

# A Constituição sob ataque: Legislativo e Executivo como fatores mutagênicos

## The Constitution under attack: Legislative and Executive as mutagenic factors

**José Adércio Leite Sampaio<sup>1</sup>**

Escola Superior Dom Helder Câmara, Brasil  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil  
joseadercio.contato@gmail.com

### Resumo

As Constituições rígidas deveriam ser modificadas apenas por meio do processo de emenda ou revisão nelas previsto. Os analistas, no entanto, identificam diversas alterações constitucionais que não seguem esse roteiro, não modificando, sequer, o seu texto normativo. São as chamadas “mudanças informais” ou “mutações” da Constituição. No Estado de Bem-Estar, o Legislativo e o Executivo desempenham um papel extremamente ativo na adoção de leis, regulamentações e medidas que, a pretexto de concretizar a Constituição, acabam por modificá-la. Espera-se que o Judiciário corrija eventuais excessos ou desvios, mas essa expectativa nem sempre se confirma, seja porque não os identifica com tais, seja porque essas alterações não são questionadas perante as cortes.

**Palavras-chave:** mudança informal da constituição, mutação constitucional, poder executivo, poder legislativo.

### Abstract

The rigid Constitutions should be modified only by means of the amendment or revision process they envisage to. Analysts, however, identify a number of constitutional amendments that do not follow this script, not changing, even, its normative text. These are the so-called “informal changes” or “mutations” of Constitution. In the Welfare State, the Legislative and the Executive play an extremely active role in the adoption of laws, regulations and measures that, under the pretext of implementing the Constitution, modify it. It is expected that the judiciary will correct any excesses or deviations, but this expectation is not always confirmed, either because it does not identify any problem, or because these changes are not questioned in the courts.

**Keywords:** informal change of the constitution, constitutional mutation, executive power; legislative power.

<sup>1</sup> Escola Superior Dom Helder Câmara. Rua Álvares Maciel, 628, Bairro Santa Efigênia, 30150-250, Belo Horizonte, MG, Brasil. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Av. 31 de março, 1020, Prédio 93, Bairro Dom Cabral, 30535-000, Belo Horizonte, MG, Brasil.

## Introdução

As mudanças informais da Constituição – ou mutações constitucionais – parecem um fenômeno inevitável, derivado da natureza da política<sup>2</sup>. A rigor, não poderiam ocorrer, pois violam a rigidez constitucional e, nos Estados federais, a exigência de participação das entidades subnacionais nos processos deliberativos nacionais. Mas, como as bruxas (ou mais realistamente), elas existem. Há duas formas de a Dogmática Constitucional tratá-las: negar-lhe a existência e tocar sua vida de conceitos, palavras e abstração. Ou reconhecê-las com um fato a ser estudado e tratado. Não precisar de muito esforço para concluir que a primeira atitude é estruonídea. Os estudos de Teoria da Constituição e Direito Constitucional, para não perderem seu diferencial teórico e transcenderem a mera retórica, deverão identificar o processo de surgimento, suas causas ou razões, sua evolução ou dinâmica para, se for o caso, refutá-lo. A estratégia de refugiar o pescoço sob o solo não faz mais que recolher-lhe à insignificância. E ao deboche. Reconhecê-las não importa legitimá-las. É antes tarefa crítica de um investigador dedicado a compreender a política constitucional como uma realidade viva, de forma e conteúdo, de normas e fatos. Nesse trabalho, poderá, como muitos, sucumbir ao império da facticidade, mas poderá também sair mais fortalecido para defesa da Constituição como o último refúgio contra as intempéries da política e da ambição humana.

O presente estudo visa examinar dois agentes, quase sempre esquecidos nos debates, mas que produzem as mudanças constitucionais sem as formas e modos que a própria Constituição exige: Legislativo e Executivo. Pela metáfora, de origem alemã, são os fatores mutagênicos, os principais, os que deveriam promover os requisitos formais do constitucionalismo e sua substância. Baseado em revisão bibliográfica e desenvolvido, predominantemente, sob o método dedutivo, o artigo está dividido em três partes antes das considerações finais. A primeira procura definir o processo de mutação constitucional; a segunda cuida do Legislativo e a terceira, do Executivo, como fatores mutagênicos.

## O fenômeno da mutação constitucional

Chamam-se “mudanças informais” ou “mutações constitucionais”<sup>3</sup> os processos de alteração da Constituição sem que haja modificação no texto dos enunciados constitucionais à margem do processo formal de emenda ou revisão (Hesse, 1983, p. 91-92; Dau-Lin, 1998, p. 30; Whittington, 1999, p. 5)<sup>4</sup>. Nem sempre é fácil identificar quando se está diante de uma verdadeira mutação constitucional, de um arranjo provisório de práticas políticas ou disposições legais que se desenvolvem na penumbra dos enunciados constitucionais ou de uma simples modificação da orientação jurisprudencial sobre determinado tema constitucional. Embora não seja um irrefutável “teste de pedigree” das mutações, há um roteiro composto de três elementos que auxilia a sua identificação: (a) a presença de uma ressignificação ou reordenação das normas constitucionais; (b) a mudança estabelece um novo e vinculante padrão para a conduta futura dos atores constitucionais, incluindo juízes e a população, quando for o caso; (c) esse padrão opera (e é percebido) como se norma constitucional formal fosse (Griffin, 2006, p. 61).

Os estudos sobre o assunto costumam apontar, na origem do processo, um divórcio entre a norma positivada e a realidade subjacente, entre direito constitucional escrito e o vigente, entre as relações jurídicas na realidade vital do Estado e o sistema constitucional (Dau-Lin, 1998; Barroso, 2009, p. 126; Sarlet *et al.*, 2012, p. 147). Visto mais atentamente, em sua maioria, pois casos há de excessos, a mutação é resultado de releituras dos enunciados normativos que, impulsionadas pelas necessidades fáticas e pelo vigor rejuvenescente dos princípios, revelam sentidos até então não identificados (Dworkin, 1986, p. 225 ss.). O intérprete é, assim, produto da sua história, do texto que o interpela e do contexto em que vive, enquanto a interpretação resulta da fusão do “horizonte” do texto e do “contexto” do intérprete, da inter-relação do tempo e do espaço de significados dos dois num processo em que, invisíveis, falam muitos atores (Gadamer, 2013, p. 415-416). Há, por isso, quem prefira se referir ao processo como

<sup>2</sup> Consulte-se, na literatura a respeito, Ferraz (1986); Dau-Lin (1998); Jellinek (1991); Lutz (1994) e Strauss (2001).

<sup>3</sup> A terminologia do fenômeno é variada. No catálogo enumerativo, Anna Cândida Ferraz identificou o emprego de expressões como processos oblíquos (Francisco Campos), não formais (Meirelles Teixeira), fáticos (Merola Chierchia), revisão informal (Canotilho) e mudança material (Pinto Ferreira), ela mesma preferindo falar em “processos indiretos”, “não formais” ou “informais” (Ferraz, 1986, p. 12). O predomínio no Brasil é, contudo, por “mutação constitucional” (Barroso, 2009, p. 123; Sarlet *et al.*, 2012, p. 147).

<sup>4</sup> Discutível a distinção, empregada pelo autor, entre interpretação e construção. A primeira busca sentidos identificáveis no texto normativo, desenvolvendo-se de forma evolutiva e permitindo um diálogo entre Judiciário e os outros poderes, de modo a criar regras para ação governamental. A segunda considera os princípios políticos fundamentais, ocorre no momento de turbulência ou de desentendimentos e opera no interstício dos significados textualmente identificáveis, de modo que estrutura a futura prática política (Whittington, 1999, p. 7).

o “desenvolvimento” dos sentidos do texto no tempo e seus novos contextos, em vez de “mutação constitucional”, cuja tradição remonta a rupturas ou hiatos de normatividade da Constituição (Häberle, 1997, p. 111 ss, 113; 2003, p. 69ss, 125, 141). A leitura de trabalhos clássicos sobre o tema, especialmente daqueles produzidos na Alemanha entre o fim do século XIX e o início do século XX, revela esse quadro de possibilidade de negação da capacidade da Constituição de manter-se a ordenar a realidade. Segundo Jellinek (1991), existiram vários tipos de mutação constitucional (*Verfassungswandlung*), levando-se em conta, quem a realiza e as causas ou condições que levam à sua ocorrência. Os agentes políticos seriam um dos principais atores de mudança, por meio das chamadas “convenções constitucionais”. Dentre eles, haveria um destaque para os parlamentares com a suas práticas de concertações e de trabalho legislativo. O Judiciário, especialmente nos sistemas que adotam instrumentos de controle de constitucionalidade, desempenharia um papel relevante, por meio da interpretação constitucional. Um descompasso entre norma e realidade, um hiato entre o que comanda a Constituição e o contexto fático de valores e relações de poderes político-sociais estaria na base das mudanças. As lacunas das normas seriam uma das fontes desse descompasso e hiato, mas não se poderia olvidar das alterações nas relações de forças sociais e políticas, conduzido à impossibilidade de exercício de competências e ao desuso dos poderes constitucionais. Enfim, muitas das alterações seriam consequência de uma necessidade política que se irromperia por entre os vazios deixados pelas normas ou até, poderosamente, contra elas (Jellinek, 1991, p. 7, 19). Próxima a essa análise, está a descrição das origens mutagênicas de Dau-Lin (1998 [1932], p. 31). Para ele, haveria quatro tipos de mutação constitucional: (a) as originárias de práticas políticas que se desenvolveriam num ambiente que os formalistas chamariam de lacuna constitucional; (b) as derivadas de práticas políticas contrárias aos enunciados constitucionais; (c) as produzidas pela impossibilidade de exercício das competências estabelecidas pela Constituição, em razão do desuso ou da prática política e das exigências da realidade, ou pelo desuso das competências estabelecidas pela Constituição; e (d) as decorrentes da interpretação dos enunciados constitucionais, dando-lhes significado distinto do original.

A mutação do segundo tipo apresenta desafios à teoria da Constituição e a sua ideia de supremacia constitucional e a recorrência de sua referência, notadamente, no Direito Público alemão tem forte raiz nos debates levados a efeito no final do século XIX, sobretudo, diante da inexistência, à época, de um sistema de controle de constitucionalidade e do predomínio do positivismo legalista, cuja lacuna epistemológica e empírica, haveria de ser suprida pelo império dos fatos, pelo *fait accompli*, o (irracional) fato consumado (Korioth, 2000, p. 46). Por isso, os primeiros estudos do assunto, em Laband (1895) e Jellinek (1991), devem ser considerados nesse contexto, assim como a influência que exerceram sobre alguns weimaristas ou seus observadores como era o caso de Dau-lin (Urrutia, 2000)<sup>5</sup>. O terceiro tipo pode ou não por em dúvida a validade, assim como o último tipo é forma mais conhecida e, ao mesmo tempo é forma de validação das anteriores, ressalvadas, em princípio, as que forem inconstitucionais. Sem embargo, as mudanças de visões de mundo e de valores ou, por vezes, de relação de força dentro da sociedade conduzem a uma dinâmica distinção de compatibilidade entre norma e realidade normada, sentido normativo e facticidade política. A compreensão desse fenômeno nem sempre é tão simples como aparenta à primeira vista. Apenas em situações limites e na fotografia do complexo fático-normativo que um dado instante permite ou tira, é de fácil diluição. Há dois extremos no intercâmbio ou tarefa de compatibilidade, um, frontalmente inconstitucional; outro, claramente constitucional. O domínio da normatividade pelo fático, no primeiro extremo, leva ao desprestígio da força normativa da Constituição. Ao desprestígio ou ao seu fim. A ascensão de Mussolini ao poder da Itália não se fez com revogação formal do Estatuto Albertino. Entretanto, sua governança em nada se adequava às exigências de uma monarquia parlamentar, que era a que se impunha naquele Estatuto. A Constituição caducava às práticas de um governo fascista. (Crisafulli, 1976, p. 116). Uma realidade que desafie a Constituição pode exigir dela duas respostas jurídicas: o expurgo dessa realidade pela invalidade ou declaração de sua inconstitucionalidade; ou a reforma da Constituição para ajustar-se à nova realidade, desde que obediente ao procedimento de emenda ou revisão. Nas duas hipóteses, tem-se o predomínio da norma constitucional sobre a facticidade violadora de seus quadrantes.

<sup>5</sup> Sob a Constituição de Weimar, não havia o controle de constitucionalidade, à exceção de três mecanismos: (a) o controle de primazia do direito federal sobre o direito dos Länder (art. 13), exercício pelo Tribunal do Reich (*Reichgericht*); (b) o controle de conflitos constitucionais entre órgãos constitucionais, entre o Reich e os Länder ou desses entre si, exercido pelo Tribunal de Estado do Reich Alemão (*Staatsgerichtshof des deutschen Reiches*); e (c) o controle difuso pelos juizes do direito pré-constitucional (art. 178.2). Houve, todavia, o reconhecimento de que o juiz poderia também controlar a constitucionalidade das leis posteriores a 1919 numa polêmica decisão do *Reichgericht* de 5 de novembro de 1925 (Heller, 1985, p. 288-289; Urrutia, 2000, p. 115).

Note-se que a prevalência dos fatos ou a supremacia das normas são, como se disse, extremos que admitem espaços de indefinição entre si. A realidade e a norma não são sempre tão divorciadas que permitam uma das duas saídas. As tarefas de aplicação da norma constitucional não se limitam a exercícios de subsunção formalista. A norma prenuncia e impregna a realidade que visa norma e é definida por essa mesma realidade (Müller, 1993, p. 212). A construção de sentidos é sempre uma tarefa de acoplamento de realidade e norma que se opera no tempo, a ponto de ser complicado dizer o que é jurídico e o que é extrajurídico, exceto nos extremos de um hiperintérprete que rompe a linha de construção dos sentidos juridicamente possíveis. A realidade constitucional é o reino das conexões entre direito e política, travejado por aspectos econômicos e sociais (Luhmann, 1996). É ela que, ao ser simultaneamente produto e resultado das mediações recíprocas entre normatividade e facticidade, define os sentidos do constitucional e do inválido. A aplicação constitucional é construção normativa e movimento constante de diferenciação entre um e outro sentido, o constitucional e o inconstitucional, a validade e a invalidade (Enterría, 1985, p. 208, 215). O recurso à principiologia enriquece o debate no esforço de construir coerência do e ao discurso, de modo a evitar a *decisão* e a ruptura sincrônica e diacrônica do processo argumentativo tanto de justificação quanto de aplicação, da legislação e da jurisdição (Heller, 1985, p. 277; Habermas, 2003, p. 324-325; Streck *et al.*, 2013, p. 61). Os jogos de linguagem nem sempre permitem precisar a distinção entre os dois planos, quando se recorre aos princípios que estruturam ou imantam a ordem jurídica com suas pretensões de justiça. A seletividade principiológica pode, em si mesma, ser uma tarefa decisionista, tanto quanto a sua aplicação nas teias retóricas que, pretensamente, constroem-se da práxis intersubjetiva de uma comunidade de intérpretes. A simples referência ao mundo dos princípios, portanto, não fecha as lacunas de alterações substantivas de sentidos normativos nem evita o buraco-negro do decisionismo. O direito é feito de texto e de realidade, cuja reunião se revela no sentido com dupla pretensão, de justiça e de efetividade.

É diante desse cenário que se devem tomar na devida conta as observações de que o intencional hiato entre normatividade e realidade constitucionais, no âmbito do constitucionalismo semântico e nominalista ou simbólico é deliberado deixado para que se opere a ruptura, pois se não há sentido normativo pré-dado, apenas uma ilusão semântica, estimulada pela pragmática do poder e do *statu quo*, todo sentido é possível. (Sartori, 1962, p. 858; Loewenstein, 1976, p. 216). Não há, nesse ambiente, mutação constitucional, mas uma Constituição mutante, desformalizada, pela perda de sua capacidade de bloqueio às intenções de permanência da elite no poder, e desmaterializada, pela falta de significado normativo que importe compromissos prévios da práxis política e da dinâmica social; o que, para alguns, soa como a hipertrofia simbólica da Constituição e sua intrínseca “desconstitucionalização fática” ou “concretização desconstitucionalizante” (Neves, 1996, p. 323).

Há três grandes fontes de mutação constitucional que se encontram em operação contínua: o Legislativo, o Judiciário, o Executivo e as práticas políticas, notadamente as convenções constitucionais e os partidos políticos (Albert, 2014, p. 1062). Elas atuam de modo simultâneo ou, mais comum, separado, tanto no estabelecimento de novos institutos, quanto na produção de caducidade dos existentes por *desuetudo*. O Direito consuetudinário, relegado a plano meramente secundário, na dogmática constitucional do “civil law”, surge como um processo tanto construtivo quanto erosivo dos sentidos normativos (Loewenstein, 1976, p. 165 ss; Jellinek, 1991, p. 37 ss, 51)<sup>6</sup>. A admissão desse processo mutagênico importa a consideração de que, mesmo nos modelos de Constituição documental ou codificada, podem existir outras fontes do direito constitucional que não se submetem ao rigor formal dos processos de emenda e revisão à Constituição (Fallor Jr, 1999, p. 546; Coan, 2010, p. 158). Essa flexibilidade formal não pode ser interpretada, no entanto, como flexibilidade material, pois é dependente de fatores sociais e políticos, além de uma vinculação a precedentes ou tradição que mudam, mas não com tanta facilidade ou ao alvedrio ou vontade imediata e arbitrária dos atores mutagênicos (Strauss, 1996, p. 935).

<sup>6</sup> Num inventário declaradamente enunciativo, foram enumerados 87 exemplos de mudanças na Constituição dos Estados Unidos, feitas sem recurso ao processo formal de emendas e sem haver precedentes judiciais, dentre os quais: (a) estruturas orgânicas: a criação do gabinete do presidente, do serviço público civil federal, das cortes federais inferiores, das comissões de regulação independentes, das comissões parlamentares e o tamanho da Suprema Corte, (b) distribuição e delegação de poderes políticos: o *judicial review*, o poder presidencial de negociar tratados, poder de embargo, ajuda federal aos Estados, as intimações (subpoena) e a figura da desobediência (contempt) congressuais; (c) participação política e cidadania: limites do mandato congressual e adoção pelos Estados de eleição direta para senadores; (d) tarefa governamental doméstica: responsabilidade macroeconômica do governo federal, orçamento presidencial centralizado, a criação do Banco Central (*Federal Reserve*), o desenvolvimento do Estado de bem-estar; (e) relações internacionais: a entrada nas Nações Unidas, na OEA e na OTAN, aquisição dos territórios no Pacífico (Whittington, 1999, p. 12).

## A mutação constitucional pelo 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. Nem sempre, porém, é fácil divisar quando o legislador atua nos esquadros constitucionais ou foge dele, pois o que se tem é uma interpretação sobre interpretação (Sampaio, 2002, p. 722 e ss.). 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 a tanto e, ainda assim, deve agir com parcimônia ou, como é voga, com proporcionalidade<sup>7</sup>. 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 se fato sucedeu (Sampaio, 2013, p. 689 e ss.).

A crença numa correção pelo Judiciário é contra-factual. 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 porque as indeterminações semânticas a remetem para aquele âmbito cinzento há pouco referido<sup>8</sup>. 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. e Ferejohn, 2010, p. 12-13)<sup>9</sup>. Na tarefa de concretizar, ele 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). Não se podem desprezar os câmbios de interpretação do próprio legislador, derivadas dos contextos sócio-políticos e, como dizia Jellinek, 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 (Jellinek, 1991, p. 15). Essa tarefa ordinária de “concretização” constitucional ocorre em todos os sistemas de Constituição rígida, 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 com os temas constitucionais (Lim, 2017, p. 16-17, 20). O mesmo se poderia dizer, embora com algum cuidado, relativamente às Constituições “plásticas” ou remissivas ao legislador, pois, nesse caso, o próprio texto constitucional deixa a tarefa de definição do conteúdo das normas constitucionais à lei e à sua mais flexível alteração, embora se tente construir alguns limitadores à discricionariedade legislativa, pelo menos, em certos domínios, como as exigências de proporcionalidade, a proibição de retrocesso social ou, mais recentemente, socioambiental.

No caso norte-americano, o que se aplica também ao Canadá, boa parte das mudanças havidas no papel do Estado como regulador da economia foi promovida pela legislação, ficando intocável o texto constitucional. Lembrem-se, a propósito, das leis sobre direitos civis aprovadas no período da Reconstrução<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> A terminologia empregada no Brasil, por influência alemã e portuguesa, para designar o processo de “efetuação” ou de tornar efetivas (formal e materialmente) as normas constitucionais é variada. “Concretização” é o termo mais em voga, embora tanto possa indicar 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 significar mais especificamente uma “norma de decisão” ou o ato de aplicação da norma. No primeiro caso, haveria poder haver a mediação do legislador (a “regulamentação” com suas variantes de “mera” regulamentação, restrição e limitação), pela Administração (também a regulamentar – a regulamentação – e a executar programas e políticas) e pelo juiz (com ou sem a mediação dos dois atores 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 (ver: Miranda, 1993, p. 297 e ss; Häberle, 1997, p. 92 e ss; Canotilho, 1982, p. 322; Guedes, 1995). Sobre as “teorias concretizantes” alemãs: Sampaio (2013, p. 432 e ss).

<sup>8</sup> 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 naquele País que pode servir de baliza a estudos, por exemplo, no Brasil: *Justitia US Law* (2017).

<sup>9</sup> A doutrina dos diálogos institucionais pode atenuar a observação: juízes, legisladores e a Administração Pública interagiriam sob o olhar da opinião pública (Staszewski, 2010, p. 837-875). Sobre os limites e contingências do Judiciário, cativo da opinião pública e das instituições políticas: Friedman (2009, p. 367 e ss). Veja-se também: Whittington (2002, p. 773-851).

<sup>10</sup> Diversos instrumentos legais deram aos ex-escravos direitos que lhes haviam sido negados, notadamente pelos Estados do Sul, desde a liberdade contratual até o direito de casar e estabelecer família. O direito de voto e de ocupar cargos públicos foi reconhecido aos afro-descendentes do sexo masculino. Houve, nesse período, três Emendas: A Décima Terceira, ratificada em 1865, aboliu a escravidão. A Décima Quarta, proposta em 1866 e ratificada em 1868, garantiu a cidadania estadunidense a todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, concedendo-lhes os direitos civis federais. A Décima Quinta, proposta em 1869 e aprovada em 1870, proibiu a privação de direitos políticos, baseada em raça, cor ou condição prévia de escravidão (Maltz, 1990; Franke, 1999). Sobre o papel das leis: Ackerman (1991, p. 92 e ss.). A força do Congresso republicano se impôs às cortes, veja-se Ackerman (1991, p. 97 e ss, 1998, p. 225 e ss).

O Banco Central dos Estados Unidos (*Federal Reserve*), às vezes, chamado de instituição mais poderosa do país (Meyer, 2004, p. xi) foi criado por uma lei (*Federal Reserve Act of 1913*), sem haver qualquer previsão constitucional<sup>11</sup>. Diversos diplomas legais, no curso do *New Deal*, ampliaram a competência do Estado para intervir na economia e nas relações laborais, bem como estabeleceram princípios que balizariam leis futuras, a ponto de gerarem discussão sobre a validade de normas que viessem a contrariá-los. Tornaram-se elas mesmos parâmetros de leis. O Judiciário veio, em seguida, tanto a ratificar essa mudança operada pela legislação, quanto a dar-lhe o selo de superioridade normativa ou de parâmetro de controle (Ackerman, 1991, p. 267-268; Eskridge Jr. e Ferejohn, 2010, p. 1235-1236.)<sup>12</sup>. Mesmo quando a iniciativa parte da Suprema Corte, como no caso do fim da integração dos negros na escola pública, foi uma lei que a tornou mais efetiva (Sunstein, 1996, p. 176; Eskridge Jr. e Ferejohn, 2010, p. 6).

Essas leis-quadros são chamadas, por lá, de “leis constitutivas” (Young, 2007) ou de “super-leis” (Eskridge Jr. e Ferejohn, 2010), possuindo um status quase-constitucional. Diferente das demais leis, elas influenciam a intelecção de um dado ramo ou instituto, detendo uma dignidade formal e material diferenciada, que lhes dá a função de cânone normativo (Eskridge Jr. e Ferejohn, 2010). Estão entre elas, por exemplo, a Lei Antitruste (*Sherman Act*) de 1890, a Lei de Direitos Cívicos (*Civil Rights Act*) de 1964 e a Lei sobre Espécies Ameaçadas de Extinção (*Endangered Species Act*) de 1973 (Eskridge Jr. e Ferejohn, 2010, p. 1230 ss). No Canadá, a Carta de Direitos (*Bill of Rights*) de 1960 e a Lei da Saúde (*Canada Health Act*) também possuem esse caráter de super-estatutos (Albert, 2014, p. 1063). 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<sup>13</sup>.

Salvante os 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 (art. 34). As normas gerais de direito tributário, constantes do Código Tributário Nacional, são alçadas a um patamar jurídico que obriga o seu respeito pelos legisladores de todas as entidades federativas. As disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8069/1990, do Estatuto das Cidades, Lei n. 10257/2001, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei n. 9394/1996, o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8078/1990; a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n. 101/2000, conformam o âmbito normativo de forte matiz constitucional, seja no tocante a direitos, seja em sua parte orgânica. Pense-se assim também nas chamadas “Leis de Política Nacional”, acrescentando-se a matéria pertinente: sobre a saúde (geral com a Lei n. 8080/1990, e em seus aspectos mais concretos como a saúde do idoso, Lei n. 8842/1994; e a saúde mental, Lei n. 10216/2001) ou sobre meio ambiente (também em seu aspecto geral, com a Lei n. 6938/1981, e em seus aspectos particulares, a exemplo de resíduos sólidos, Lei n. 12305/2010, educação ambiental, Lei n. 9795/1999, mudança do clima, Lei n. 12187/2009, Código Florestal, Lei n. 12651/2012). 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, a Lei Orgânica da Magistratura, a. É curioso que, nesses domínios, as leis estabelecem um quadro normativo que se soma a - e, até certo ponto, mistura-se com - as normas constitucionais que visam disciplinar. Aliás, o próprio verbo empregado despropositadamente, “disciplinar”, que revela a ambiguidade da atuação legislativa. Não se quer dizer que não se possam questionar-lhes a constitucionalidade. Em sendo 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 poderão fechar os olhos à mudança que promovem no sistema de normas, influenciando a interpretação que se passa a fazer a partir de então pelos agentes jurídicos, inclusive os juízes (Dixon, 2011, p. 670). Os câmbios dos institutos, de regra, muito lentos podem levar à produção de novas normas gerais, desencadeando todo

<sup>11</sup> Essa observação já era feita por estudiosos no início do século XX: Llewellyn (1934, p. 21).

<sup>12</sup> Em diversos momentos esse controle de legalidade diferenciada foi realizado pelos tribunais: a conformidade dos regulamentos das agências administrativa para as leis que as constituíram, (*AT&T Corp. v. Iowa Utils. Bd.*, 525 U.S. 366 (1999)); e das leis estaduais com a lei federal em todas as suas formas (*Fidelity Fed. Sav. & Loan Ass'n v. De la Cuesta*, 458 U.S. 141 (1982)). No silêncio constitucional sobre o primeiro caso e no exercício claramente 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).

<sup>13</sup> Na Alemanha, veja-se Hoffmann (2012, p. 334 e ss); na Espanha, Cuadrado (2010, p. 389 e ss).

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, que, por mais que densificaram normas constitucionais, algumas introduzidas por emendas, produziram inovações no perfil do Estado, 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*, outra vez, 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, importariam 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 e 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 e Sobrinho, 2016). Essa interpretação pode importar mudança do próprio sistema de governo, um misto de presidencialismo e parlamentarismo, de presidencialismo à brasileira<sup>14</sup>, embora,

isoladamente, não possa ainda ter o significado de uma mutação constitucional.

O funcionamento das instituições é campo fértil para 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 se foram desenvolvendo sem contarem com previsão constitucional ou legal expressa. Os membros do colégio eleitoral para eleição do presidente da República, por exemplo, são escolhidos pelo voto popular com a incumbência de votar no candidato vitorioso no distrito de votação, devendo cumprir fielmente o seu mandato, à exceção de Maine e Nebraska<sup>15</sup>. Há casos de constitucionalidade discutível, mas aceitos como práticas legítimas. Embora o presidente dependa da autorização do Senado para nomeação de alguns cargos públicos federais, ouvindo os representantes do seu partido no Estado, se, por acaso, lá tiverem de ser exercidos, pode dispensá-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<sup>16</sup> da Suprema Corte que não devem ser alterados pelo Congresso, ainda que, formalmente, possa fazê-lo<sup>17</sup>.

Na França, o Art. 8º da Constituição de 1958, que prevê a destituição pelo presidente do primeiro ministro somente quando houve 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. O maior protagonismo de um e outro depende de quem detenha base de apoio no Parlamento (Duverger, 1980, p. 170 e ss; Avril, 1997, p. 112 e ss). Na Itália, cabe ao presidente do Conselho de Ministro – e não, como dispõe o texto constitucional – a chancela ao decreto presidencial que o nomeia (Mannino, 1999, p. 92). Assim também, a rejeição do projeto de lei orçamentária pelo Parlamento leva, além do efeito jurídico da negativa ao projeto, a

<sup>14</sup> Ou à paraguaiá, pois, em 2012, o presidente paraguaio, Fernando Lugo, também fora afastado numa circunstância controversa: Llanos *et al.* (2012).

<sup>15</sup> Essa convenção já consta da legislação estadual em diversos Estados, porém (Elster, 2013, p. 31).

<sup>16</sup> 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*. Elster interpreta essa situação como se o Congresso estivesse constringido a não exercer essa competência até então, devido a uma convenção constitucional. Assim também a resistência ao Court-Packing Plan de Roosevelt para alterar o número de membros da Suprema Corte fez nascer uma norma não escrita proibindo a prática (Elster, 2013, p. 30). A Corte afirmou sua competência, embora o debate se tenha dado mais em torno da compatibilidade da criação de comissões militares especiais, pela Administração Bush, ao Código Uniforme da Justiça Militar e a Convenção de Genebra de 1949, considerada incorporado ao Código. A conclusão: havia incompatibilidade (Estados Unidos, 2006).

<sup>17</sup> Há, todavia, exceções. A convenção 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 e Woolley, 2007). A discussão entre convenções constitucionais e certas práticas relacionadas à separação dos poderes seria entre o mundo apenas da política e o mundo também do direito, e a introdução do conceito de convenção constitucional poderia atrapalhar. Muitos dos elementos citados ou seriam costumes constitucionais ou normas constitucionais implícitas reconhecidas (Bradley, 2017, p. 77; Elster, 2013; Vermeule, 2013; Whittington, 2013).

consequência política, não prevista constitucionalmente, de voto de desconfiança (Guastini, 2001, p. 252). Na Alemanha, são convenções constitucionais, e não texto constitucional ou legal, que disciplinam a competência do *Bundestag* e a 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; assim também, na Noruega, o líder da Comissão Parlamentar de Controle e Constituição deve ser um membro da oposição. É ainda convenção norueguesa, encontrada na Austrália, os ministros que assumirem seus postos não abrirem os arquivos do antigo governo (Elster, 2013, p. 31).

No Brasil, também há exemplos dessa atividade de integração e – no limite – de contrariedade constitucionais pela prática institucional. Tome-se o exemplo dos líderes partidários que, de fato, controlam as comissões parlamentares, com seu poder formal de indicar e destituir seus membros, cujas escolhas se fazem no âmbito das agremiações, na maioria dos casos, sem critérios definidos (Miranda, 2010, p. 204), e têm forte influência sobre a votação em plenário (Vieira, 2009, p. 62). 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 eles (Miranda, 2010, p. 204). Tampouco é incomum que esses acordos levem a um descumprimento parcial da proporcionalidade imposta pelo texto constitucional (art. 58, §1º), pois os líderes de partidos ou blocos partidários acabam abrindo mão de sua participação em troca de integrarem comissões mais importantes, elevando, assim, a sobre e subrepresentações partidárias (Pacheco, 2014, p. 95). O Supremo Tribunal como considera esses assuntos *inter-na corporis* (Sampaio, 2002, p. 309 e ss.), não os controla, abrindo espaços para seu desenvolvimento. Nem sempre é fácil distinguir uma interpretação parlamentar adequada doutra incompatível com a Constituição. O artigo constitucional 57, § 4º, prevê a eleição das mesas da Câmara e do Senado para mandato 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 manifestar-se, pelo menos, em juízo monocrático e de deliberação, o Supremo Tribunal Federal não viu problemas. O dispositivo constitucional não era explícito so-

bre o assunto. Na dúvida, haveria de prevalecer a interpretação mais generosa e a decisão política tomada pela Câmara (Brasil, 2017).

## Mutação pelo Executivo

O Executivo é dos poderes o que reúne maior número de técnicos e especialistas dedicados a planejar e executar as ações de governo e as políticas públicas que concretizam a Constituição. Em primeiro lugar, pode-se pensar no protagonismo que exerce o chefe do Executivo, notadamente no presidencialismo. Os debates sobre o tema se podem remontar à discussão, sob a Constituição de Weimar, a quem cabia o papel de guardião da Constituição com a resposta definitiva de Schmitt: ao presidente (Schmitt, 1983). Não se precisa chegar a tanto, mas é notável a capacidade que os presidentes têm de interpretar a Constituição. Nos Estados Unidos, por exemplo, foram eles que, interpretando disposições constitucionais imprecisas, afirmaram seu poder de “fazer guerra”, diferenciando-o da competência do Congresso de “declarar guerra”, e, assim, possibilitando o alargamento do espaço de sua autonomia no assunto (Whittington, 1999, p. 175 ss; Krent, 2005, p. 111 ss). Foram eles também que ampliaram suas competências sobre a política externa, tanto a estabelecerem relações pacíficas com outras nações ou incursões militares em países estrangeiros, sem necessidade de autorização congressual; quanto a fazerem acordos executivos informais com representantes do Senado para aprovação de tratados internacionais, dispensando a exigência do texto constitucional de “aconselhamento e aprovação” por dois terços da Casa (Krent, 2005, p. 91 ss). Eles também adquiriram competência, pela prática reiterada ou delegação tácita do Legislativo, para não sancionar, durante o recesso parlamentar, projeto de lei aprovado pelo Congresso, o chamado “pocket veto”; para perdoar crimes como a desobediência à ordem judicial; para definir, como “privilégio executivo”; para não disponibilizar a outros poderes de documentos e comunicações internas; todas, ao fim, reconhecidas, como *fait accompli*, pela Suprema Corte (Bradley e Morrison, 2012, p. 421).

A amplitude dos poderes presidenciais, nos Estados Unidos, ficou muito além das previsões dos convencionais da Filadélfia. Um *Justice* da Suprema Corte, Robert Jackson, identificou, em 1952, esse fenômeno:

É relevante notar a diferença que existe entre os poderes do presidente no papel e seus poderes reais. A Constituição não revela a medida dos efetivos controles, exercidos pelo escritório presidencial moderno. Ela deve ser entendida como um esboço, elaborado

no século XVIII, do governo que se esperava que fosse, não como um projeto do Governo que é. Os vastos acréscimos às competências federais, à custa dos poderes reservados aos Estados, ampliaram o escopo da atividade presidencial. Mudanças sutis tiveram lugar nos centros de poder real que não se mostram na face da Constituição (Estados Unidos, 1952, p. 653, tradução minha).

A capacidade de atribuir sentidos inovadores às normas constitucionais transcende sistemas de governo, pois é decorrência da própria estrutura do Executivo – e de sua relação dinâmica com o Legislativo (Whittington, 1999, p. 1; Griffin, 1996, p. 45), em que, não raras vezes, opera-se uma delegação tácita ou uma aquiescência reiterada de exercício monocrático pelo Executivo de competências que, em princípio, dependeriam de uma convergência de vontades e interações orgânicas<sup>18</sup>. Nem sempre, porém, é bem examinado o quanto a Administração Pública tem ou pode ter um papel relevante na concretização e mutagênese constitucionais (Metzger, 2010, p. 487). É preciso notar que é ela quem aplica as normas constitucionais no varejo ou retalho por meio dos diversos programas, planos e órgãos que executam os comandos legais. Esses comandos, muitos oriundos dos trabalhos e estudos dos técnicos e especialistas executivos (Höfler *et al.*, 2017, p. 153), realizam a Constituição no atacado, ao estabelecerem, de regra, enunciados normativos gerais e abstratos (Staszewski, 2010, p. 857-858). Os gestores, técnicos e especialistas do Executivo, então, retomam os parâmetros normativos, que, em sua grande parte, ajudaram a elaborar, para, dessa vez, torná-los exequíveis. Esse processo é ainda mais radical em sistemas como o estadunidense em que há agências executivas com poderes normativos primários e de execução<sup>19</sup>.

Seja no parlamentarismo, com a estrutura administrativa profissionalizada, gerida por um gabinete ou

primeiro ministro; seja num presidencialismo em que se atribua ao Legislativo um poder de delegar a agentes ou agências executivas independentes uma série de tarefas que escapam do controle presidencial, ou, ainda, num presidencialismo unitário e hierarquizado, em que existe um controle, ao menos, virtual por parte do presidente (Krent, 2005, p. 20 ss), há, na estrutura administrativa, um amplo potencial de promoção e inovação constitucionais. Mesmo a atuação do Judiciário, comparada com as atividades executivas, é reduzida ou colocada nalgum lugar entre a operação no atacado, própria do Legislativo, e no varejo, típica do Executivo (Fisher, 1988, p. 244; Sager, 1993, p. 410-411; Siegel, 2001, p. 315-316)<sup>20</sup>.

Embora a separação dos poderes atue como um princípio estruturante do Estado de Direito, muito frequentemente há negociações entre o Executivo e o Legislativo para formulação de propostas de lei e de planos de ações (Metzger, 2010, p. 860-861). Não são incomuns reuniões, grupos de trabalhos executivos ou participações em comissões legislativas que, impulsionadas ou mediadas pelos partidos políticos, resultam em propostas e planos. A predominância do Executivo é, todavia, a tônica, independentemente do sistema de governo (Höfler *et al.*, 2017, p. 153)<sup>21</sup>. A atividade de elaboração de projeto de lei é técnico-burocrática, embora se diga mais profissionalizada na Common Law do que no Civil Law (Whelan, 1988, p. 53; Ramos e Heydt, 2017, p. 129-144, 140-141; Höfler *et al.*, 2017, p. 155). A grande maioria dos projetos de lei, na quase totalidade dos países, não envolve opinião de juristas de renome nem se funda no direito comparado (Whelan, 1988, p. 48). A exceção, talvez, seja a Alemanha, pois muitos professores de faculdades de Direito do país figuram entre os mais altos funcionários do Ministério da Justiça (Dale, 1977, p. 110). Os estudos e trabalhos preparatórios estão envoltos numa aura de segredo, conhecendo-se, de regra, anteprojeto ou o projeto de lei já prontos (David, 1950, p. 117). Mesmo no caso de opinião de um

<sup>18</sup> Vejam-se, nos Estados Unidos, a delegação tácita de uma autoridade ampla ao presidente em assuntos externos: “A legislative practice such as we have here [criminalização de quem vendeu armas a países envolvidos em conflito na América Latina], evidenced not by only occasional instances, but marked by the movement of a steady stream for a century and a half of time, goes a long way in the direction of proving the presence of unassailable ground for the constitutionality of the practice, to be found in the origin and history of the power involved, or in its nature, or in both combined” (Estados Unidos, 1936).

<sup>19</sup> O poder das agências nos Estados Unidos mereceria um estudo à parte. Desde *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), a Suprema Corte tem deferido um amplo poder discricionário a elas, inclusive para interpretar as leis (Bamberger, 2008; ver, ainda, Katzmann, 1986, p. 187-188). Sobre os riscos dessa orientação: “Power and policy continue to come from technocratic decision-makers who gain legitimacy because, theoretically, they are controlled directly by an official that is subject to all of our votes. This, of course, is a myth. Executive accountability has its own limitations. More importantly, it is constitutionally limited when it becomes a source of legislative change. Without a more active congressional role, placing more and more supervisory control in the executive’s hands risks moving the processes of change in very undemocratic directions. ‘Thin democracy’ can only become thinner in such contexts” (Aman Jr., 1988, p. 1246). Também: Bressman (2003).

<sup>20</sup> Quanto mais fortes os ramos políticos, menos atuantes serão as cortes: Post e Siegel (2003, p. 34-35).

<sup>21</sup> Mesmo na Grã-Bretanha, origem da valorização do parlamento, a maioria dos projetos de lei se inicia no governo, notadamente em comissões administrativas ou interdepartamentais específicas, de regra, auxiliadas ou compostas por “parliamentary draftspersons” (Dale, 1977, p. 334; Zander, 2015, Cap. 1, p. 2-3, Item 1.1.2; Höfler *et al.*, 2017, p. 155). É uma situação que se repete nos demais países do *Common Law* (Whelan, 1988, p. 49-50). Na França, por igual, o maior número de projetos é oriundo também do governo, ainda que alguns deles se possam passar pelo crivo do Conselho de Estado, assim como sucede na Bélgica e na Suécia (Dale, 1977, p. 87 ss, 112, 115). No Brasil, há também uma predominância do Executivo para iniciativa do processo legislativo. Esse processo sofreu uma leve inflexão a partir de 2009. Desde então, excepcionando-se 2011, houve mais iniciativas parlamentares que presidenciais: (DIAP, 2016).

órgão como o Conselho de Estado francês, há segredo em torno do assunto até que tenha a publicação do projeto publicado (Whelan, 1988, p. 52).

Nem só de leis em sentido estrito vive o Estado, notadamente de perfil intervencionista ou regulador. A regulação, embora seja um termo mais da economia e das ciências sociais do que do Direito, tem na Administração Pública seu grande centro de reflexão e reprodução. A lei, nesse sentido, torna-se um elemento do processo, que se inicia com o planejamento e termina com sua implementação, seguida de controle e revisões com novas aplicações pelos agentes públicos (Voermans, 2017).

Para boa parte dos analistas, a maioria das prescrições constitucionais é assim interpretada e desenvolvida dentro ou além do seu programa normativo originário (Bressman, 2003, p. 554-555). Pode ocorrer de os integrantes dos dois poderes, nesse processo construtivo e interativo, valerem-se de critérios tipicamente jurídicos, recorrendo até a precedentes judiciais. Mas esse não é o trabalho mais comum: “Em vez disso, esses ramos alteram a Constituição no decorrer das lutas políticas comuns, sem muita atenção aos valores legais e constitucionais que os advogados e os juízes consideram importantes” (Griffin, 1996, p. 45, tradução minha). Há quem, por outro lado, advogue que os fundamentos das decisões dos ramos políticos e da Administração Pública vão além de mero cálculo pragmático de poder e consideram critérios imparciais e de justiça. Antes ou depois das decisões judiciais, os ramos políticos e a Administração se acham envolvidos em debates sensíveis como relações (e práticas) federativas, ações afirmativas, eutanásia, direitos dos LGBTs, privacidade na internet e aborto. “Pode-se não concordar com as conclusões a que esses vários ramos extrajudiciais che-

gam [...], mas é difícil sustentar que essas decisões extrajudiciais desconsiderem ou negligenciem argumentos de justiça e princípios” (Whittington, 2002, p. 820-821, tradução minha). Seja de que lado se situe nesse debate, parece indiscutível que as decisões judiciais como as leis dependem a atuação concretizante do Executivo<sup>22</sup> e, nesse trabalho de execução, acaba dando o real e, por vezes, diferencial sentido das normas constitucionais<sup>23</sup>. Esse processo de diferenciação de significado, mantido o significativo, pode-se operar nos extratos mais altos do Executivo, por exemplo, com uma interpretação larga da excepcionalidade da urgência e relevância, exigida para edição de Medidas Provisórias, para tratar de assuntos da administração ordinária que se manteve mesmo depois da EC n. 32/2001, no Brasil, com o beneplácito quase integral do Congresso e do Supremo Tribunal Federal. Ou atravessar todas as instâncias do Poder (Sampaio, 2002, p. 453 e ss.). O próprio desenho institucional pode sofrer mutação. A política de privatização do final do século XX, a atividade das organizações sociais e OSCIPs no início dos anos 2000, associada a uma crescente gestão autônoma de setores administrativos por meio das agências reguladoras, podem estar a transformar, numa linha de delegação administrativa em sentido amplo e de modelo privado da Administração, o significado ou, pelo menos, a funcionalidade da estrutura burocrática do Estado brasileiro (Pires e Goldstein, 2001; Moreira, 2002; Meirelles e Oliva, 2006; Violin, 2015)<sup>24</sup>. Há, por certo, bases constitucionais, muitas introduzidas por emendas, mas uma atividade regulamentar intensa por parte do Executivo, abrindo espaços para intervenções, *de facto*, autônomas e aplicação constitucional direta ou indireta.<sup>25</sup> As crises econômicas e éticas recentes levantam dúvidas sobre a persistência desse cenário que poderia conduzir a uma mutação constitucional.

<sup>22</sup> Os decretos presidenciais abrem um rede de normas e atos de (re)definição das políticas públicas. Note-se, por exemplo, que a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, foi instituída por um Decreto de n. 7602/2011, fundado diretamente no artigo 4º da Convenção no 155, da OIT.

<sup>23</sup> Notadamente os direitos sociais têm na Administração Pública um elemento que tanto pode facilitar, quanto promover seu exercício. Uma intrincada rede de Portarias, Instruções Normativas e Circulares se somam a procedimentos internos que, na prática, dão o sentido e alcance dos direitos. Veja-se, por exemplo, no âmbito da Política Nacional de Atenção Básica (PNAB), aprovada pela Portaria n. 2488/2011, a sequência de expedientes normativos que lhe deram base: Decreto Presidencial n. 6286/2007, que institui o Programa Saúde na Escola (PSE), no âmbito dos Ministérios da Saúde e da Educação, com finalidade de contribuir para a formação integral dos estudantes da rede básica por meio de ações de prevenção, promoção e atenção à saúde; Decreto n. 7508/2011, que regulamenta a Lei n. 8080/1990; Portaria n. 204/2007, que regulamenta o financiamento e a transferência de recursos federais para as ações e serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com respectivo monitoramento e controle; Portaria n. 687, de 30 de março de 2006, que aprova a Política de Promoção da Saúde; Considerando a Portaria n. 3252/GM/MS/2009, que trata do processo de integração das ações de vigilância em saúde e atenção básica; Portaria n. 4279/2010, que estabelece diretrizes para a organização da Rede de Atenção à Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); Portarias de n. 822/GM/MS/2006, n. 90/GM/2008, e n. 2920/GM/MS/2008, que estabelecem os municípios que poderão receber recursos diferenciados da ESF; Portaria n. 2372/GM/MS/2009, que cria o plano de fornecimento de equipamentos odontológicos para as equipes de Saúde Bucal na Estratégia Saúde da Família; Portaria n. 2371/GM/MS/2009, que institui, no âmbito da Política Nacional de Atenção Básica, o Componente Móvel da Atenção à Saúde Bucal – Unidade Odontológica Móvel (UOM) (Brasil, 2012). Sobre a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher, há outra rede de normas (Brasil, 2009). Nesse encadeamento, pode-se bem notar a possibilidade de atribuição, confirmatória ou modificatória, de sentido do direito à saúde.

<sup>24</sup> Há quem veja também a ocorrência de mutação constitucional promovida, com o beneplácito do Tribunal, com o princípio da legalidade, pelo reconhecimento de um poder jurígeno inovador, ainda que subreptício ou supostamente intralegal, no âmbito das agências reguladoras (Moreira e Caggiano, 2003).

<sup>25</sup> Algo semelhante sucedeu na Itália no curso dos anos 1990, falando-se de mutação constitucional: as privatizações, as novas autoridades independentes (*Banca d'Italia*, *ISV AP*, *CONSOB*, *Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria*, *Garante per la concorrenza e il mercato*, dentre outros) e as alterações nos parâmetros da contratação pública são alguns exemplos (Morón, 1994, p. 475). Veja-se ainda Guiso (2016).

## Considerações finais

As mudanças informais da Constituição, mais conhecidas como mutações constitucionais, são alterações de significado e sentido dos enunciados normativos das Constituições sem mudança (ou sem mudança significativa) de seu texto. Por elas, novas normas são produzidas, outras perdem eficácia ou simplesmente se transformam, de maior ou menor grau, no espectro de sentidos que podem ou poderiam gerar. Quase sempre se avalia como fator dessa mudança o Judiciário. Não raras vezes, os estudos do assunto se referem a modificações constitucionais promovidas por interpretação judicial da Constituição. “Interpretar” é uma palavra complicada. Num sentido amplo – e correto – o legislador interpreta a Constituição para dar densidade a suas normas. Esse processo segue, de regra, um roteiro diferente do que sucede no Judiciário. Elementos técnicos e políticos se somam aos argumentos estritamente jurídicos. A inovação não tarda a mostrar-se, pois a Constituição, até primeira e principalmente, mostra-se pelas leis. Em diversos sistemas, há leis que materialmente assumem um destaque na escala das fontes jurídicas. Não há distinção hierárquica formal, mas elas dinamizam um certo ramo ou segmento jurídico, irradiando-se-lhe com seu fecho de sentido. Viram, de modo declarado ou invisível, uma declaração de sentido da Constituição, contaminando, desde então, os conceitos naqueles domínios. O Executivo também desempenha um papel relevante no processo de efetivação constitucional. A pretexto de executar as leis ou de aplicar a Constituição, ele introduz sentidos que, pela aparência ou verticalidade, não estavam presentes desde o início.

As mudanças constitucionais silenciosas podem ser legítimas ou ilegítimas, do ponto de vista da Teoria da Constituição. Se seguem uma teleologia constitucional, se promovem valores e princípios presentes na Constituição, podem até levar o tecido semântico dos enunciados a fronteiras inimagináveis no início do trabalho constituinte. Se violentam essa teleologia, esses valores, esses princípios, são rupturas que afetam o padrão de formalidade constitucional. A efetividade tem seu peso. E seu preço. Cabe a quem estuda o fenômeno compreendê-lo e sopesar. A realidade é mais vívida e complexa do que toda biblioteca de Direito Constitucional.

## Referências

- ACKERMAN, B.A. 1991. *We the People, Volume 1: Foundations*. Cambridge/London, The Belknap Press, 384 p.
- ACKERMAN, B.A. 1998. *We the People, Volume 2: Transformations*. Cambridge/London, The Belknap Press, 538 p.
- ALBERT, R. 2014. Constitutional Disuse or desuetude: the case of article V. *Boston University Law Review*, 94:1029-1081.
- AMAN JR., A.C. 1988. Administrative Law in a Global Era: Progress, Deregulatory Change, and the Rise of the Administrative Presidency. *Cornell Law Review*, 73:1101-1247.
- AVRIL, P. 1997. *Les Conventions de la Constitution. (Normes non Écrites du Droit Politique)*. Paris, PUF, 202 p.
- BAMBERGER, K.A. 2008. Normative Canons in the Review of Administrative Policymaking. *Yale Law Journal*, 118:84-125. <https://doi.org/10.2307/20454704>
- BARROSO, L.R. 2009. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed., São Paulo, Saraiva.
- BRADLEY, C.A. 2017. Doing Gloss. *The University of Chicago Law Review*, 84:59-80.
- BRADLEY, C.A.; MORRISON, T. W. 2012. Historical Gloss and the Separation of Powers. *Harvard Law Review*, 26:411-485.
- BRASIL. 2012. Política Nacional de Atenção Básica. Brasília, Ministério da Saúde. Disponível em: <http://bit.ly/1wiLCE6>. Acesso em: 11/02/2017.
- BRASIL. 2009. Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher: Princípios e Diretrizes. Brasília, Editora do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://bit.ly/2u0OhG5>. Acesso em: 11/02/2017.
- BRASIL. 2011. Decreto n. 7602. Disponível em: <http://bit.ly/2tiBotZ>. Acesso em: 11/02/2017.
- BRASIL. 2017. Supremo Tribunal Federal. MS n. 34574/DF, decisão monocrática Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://bit.ly/2tCiWru>. Acesso em: 12/05/2017.
- BRESSMAN, L.S. 2003. Beyond Accountability: Arbitrariness and Legitimacy in the Administrative State. *New York University Law Review*, 78:461-556.
- CALABRESI, S.G. 2006. The President, the Supreme Court, and the Founding Fathers: A Reply to Professor Ackerman. *University of Chicago Law Review*, 73:469-486.
- CANOTILHO, J.J.G. 1982. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra, Editora Coimbra, 539 p.
- CARDOSO, Y.R.G.; SOUZA, R.B.R. 2016. Dilma, uma “Presidente Fora de Si”: O Impeachment como um Processo Patriarcal, Sexista e Midiático. *Pauta Geral-Estudos em Jornalismo*, 3(2):45-65. <https://doi.org/10.5212/RevistaPautaGera.v.3.i2.0003>
- COAN, A.B. 2010. The Irrelevance of Writenness in Constitutional Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, 158:1025-1091.
- CRISAFULLI, V. 1976. *Lezioni di Diritto Costituzionale*, vol. 2. Padova, CEDAM.
- CUADRADO, A.M.G. 2010. *Derecho, Estado y Constitución: El Estatuto Científico y Otros Temas Fundamentales de Derecho Constitucional*. Alicante, Editorial Club Universitario, 413 p.
- DALE, W. 1977. *Legislative Drafting: A New Approach. A Comparative Study of Methods in France, Germany, Sweden and the United Kingdom*. London, Butterworths, 341 p.
- DAU-LIN, H. 1998. *Mutación de la Constitución*. Oñati, IVAP, 183 p.
- DAVID, R. 1950. *Cours de Droit Civil Comparé*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 448 p.
- DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ACESSORIA PARLAMENTAR (DIAP). 2016. *Produção Legislativa*. Disponível em: <http://bit.ly/2vvQWai>. Acesso em: 29/01/2017.
- DUVERGER, M. 1980. A New Political System Model: Semi-Presidential Government. *European Journal of Political Research*, 8(2):165-187. <https://doi.org/10.1111/j.1475-6765.1980.tb00569.x>
- DIXON, R. 2011. Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 349*.
- DWORKIN, R. 1996. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford, Oxford University Press, 427 p.

- ELSTER, J. 2013. *Constitutions and Constitution-Making*. Draft. Disponível em: <http://bit.ly/2tRMq8r>. Acesso em: 11/01/2017.
- ENTERRÍA, E.G. de. 1985. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed., Madrid, Civitas.
- ESKRIDGE JR., W.N.; FERREJOHN, J. 2010. *A Republic of Statutes: The New American Constitution*. New Haven, Yale University Press, 582 p.
- ESTADOS UNIDOS. 2006. Suprema Corte. *Hamdan v. Rumsfeld*. 548 U.S. 557. Disponível em: <http://bit.ly/2uQntra>. Acesso em: 30/01/2017.
- ESTADOS UNIDOS. 1936. Suprema Corte. *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* 299 U.S. 304. Disponível em: <http://bit.ly/2twXWpB>. Acesso em: 30/01/2017
- ESTADOS UNIDOS. 1952. Suprema Corte. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579. Disponível em: <http://bit.ly/2tyv1SV>. Acesso em: 11/03/2017.
- FALLON JR, R.H. 1999. How to Choose Constitutional Theory. *California Law Review*, **87**(3):535-579. <https://doi.org/10.2307/3481027>
- FERRAZ, A.C. da C. 1986. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo, Max Limonad, 269 p.
- FIGUEIREDO, J.B. 2012. O Colégio de Líderes: Surgimento e Evolução. *E-Legis*, **8**:6-33.
- FISHER, L. 1988. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, Princeton University Press, 318 p. <https://doi.org/10.1515/9781400859573>
- FRANKE, K.M. 1999. Becoming a citizen: Reconstruction era regulation of African American marriages. *Yale Journal of Law & the Humanities*, **11**(2):251-309.
- FRIEDMAN, B. 2009. *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York, Farrar, Straus and Giroux, 614 p.
- FUSARO, F.C. 1993. *La Rivoluzione Costituzionale*. Messina, Rubettino, 369 p.
- GADAMER, H.-G. 2013. *Verdade e Método*. 13ª ed., Petrópolis/Bragança Paulista, Vozes/Editora Universitária São Francisco.
- GRIFFIN, S.M. 1996. *American Constitutionalism from Theory to Politics*. Princeton, Princeton University Press, 228 p.
- GRIFFIN, S.M. 2006. Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series Working Paper*, n. 06-12. Disponível em: <http://bit.ly/2u7StUf>. Acesso em: 11/02/2017.
- GUASTINI, R. 2001. *Estudios de teoria constitucional*. México, UNAM, Distribuciones Fontamara, 278 p.
- GUEDES, N. de O.B. 1995. *Para uma Crítica à Concretização das Normas Constitucionais a partir de José Joaquim Gomes Canotilho*. Florianópolis, SC. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, 189 p. Disponível em: <http://bit.ly/2u0XPCA>. Acesso em: 11/02/2017.
- GUISO, A. 2016. Declino e Trasformazione dello Stato Bancchiere: Mutamenti della Costituzione Materiale nella Crisi Politica della Prima Repubblica. *Ventesimo Secolo*, **39**:27-45.
- HÄBERLE, P. 2003. *El Estado constitucional*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. <https://doi.org/10.5944/trc.10-11.2002.6593>
- HÄBERLE, P. 1997. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. San Miguel, PUC-Peru, 432 p.
- HABERMAS, J. 2003. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol II. 2ª ed., Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- HELLER, H. 1985. *Escritos políticos*. Madrid, Alianza.
- HESSE, K. 1983. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- HOFFMANN, H. 2012. Reformas de la Ley Fundamental. Experiencias de Megio Siglo. *Teoría y Realidad Constitucional*, **29**:327-338. <https://doi.org/10.5944/trc.29.2012.6992>
- HÖFLER, S.; NUSSBAUMER, M.; XANTHAKI, H. 2017. Legislative Drafting. In: U. KARPEN; H. XANTHAKI (eds.), *Legislation in Europe: A Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*. Oxford, Hart Publishing, p. 145-163.
- JELLINEK, G. 1991. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid, CEPC, 91 p.
- JUSTITIA US LAW. 2017. *Acts of Congress Held Unconstitutional in Whole or in Part by the Supreme Court of the United States*. Disponível em: <http://bit.ly/2uBBEEC>. Acesso em: 31/01/2017.
- KATZMANN, R.A. 1986. *Institutional Disability: The Saga of Transportation Policy for the Disabled*. Washington, D.C., The Brookings Institution, 211 p.
- KRENT, H.J. 2005. *Presidential Powers*. New York/London, The New York University Press, 287 p.
- LABAND, P. 1895. *Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung. Jahrbuch der Gehe-Stitung zu Dresden*, p. 149-186.
- LIM, B. 2017. *Australia's Constitution after Whitlam*. Cambridge, Cambridge University Press, 278 p. <https://doi.org/10.1017/9781316401927>
- LLANOS, M.; NOLTE, D.; WEBER, C.T. 2012. Paraguai: Golpe ou Voto de Desconfiança? *Conjuntura Austral*, **3**(14):4-17.
- LLEWELLYN, K. 1934. The Constitution as an Institution. *Columbia Law Review*, **34**:1-40.
- LOEWENSTEIN, K. 1976. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed., Barcelona, Editorial Ariel.
- LUHMANN, N. 1996. *Introducción a la teoría de sistemas*. México D.F., Antrhopos.
- LUTZ, D.S. 1994. Toward a Theory of Constitutional Amendment. *The American Political Science Review*, **88**(2):355-370. <https://doi.org/10.2307/2944709>
- MALTZ, E.M. 1990. *Civil Rights, the Constitution, and Congress, 1863-1869*. Lawrence, University Press of Kansas, 198 p.
- MANNINO, A. 1999. Prime Considerazioni in Tema di Convenzioni Costituzionali. In: G. MOR et al. (eds.), *Norme di Correttezza Costituzionale, Convenzioni ed Indirizzo Politico*. Milano, Giuffrè, p. 92-101.
- MEIRELLES, F.; OLIVA, R. 2006. Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Administração Pública*, **40**(4):545-566. <https://doi.org/10.1590/S0034-76122006000400003>
- METZGER, G.E. 2010. Ordinary Administrative Law as Constitutional Common Law. *Columbia Law Review*, **110**:479-536.
- MEYER, L.H. 2004. *A Term at the Fed: An Insider's View*. New York, Harper Business.
- MIRANDA, G.L. 2010. A Delegação aos Líderes Partidários na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. *Revista de Sociologia e Política*, **18**(37):201-225. <https://doi.org/10.1590/S0104-44782010000300013>
- MIRANDA, J. 1993. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 591 p.
- MORAES, F.; SOBRINHO, L.L.V. 2016. Quedas Democráticas de Governo: O Impeachment no Presidencialismo Brasileiro Comparado ao Voto de Desconfiança nos Sistemas Parlamentaristas. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, **21**:45-71.
- MOREIRA, E.B.; CAGGIANO, H.C. 2003. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF – Mutação constitucional do princípio da legalidade? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, **11**(43):109-141. <https://doi.org/10.12660/rda.v271.2016.60763>
- MOREIRA, E.B. 2002. Terceiro Setor da Administração Pública-Organizações Sociais-Contrato de Gestão. *Revista de Direito Administrativo*, **227**:309-320. <https://doi.org/10.12660/rda.v227.2002.46914>
- MORÓN, M.S. 1994. Sobre la Reforma Administrativa Italiana del Período de Transición, con Especial Referencia a la Organización Administrativa y al Empleo Público. *Revista de Administración Pública*, **134**:471-489.
- MÜLLER, F. 1993. *Juristische Methodik*, Fünfte Auflage. Berlin, Ducker & Humboldt.
- NEVES, M. 1996. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, **33**(132):321-330.
- PACHECO, L.B. 2014. *O Procedimento de Feitura de Leis por Comissões*

- Parlamentares. Rio de Janeiro, RJ. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 116 p. Disponível em: <http://bit.ly/2tADL8h>. Acesso em: 22/06/2017.
- PEIXOTO, V. 2016. Presidencialismo de Mandato Máximo ou Voto de Desconfiança sem Dissolução do Legislativo. *Em Debate*, **8**(2):27-33.
- PETERS, G.; WOOLLEY, J. T. 2007. Introduction: The State of the Union Address and the Rise of Rhetorical Leadership. In: D. KALB; G. PETERS; J. T. WOOLLEY, *State of the Union: Presidential Rhetoric from Woodrow Wilson to George W. Bush*. Washington, D.C., CQ Press, p. 1-12.
- PIRES, J. C. L.; GOLDSTEIN, A. 2001. Agências Reguladoras Brasileiras: Avaliação e Desafios. *Revista do BNDDES*, **8**(16):3-42.
- POST, R. C.; SIEGEL, R. B. 2003. Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power. *Indiana Law Journal*, **78**:1-45. <https://doi.org/10.2139/ssrn.378500>
- RAMOS, M. H.; HEYDT, V. 2017. Legislative Language and Style. In: U. KARPEN; H. XANTHAKI (eds.), *Legislation in Europe: A Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*. Oxford, Hart Publishing, p. 129-144.
- SAGER, L. G. 1993. Justice in Plain Clothes: Reflections on the Thinness of Constitutional Law. *Northwestern University Law Review*, **88**(1):410-435.
- SAMPAIO, J. A. L. 2002. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 1018 p.
- SAMPAIO, J. A. L. 2013. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte, Del Rey, 840 p.
- SARLET, I. W. et al. 2012. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.
- SARTORI, G. 1962. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. *The American Political Science Review*, **56**(4):853-864.
- SCHMITT, C. 1983. *La Defensa de la Constitución*. Madrid, Tecnos, 251 p.
- SIEGEL, R. B. 2001. Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective. *University of Pennsylvania Law Review*, **150**:297-351.
- STASZEWSKI, G. 2010. Constitutional Dialogue in a Republic of Statutes. *Michigan State Law Review*, **2010**:837-875.
- STRAUSS, D. A. 1996. Common Law Constitutional Interpretation. *The University of Chicago Law Review*, **63**(3):877-935. <https://doi.org/10.2307/1600246>
- STRAUSS, D. A. 2001. The Irrelevance of Constitutional Amendments. *Harvard Law Review*, **114**:1457-1505. <https://doi.org/10.2307/1342685>
- STRECK, L. L. et al. 2013. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal Sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. *Argumenta Journal Law*, **7**:45-68. <https://doi.org/10.11606/t.2.2016.tde-11102016-093213>
- SUNSTEIN, C. R. 1996. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford, Oxford University Press, 220 p.
- TAYLOR, G. 2014. Convention by Consensus: Constitutional Conventions in Germany. *International Journal of Constitutional Law*, **12**(2):303-329. <https://doi.org/10.1093/icon/mou027>
- URRUTIA, A. V. S. 2000. Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de La Constitución. Una Aproximación al Origen del Concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, **20**(58):105-135. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2004.41666>
- VERMEULE, A. 2013. Conventions in Court. DASH Harvard. Disponível em: <http://bit.ly/2ueXlac>. Acesso em: 12/06/2017.
- VIEIRA, F. S. 2009. *Poderes e Atribuições do Presidente da Câmara dos Deputados no processo decisório legislativo*. Rio de Janeiro, RJ. Dissertação de Mestrado. Instituto de Pesquisas Universitárias do Rio de Janeiro, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, 96 p.
- VIOLIN, T. C. 2015. Estado, Ordem Social e Privatização: As Terceirizações Ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, Oscips e Demais Entidades do “Terceiro setor”. *Raízes Jurídicas*, **5**(2):173-286.
- VOERMANS, W. J. M. 2017. Legislation and Regulation. In: U. KARPEN; H. XANTHAKI (eds.), *Legislation in Europe: A Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*. Oxford, Hart Publishing, p. 3-32.
- WHELAN, D. 1988. *The Comparative Method and Law Reform*. Dissert. LL.M. Dublin, University College Dublin, 320 p. Disponível em: <http://bit.ly/2vaFGkf>. Acesso em: 29/01/2017.
- WHITTINGTON, K. E. 1999. *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*. Cambridge, Harvard University Press, 303 p.
- WHITTINGTON, K. E. 2002. Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. *North Carolina Law Review*, **80**(3):773-851.
- WHITTINGTON, K. E. 2013. The Status of Unwritten Constitutional Conventions in the United States. *University of Illinois Law Review*, **2013**(5):101-124.
- YOUNG, E. A. 2007. The Constitution Outside the Constitution. *Yale Law Journal*, **117**(3):408-473. <https://doi.org/10.2307/20455798>
- ZANDER, M. 2015. *The Law-Making Process*. 7ª ed., Oxford, Hart Publishing, 517 p. [e-book].

Submetido: 28/02/2018  
Aceito: 08/12/2018