecem um quadro normativo que se soma e, até certo ponto, se mistura com as normas constitucionais que visam disciplinar. Aliás, o próprio verbo “disciplinar”, empregado despropositadamente, revela a ambiguidade da atuação legislativa. Não se quer dizer que não se possa questionar a constitucionalidade das leis. Sendo constitucionais ou não, elas conformam um âmbito de normatividade constitucional, impregnando-o de sentidos que se irradiam no

ramo jurídico que lhe é próprio, como premissas inafastáveis e até certo ponto indiscutíveis.

Pode-se pensar que essa é a tarefa esperada do legislador de concretização, mas não se pode fechar os olhos às mudanças que promove no sistema de normas, influenciando a interpretação que a partir de então se passa a fazer pelos agentes jurídicos, inclusive os juízes (Dixon, 2011, p. 670). Os câmbios dos institutos, normalmente muito lentos, podem levar à produção de novas normas gerais, desencadeando todo o processo. Uma vírgula no enunciado constitucional foi alterada, mas o sentido, desde a primeira atividade concretizante, pode ir se modificando.

Não se pode menosprezar as leis que instituem as chamadas “reformas administrativas”, em países como o Brasil, na virada do século XX para o XXI, e Itália, no início dos anos 1990, com uma política de privatização, criação de agências executivas ou reguladoras independentes, flexibilização da licitação e contratação pública, estabelecimento de contratos de gestão. Por mais que as reformas tenham densificado normas constitucionais, algumas introduzidas por emendas, elas produziram inovações no perfil do Estado que vão muito além da mera densificação, sem, contudo, desafiarem claramente os parâmetros constitucionais que concretizaram (Fusaro, 1993).

Há outras competências parlamentares que podem também alterar o conteúdo da Constituição. Pense-se na organização interna, como a instituição de comissões, quando for silente o texto constitucional a respeito, como nos Estados Unidos (Whittington, 1999, p. 12). Ou até do desenho institucional do *impeachment*, também nos Estados Unidos (Griffin, 2006, p. 17-18) e no Brasil.

A discussão, por exemplo, sobre a ocorrência de crime de responsabilidade da presidente da República, Dilma Rousseff, e seu afastamento do cargo têm repercussão na leitura que se possa fazer do processo. A se entender que as chamadas “pedaladas fiscais” ou “contabilidade criativa” ocorreram e, segundo as normas do Direito Financeiro, implicariam crime contra a lei orçamentária, não haveria qualquer inovação do instituto.

Entretanto, a dúvida sobre a materialidade e autoria de tais ilícitos poderia levar à conclusão de que sucedeu uma ruptura institucional (Cardoso; Souza, 2016) ou a conversão do *impeachment* numa espécie de voto de desconfiança, considerando-se não o crime de responsabilidade em si mesmo, mas os equívocos do governo (Peixoto, 2016; Moraes; Sobrinho, 2016). Essa interpretação pode resultar em mudança do próprio sistema de governo, um misto de presidencialismo e parlamentarismo, de “presidencialismo à brasileira” ou “à paraguaia” – embora, isoladamente, não possa ainda ter o significado de uma mutação constitucional – pois, em 2012, o presidente paraguaio, Fernando Lugo, também fora afastado numa circunstância controversa (Llanos; Nolte; Weber, 2012).

O funcionamento das instituições é campo fértil para o desenvolvimento de práticas e convenções, às vezes de acordo com a Constituição, às vezes colmatando-a ou mesmo violando suas disposições. Nos Estados Unidos, algumas normas foram se desenvolvendo sem contarem com previsão constitucional ou legal expressa.

À exceção dos estados de Maine e Nebraska, os membros do colégio eleitoral para eleição do presidente da República, por exemplo, são escolhidos pelo sufrágio popular, devendo cumprir fielmente o seu mandato, com a incumbência de votar no candidato vitorioso em seus distritos. Essa convenção já consta na legislação de diversos estados (Elster, [s. d.], p. 31). Porém, há casos de constitucionalidade discutível, mas aceitos como práticas legítimas. Embora o presidente dependa da autorização do Senado para nomeação de alguns servidores públicos federais (ouvindo os representantes do seu partido no estado, se, por acaso, lá tiverem de ser exercidos os cargos), existe a possibilidade de exonerá-los sem necessidade do consentimento senatorial. Há, por outro lado, competências constitucionais expressas que não mais podem ser exercidas por desuso ou convenção em sentido contrário. Ocorre assim com o número de juízes e as competências da Suprema Corte, que não devem ser alterados pelo Congresso, ainda que, formalmente, possa fazê-lo. Todavia, existem exceções. A convenção do “Discurso sobre o

Estado da União”,⁶⁹ feito anualmente pelo presidente eleito dos Estados Unidos ao Congresso, teve início com George Washington e John Adams, mas foi abandonada por Thomas Jefferson, só retornando com Woodrow Wilson em 1913. A última mensagem do “Estado da União” feita por escrito se deu em 1981 (Peters; Woolley, 2007) e, desde então, o discurso vem sendo realizado presencialmente. A princípio, a discussão sobre convenções constitucionais e certas práticas relacionadas à separação dos poderes deveria se dar apenas entre o mundo da política e o do Direito, pois a introdução formal do conceito de convenção constitucional poderia atrapalhar o entendimento jurídico e legal que a prática estabeleceu. Muitos dos elementos citados ou seriam costumes constitucionais ou normas constitucionais implícitas reconhecidas (Bradley, 2017, p. 77; Elster, [s. d.]; Vermeule, 2013; Whittington, 2013).

O Congresso aprovou, em 2006, uma lei que afastava o controle de constitucionalidade de suas normas, baseando-se no poder constitucional que lhe confere a Constituição para dispor sobre a jurisdição de apelo, inclusive criando-lhe exceções. A lei foi declarada inconstitucional em “Hamdan v. Rumsfeld” (Estados Unidos, 2006b). Elster ([s. d.]) interpreta essa situação como se o Congresso, até então, estivesse constrangido a não exercer essa competência devido a uma convenção constitucional. Assim, também a resistência ao *Court-Packing Plan* (Plano de Lotação da Corte, em tradução livre) de Roosevelt para alterar o número de membros da Suprema Corte fez nascer uma norma não escrita, proibindo a prática (Elster, [s. d.], p. 30). A Corte afirmou sua competência ao longo dos anos, embora, posteriormente, o debate tenha se dado mais em torno da compatibilidade do Código Uniforme da Justiça Militar e da Convenção de Genebra de 1949 (considerada como incorporada ao Código), com a criação de comissões militares especiais pela administração Bush (2001-2009). A conclusão: havia incompatibilidade (Estados Unidos, 2006b).

69 O “Discurso do Estado da União” é uma tradição da política estadunidense que conta com raízes na Constituição do país. Embora a Constituição não determine a frequência de realização do “Estado da União”, a convenção estabeleceu que o presidente se reporte ao Congresso anualmente, com um discurso em que, apresentando suas prioridades e metas, deve ser feita uma avaliação da atual situação do país.

Na França, o artigo 8 da Constituição de 1958, que prevê a destituição do primeiro-ministro pelo presidente somente quando houver requerimento de dissolução do governo, nem sempre é obedecido. Se o partido do presidente obtiver maioria na Assembleia Nacional, ele pode abreviar o mandato do primeiro-ministro (França, [1958] 2022). O maior protagonismo de um e de outro depende de quem detém maior base de apoio no Parlamento (Avril, 1997, p. 112 *et seq.*; Duverger, 1980, p. 170 *et seq.*). Na Itália, cabe ao presidente do Conselho de Ministros assinar, em conjunto com o presidente, o decreto presidencial de nomeação do presidente do Conselho de Ministros (Mannino, 1999, p. 92). Igualmente, a rejeição do projeto de lei orçamentária pelo Parlamento italiano leva, além do efeito jurídico da negativa ao projeto, à consequência política, não prevista constitucionalmente, de voto de desconfiança (Guastini, 2001, p. 252).

Em se tratando da Alemanha, são as convenções constitucionais, e não o texto constitucional ou legal, que disciplinam as competências do Bundestag e as do Bundesrat para eleger seus respectivos presidentes. No primeiro caso, a escolha é feita pelo partido com mais assentos e, no segundo, há rodízio anual entre os representantes dos *Länder*, a começar pelo mais populoso (Taylor, 2014). No Canadá, um membro da oposição preside a comissão parlamentar que fiscaliza as contas públicas; o mesmo ocorre na Noruega, onde o líder da Comissão Parlamentar de Controle e Constituição deve ser um membro da oposição. É ainda convenção norueguesa, encontrada também na Austrália, que os ministros que assumem seus postos não devem abrir os arquivos do antigo governo (Elster, [s. d.], p. 31).

No Brasil, também há exemplos dessas atividades de integração e, no limite, de contrariedade constitucionais pela prática institucional. Tome-se o exemplo dos líderes partidários que, de fato, controlam – com seu poder formal de indicar e destituir membros – as comissões parlamentares, que têm forte influência sobre as votações em plenário (Vieira, 2009, p. 62) e cujas escolhas se fazem no âmbito das agremiações, na maioria dos casos sem critérios definidos (Miranda, 2010, p. 204).

Há, inclusive, diversos poderes informais, como o de indicação de nomes para concorrer à presidência das comissões parlamentares (Figueiredo, 2012, p. 42), não sendo raros os acordos entre os líderes partidários (Miranda, 2010, p. 204).

Tampouco é incomum que esses acordos levem a um descumprimento parcial da proporcionalidade imposta pelo texto constitucional (Brasil, 1988, art. 58, parágrafo 1º), pois os líderes de partidos ou blocos partidários acabam renunciando à sua participação em troca de integrarem comissões mais importantes, elevando, assim, as sub e as sobrerrepresentações partidárias (Pacheco, 2014, p. 95). O Supremo Tribunal, como considera esses assuntos *interna corporis* (Sampaio, 2002, p. 309 *et seq.*), não os controla, abrindo espaços para seu desenvolvimento.

Nem sempre é fácil distinguir uma interpretação parlamentar adequada de outra incompatível com a Constituição. O artigo constitucional 57, parágrafo 4º, prevê a eleição das mesas da Câmara e do Senado para mandatos de dois anos, vedando a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente. Poderia um presidente da Câmara que assumira o cargo por destituição do anterior candidatar-se na eleição seguinte à presidência da Casa? Os deputados entenderam que sim e, instado a se manifestar, pelo menos em juízo monocrático e de deliberação, o Supremo Tribunal Federal não viu problemas. O dispositivo constitucional não era explícito sobre o assunto. Na dúvida, haveria de prevalecer a interpretação mais generosa e a decisão política tomada pela Câmara.⁷⁰

70 Cf. BRASIL, 2018c.