

**CURSO DE DIREITO**

Isadora Ulrich Lemos

**A (IN)EXISTÊNCIA DE LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE  
MUTAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Capão da Canoa

2018

Isadora Ulrich Lemos

**A (IN)EXISTÊNCIA DE LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE  
MUTAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, campus Capão da Canoa para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Me. Ana Helena Karnas Hoefel Pamplona

Capão da Canoa  
2018

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus, que me dá força para concretizar os meus objetivos, me guiando pelo melhor caminho nas horas incertas e me suprindo com o seu amor em todas as minhas necessidades.

Aos meus pais César e Cléia, que sempre me apoiam com palavras de carinho, amor e motivação, e por tudo que representam em minha vida.

As minhas irmãs Jéssica e Vitória, e minha sobrinha Heloísa, pela compreensão, incentivo e apoio.

Ao Luccas, por me proporcionar tranquilidade e incentivo, meu eterno amigo e companheiro.

A minha querida orientadora, Professora Ana Helena Karnas Hoefel Pamplona, por compartilhar o seu conhecimento, e por sempre estar disposta a me auxiliar e ensinar, com carinho e dedicação. Obrigada pela incansável doação e dedicação, e por se tornar um exemplo para seus alunos.

A professora Karina Meneghetti Brendler, pelo auxílio na formatação do trabalho.

A todos os professores da Unisc, que me auxiliaram e proporcionaram o compartilhamento do conhecimento.

A todos os funcionários da Unisc, especialmente a Márcia da biblioteca, que me auxiliou na busca dos materiais.

Aos amigos e colegas que o curso de Direito me deu, todos têm lugar em meu coração.

*Para examinar a verdade, é necessário, uma vez na vida, colocar todas as coisas em dúvida o máximo possível.*

René Descartes

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por finalidade analisar o fenômeno da mutação constitucional, expondo a ideia de diversos autores e juristas acerca do tema. Dessa forma, o conteúdo a ser apresentado tem como problemática identificar a (in)existência de limitações constitucionais ao poder de mutação pelo Supremo Tribunal Federal. Como é notório, o ordenamento constitucional prevê a possibilidade de reformas e mudanças constitucionais formais. Entretanto, não estabelece, de forma expressa a mutação constitucional, a qual se trata de construção doutrinária e jurisprudencial, sendo definida como um fenômeno em que ocorre a alteração não formal da Constituição, sem que o seu texto seja alterado. Não obstante a isso, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal é o principal causador do fenômeno da mutação constitucional, que vem ocorrendo no sentido de atualizar a Carta Magna ao contexto atual da sociedade, ocasionando uma mudança no sentido original da norma confeccionada pelo legislador, causando uma possível ofensa à separação dos poderes. Assim, a presente pesquisa, realizada com o auxílio de doutrinas, jurisprudência, periódicos e legislações, procurou buscar a verdade para alcançar conclusões e produzir um posicionamento sobre o tema, buscando a compreensão e interpretação dos julgados do Supremo Tribunal Federal. Diante disso, é de grande relevância a apreciação do fenômeno da mutação constitucional sob a égide da existência de limites à atuação do Supremo Tribunal Federal, e da sua conformidade ao princípio da Separação dos Poderes.

**Palavras-chave:** Limites à Mutação Constitucional. Mutação Constitucional. Processo Informal de Mudança da Constituição. Separação dos Poderes. Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

The present monographic work has the purpose of analyzing the phenomenon of the constitutional mutation, exposing the idea of several authors and jurists on the subject. Thus, the content to be presented has as a problem to identify the (in)existence, of constitutional limitations to the power of mutation by the Supreme Federal Court. As is well known, the constitutional order provides for the possibility of formal constitutional reforms and changes. However, it does not expressly establish the constitutional mutation, which is a doctrinal and jurisprudential construction, being defined as a phenomenon in which the non-formal alteration of the Constitution occurs, without its text being altered. Notwithstanding this, it should be noted that the Supreme Federal Court is the main cause of the phenomenon of constitutional change, which is occurring in the sense of updating the Constitution to the current context of society, causing a change in the original sense of the norm made by the legislator, causing a possible offense to the separation of powers. Thus, the present research, carried out with the help of doctrines, jurisprudence, periodicals and laws, sought to obtain the truth to reach conclusions and produce a position on the subject, seeking the understanding and interpretation of the Supreme Federal Court judgments that remained analyzed. Given this, the appreciation of the phenomenon of constitutional mutation under the aegis of the existence of limits to the action of the Supreme Federal Court, and its conformity to the principle of Separation of Powers, is of great relevance.

**Keywords:** Constitutional Mutation. Informal Change of Constitution Process. Limits to Constitutional Mutation. Separation of Powers. Supreme Federal Court.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO DIREITO NACIONAL .....</b>	<b>9</b>
2.1 Noção de Constituição.....	9
2.2 Do poder constituinte .....	10
2.3 O poder de reforma da Constituição e seus limites .....	14
2.4 Origem da mutação constitucional.....	19
2.5 Noção de mutação constitucional e seus mecanismos de interpretação ....	21
2.6 Mutações inconstitucionais .....	25
2.7 A interpretação constitucional .....	25
2.7.1 Métodos de interpretação constitucional.....	27
2.7.2 Princípios da interpretação constitucional .....	29
2.8 Noção de controle de constitucionalidade .....	30
<b>3 LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O STF .....</b>	<b>33</b>
3.1 Limites da mutação constitucional.....	33
3.2 Análise da reclamação nº 4.335-5/AC .....	37
3.3 Análise da ADPF nº 132: união estável e as relações homoafetivas .....	41
3.4 Análise do habeas corpus 74.051-3/SC .....	44
3.5 A mutação constitucional e o princípio da separação dos poderes .....	47
<b>4 CONCLUSÃO .....</b>	<b>51</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>54</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A mutação constitucional ocorre através de interpretações feitas, sem que ocorra qualquer alteração no texto original constituinte, mas que podem resultar em notáveis efeitos no ordenamento jurídico, uma vez que altera o sentido da norma constitucional.

O ordenamento constitucional, prevê de forma expressa, mudanças e alterações em seu próprio texto, realizadas por meios formais. Entretanto, não há previsão para o fenômeno da mutação constitucional, que ocorre por meio de um processo informal, sem alteração do texto normativo. Assim, sendo o poder reformador limitado, é necessário procurar identificar quais são os limites da mutação constitucional e a atuação do Supremo Tribunal Federal ao produzi-las.

Desse modo, inexistindo tratamento sistemático nos processos informais, se faz necessário uma análise de seus limites convencionais, tendo em consideração que a análise do interprete não pode ser absoluta.

No primeiro capítulo, irá ser analisado o conceito e a origem da mutação constitucional, de modo a proporcionar uma maior compreensão sobre o desenvolvimento dos processos informais de mudança da Constituição. Como pressupostos prévios do tema a ser enfrentado, irá ser abordado também algumas noções e conceitos fundamentais acerca da teoria da Constituição.

Ainda no capítulo inicial, abordar-se-á acerca do poder de reforma da Constituição, os métodos e princípios da interpretação constitucional, e o apontamento de alguns limites para que não ocorra a prática da mutação inconstitucional, e de forma sucinta a questão do controle de constitucionalidade.

No segundo capítulo, se apresentará a abordagem principal do tema, expondo a questão da existência de limitações constitucionais ao poder de mutação pelo Supremo Tribunal Federal. Complementando a presente problemática, irá ser analisado alguns julgados do Supremo Tribunal Federal em que se verifica a realização da mutação constitucional.

Com a finalidade de ter uma maior compreensão sobre tema, faz-se necessária algumas observações acerca da teoria da separação dos poderes, uma vez que a atuação do Supremo Tribunal Federal pode adentrar na competência do Poder Legislativo, causando uma possível ofensa a este princípio.

No âmbito desta discussão, mostra-se necessária uma análise acurada dos elementos que compõe o fenômeno da mutação constitucional, confrontando com os

seus limites e legitimidade. Nesta toada, é imperiosa a análise de tudo aquilo que permeia tais temas, com o objetivo de se verificar a existência dos limites à realização da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Acreditando que se trata de uma discussão abundante e de grande relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, influenciando inúmeras áreas do Direito, uma vez que a matéria constitucional sobre a qual a mutação constitucional pode dispor é imensamente ampla. Dessarte, o presente tema mostra-se extremamente oportuno merecendo uma análise detida sobre as questões que permeiam tal debate.

O desenvolvimento do presente trabalho foi realizado a partir de uma abordagem dedutiva e indutiva que objetivou analisar o conteúdo a partir de argumentos já existentes, bem como a partir de análises de julgamentos do Supremo Tribunal Federal, procurando-se buscar a verdade para alcançar conclusões e produzir um posicionamento. Outrossim, o método de pesquisa empregado no estudo, é atinente à metodologia de pesquisas bibliográficas, que compreende em referências teóricas já analisadas sobre o assunto.

## **2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO DIREITO NACIONAL**

Constata-se que toda Constituição, para que subsista, precisa ser adaptável às transformações sociais, econômicas e políticas da sociedade, em razão disso, faz-se necessário que o poder constituinte originário, estabeleça um poder reformador, com intuito de efetuar alterações formais no Texto Maior, através de revisões e emendas constitucionais.

Entretanto, o procedimento formal para alterar a Constituição, não é o bastante para acompanhar as novas situações que se revelam de acordo com a evolução da sociedade. Desta forma, surgem as mutações constitucionais, a qual se trata de construção doutrinária e jurisprudencial, sendo definida como um fenômeno em que ocorre uma alteração informal da Constituição, sem que o seu texto seja alterado.

Cumpre-se destacar que a doutrina constitucional não trata de maneira uniforme o fenômeno das transformações informais da Constituição. Assim, faz-se necessário, como pressupostos prévios do tema a ser enfrentado, algumas noções e conceitos fundamentais acerca da teoria da Constituição.

Logo, o presente capítulo tem como objetivo analisar os conceitos e desdobramentos, de modo a proporcionar uma maior compreensão sobre a mutação constitucional, e o desenvolvimento dos processos informais de mudança da Constituição.

### **2.1 Noção de Constituição**

Constituição é o organismo vivo que delimita a organização estrutural do Estado, da forma de governo, da garantia das liberdades públicas, do meio de aquisição e desempenho do poder, consistindo na lei fundamental da sociedade. Se faz necessário esclarecer, que existem inúmeras concepções acerca do conceito de Constituição, sendo que os estudiosos ainda não chegaram a um consenso a seu respeito (BULOS, 2011, p. 100).

A Constituição é a ordem jurídica fundamental do Estado, existindo duas dimensões indispensáveis de qualquer texto constitucional, intenção de estabilidade na sua particularidade de ordem jurídica fundamental e pretensão de dinamicidade tendo em consideração a indispensabilidade de fornecer aberturas para as alterações

no seio político (CANOTILHO, 2003, p. 1435). Assim, a Constituição não representa apenas a expressão de um ser, mas do mesmo modo de um dever ser, ela traduz mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas, procurando imprimir ordem e conformação à realidade política e social (HESSE, 1991, p. 15).

Por ser a Constituição a lei fundamental, que estabelece e determina a organização política e jurídica do Estado, nela presume-se encontrar uma certa estabilidade. Portanto, é possível compreender uma Constituição como um organismo vivo, uma vez que no ato mesmo da sua criação é incumbência do legislador prever prováveis alterações futuras, o que exige conferir as normas estabilidade, abrindo perspectivas de admissão de fatos novos, surgidos posteriormente ao advento do Texto Maior (BULOS, 1997, p. 03).

Decorrente da tendência contemporânea no sentido de assegurar maior estabilidade e rigidez ao texto constitucional, o processo tradicionalmente difundido de modificação constitucional é aquele denominado sob a designação genérica de reforma constitucional. Criado pela Constituição, cuida-se de processo formal de mudança constitucional, pois coberto de forma, requisitos e limites próprios, expressos, e previstos no texto da Carta Maior (FERRAZ, 2015, p. 06).

Desse modo, existem nas próprias constituições certos dispositivos que consentem a sua modificação, precisamente para reprimir o espírito conservador do construído e primar pelo equilíbrio mantedor de todas as suas partes e prescrições (BULOS, 1997, p. 06).

## **2.2 Do poder constituinte**

Da mesma maneira que é possível falar de uma Constituição histórica, cuja existência precedeu o entendimento teórico do fenômeno constitucional, também o poder constituinte se encontra presente desde as primeiras organizações políticas. Em qualquer lugar que existir um grupo social e um poder político efetivo, existirá força ou energia primordial que funda esse poder, atribuindo-lhe forma e substância, normas e instituições (BARROSO, 2010, p. 95).

O poder constituinte tem como definição a potência que faz a Constituição, e, conseqüentemente, a competência que a modifica. Concerne de uma força propulsora que, ao compor a Constituição, proporciona as diretrizes fundamentais do Estado.

Assim, poder constituinte tem como finalidade atuar nas fases de criação, reforma, e, mutação das cartas políticas. Desta forma, pode-se concluir que sua relevância é tamanha, que se não houvesse o poder constituinte, não existiria Constituição, e conseqüentemente, ordem jurídica (BULOS, 2011, p. 384).

O poder constituinte envolve a declaração de vontade de quem o exerce e a concordância ou sujeição de quem e ele se propõe. Consiste na capacidade de elaborar uma Constituição e de estabelecer sua observância, não obstante, a atuação do poder constituinte não é limitada a ordem pré-existente. À vista disso, apenas é possível conferir a ele legitimidade, se condizer aos valores civilizatórios e às inspirações de justiça, segurança e bem-estar da coletividade pública (BARROSO, 2010, p. 104-106).

Desse modo, faz-se necessário uma breve análise das espécies do poder constituinte, o originário e o reformador, os quais não seriam diferentes substancialmente, sendo propriamente duas etapas do poder constituinte (BULOS, 1997, p. 19).

Quanto ao poder constituinte originário, segundo a definição de Paulo Gustavo Gonet Branco, “é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política” (2011, p. 117). Assim, o poder constituinte originário estabelece a Constituição, com a qual se organiza, juridicamente, o Estado, não dispondo como referencial nenhuma norma jurídica que o precedeu. Posta-se acima do plano legislativo, sendo o poder constituinte originário um poder preexistente à ordem jurídica, sendo desnecessário existir preceitos normativos para regulamentá-lo (BULOS, 2011, p. 390).

A expressão poder constituinte originário é empregada para distinguir o poder instituidor do Texto Maior daquele responsável pela modificação de seu texto, ou seja, o poder constituinte derivado, do poder encarregado da elaboração da Constituição dos Estados-membros, o poder constituinte decorrente (NOVELINO, 2014, p. 102).

O poder constituinte originário não se esgota quando cria uma Constituição, ele permanece e está capacitado para se manifestar a qualquer momento. Trata-se de um poder permanente, e incondicionado, que não se sujeita a formas prefixadas para atuar. Como o poder constituinte originário cria um sentido e um novo destino para a ação do poder político, ele será notavelmente identificado em momentos de viragem histórica (BRANCO, 2011, p. 120).

Segundo Uadi Lammêgo Bulos, o titular do poder constituinte originário é o povo, mesmo que as Constituições não promovam normas para auferir essa titularidade, os quais podem ocorrer de modo subentendido, em declarações preambulares ou em disposições genéricas que mencionam à teoria da soberania popular. O que não se pode confundir é a titularidade com o exercício do poder constituinte originário, sendo o povo um titular passivo, e não o exercente ou agente do poder constituinte originário (2011, p. 393-394).

Quanto ao poder constituinte reformador ou derivado, o qual recebe denominações diversas, é aquele que altera, formalmente a Constituição. Sendo ele responsável pela função renovadora das constituições, consiste ao poder derivado alterar a forma plasmada quando da elaboração autêntica do texto básico, recriando e atualizando a ordem jurídica (BULOS, 2011, p. 398).

Embora as Constituições sejam elaboradas para durar no tempo, a transformação dos fatos sociais pode requerer ajustes na vontade expressa do documento do poder constituinte originário. Para evitar os efeitos desfavoráveis de um engessamento de todo o texto constitucional, o próprio poder constituinte originário assegura a possibilidade de um poder, por ele instituído, vir a alterar a Constituição. Evita-se desse modo, que o poder constituinte originário tenha que se manifestar, para alterações meramente pontuais (BRANCO, 2011, p. 134).

Ainda nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 134):

Aceita-se, então que a Constituição seja alterada, justamente com a finalidade de regenerá-la, conservá-la na sua essência, eliminando as normas que não mais se justificam política, social e juridicamente, aditando outras que revitalizam o texto, para que possa cumprir mais adequadamente a função de conformação da sociedade. As mudanças previstas e reguladas na própria Constituição que será alterada. O poder de reforma – expressão que inclui tanto o poder de emenda como o poder de revisão do texto (art. 3º do ADCT) – é, portanto, criado pelo poder constituinte originário, que lhe estabelece o procedimento a ser seguido e limitações a serem observadas. O poder constituinte de reforma, assim, não é inicial, nem condicional e nem ilimitado. É um poder que não se confunde com o poder originário, estando subordinado a ele.

Enquanto o poder constituinte originário é a potência que funciona na fase primordial, criando a Constituição, o poder derivado é a competência que atua na fase de continuidade constitucional, reformando o Texto Maior. Tendo em vista que o poder constituinte reformador é um poder estabelecido, ele está submetido a limitações de forma e de conteúdo (BULOS, 2010, p. 400).

Dessarte, o poder constituinte derivado se caracteriza por ser um poder instituído, limitado e condicionado juridicamente. Assim, a Constituição Federal de 1988 enunciou técnicas de mudanças formais da Constituição. Previu no art. 60, a emenda e no art. 3º das Disposições Transitórias, a revisão<sup>1</sup> (NOVELINO, 2014, p. 112).

Entende-se por emenda constitucional a modificação, supressão ou acréscimos feitos ao texto constitucional por meio de procedimento específico disciplinado na Constituição. Já a revisão é a denominação de mudanças extensas ou profundas da Constituição (BARROSO, 2010, p. 146).

A legitimidade para modificar a Constituição necessita da existência de uma substancial alteração das circunstâncias fáticas que justifiquem uma nova revisão ou emenda, sob pena de tal previsão ter como única intenção tornar mais acessível a modificações de certos dispositivos constitucionais (NOVELINO, 2014, p. 128).

Quanto ao poder que atua na fase da mutação constitucional, é denominado como poder constituinte difuso, consiste a ele modificar os preceitos constitucionais informalmente, ou seja, sem revisões ou emendas. O poder constituinte difuso é a força invisível que altera a Constituição sem mudar-lhe a letra da lei (BULOS, 2011, p. 424).

Logo, ainda nos ensinamentos de Bulos, faz-se necessário destacar alguns atributos auferidos ao poder constituinte difuso: o poder difuso apresenta-se em estado de latência, ou seja, quando necessário para ser exercido pelos órgãos constitucionais, aos quais compete aplicar a constituição; sua função é permanente e o seu método não vem consagrado de modo expresso, ainda que confere a Constituição formas novas; o poder constituinte difuso não vem previsto pelos mecanismos elencados na ordem jurídica, uma vez que é informal, procede da linguagem prescritiva do legislador constituinte; dispõe o caráter de continuidade, pois nos casos de lacunas normativas, ele permite que a obra do constituinte inicial e do reformador seja complementada mediante a interpretação e até dos usos e costumes (2011, p. 424-425).

---

<sup>1</sup> A revisão constitucional estava destinada a realizar-se apenas uma vez, transcorrido cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral (art. 3º da ADCT). Por derradeiro, é de destacar-se a amplitude da revisão, destinada tão somente à finalidade de adaptar a Constituição ao resultado do Plesbicito, já que uma alteração na forma e/ou no sistema de governo vigente implicaria uma série de modificações, de modo especial na parte relativa à organização do Estado e dos poderes (SARLET, 2012, p. 110).

Assim, pode-se concluir que as Constituições não sofrem apenas mudanças formais causadas pelo poder constituinte reformador, mas também por meio do poder constituinte difuso que se revela através das mutações constitucionais, ocorrendo por um processo informal de mudança da Constituição. Com o decorrer do trabalho, será explanado o assunto com maior amplitude.

### **2.3 O poder de reforma da Constituição e seus limites**

As Constituições não podem ser imutáveis. Os documentos constitucionais precisam ser dotados da capacidade de se adaptarem à evolução histórica, às mudanças da realidade e às novas demandas sociais. Quando não seja possível proceder a essa atualização pelos mecanismos informais, será necessário a modificação do texto constitucional. Se perder a harmonia com seu tempo, a Constituição já não poderá cumprir a sua função normativa e, fatalmente, cederá caminho para os fatores reais do poder. Estará condenada a ser uma Constituição meramente nominal, quando não semântica (BARROSO, 2010, p. 141).

Do outro ponto de vista, ainda com os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, as Constituições também não podem ser volúveis. Os textos constitucionais não podem estar ao sabor das circunstâncias, fragilizados diante de qualquer conduta a sua pretensão normativa e disponíveis para ser apropriados pelas maiorias ocasionais. Se isso sobrevir, já não terão condições de realizar seu papel de preservar direitos e valores fundamentais em face do poder político e das forças sociais. Assim, faz-se necessário o equilíbrio entre essas demandas do constitucionalismo moderno, devendo buscar a estabilidade e adaptabilidade (2010, p. 141-142).

O que se percebe, contudo, é que as Constituições, ainda que de modo bastante diversificado entre si, estabelecem as garantias de sua própria estabilidade e permanência, mas também reservam espaço para a possibilidade de mudança de seu próprio texto, e, portanto, de seu próprio conteúdo (SARLET, 2012, p. 106). Convém evidenciar que o tema do poder constituinte de reforma, a envolver a compreensão das suas características peculiares e limitações, apenas ganha proeminência quando se está tratando de constituição rígida (BRANCO, 2010, p. 289). Assim, a rigidez constitucional funda-se sobre o argumento de que a Constituição é uma lei superior, expressão de uma vontade que não se implica com as deliberações ordinárias do Parlamento (BARROSO, 2010, p. 143).

Admite-se, então, que a Constituição seja modificada, justamente com a finalidade de regenerá-la, conserva-la na sua essência, eliminando as normas que não mais justificam política, social e juridicamente, aditando outras que revitalizam o texto para que possa desempenhar mais adequadamente a função de conformação da sociedade (BRANCO, 2010, p. 289).

Acerca do poder de reforma segundo Luís Roberto Barroso (2010, p. 147):

[...] o poder constituinte originário é, na sua essência, um fato político que se impõe historicamente, não sofrendo qualquer limitação da ordem jurídica preexistente. Mesmo quando não tenha natureza revolucionária, ele envolverá sempre uma ruptura com o passado. Diversa é a situação do poder de reforma constitucional, que configura um poder de direito, regido pela Constituição e sujeito a limitações de naturezas diversas. Sua função é a de permitir a adaptação do texto constitucional a novos ambientes políticos e sociais, preservando-lhe a força normativa e impedindo que seja derrotada pela realidade. Ao fazê-lo, no entanto, deverá assegurar a continuidade e a identidade da Constituição.

Com efeito, sendo o poder reformador subordinado e instituído pelo instrumento que lhe traçou o perfil e ditou sua competência, qual seja o poder constituinte originário, nem tudo ele pode, nem todas as manifestações solicitadas ele poderá realizar. Assim, é engano acreditar que os depositários do limitado poder de reforma, investidos na laboriosa tarefa de modificar a *Lex Legum*, a fim de adaptá-la a novas realidades fáticas, tudo podem fazer. Se assim fosse, estariam capacitados a exercer o poder constituinte originário, o que lhes possibilitaria elaborar uma nova Constituição e não, simplesmente alterá-la (BULOS, 1997, p. 34).

Desse modo, ainda nas palavras de Bulos, “os titulares do constituído poder reformador têm de compreendê-lo perante certas limitações constitucionais. Tais limites possuem natureza temporal, circunstancial, formal e material” (1997, p. 34-35).

Quanto aos limites temporais, segundo Luís Roberto Barroso, têm por objetivo conceder estabilidade ao texto constitucional por um período mínimo ou resguardar determinada situação jurídica por um prazo fixado. Eles destinam-se comumente, a conter reações imediatas à nova configuração institucional e a permitir que a nova Carta possa ser testada na prática por um tempo razoável. Na história do constitucionalismo, foram dessa natureza as primeiras disposições que limitaram de maneira explícita o poder de reforma (2010, p. 149).

Outrossim, nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos “os de natureza temporal correspondem aos prazos de proibição, cujo cumprimento é indispensável para

realizar-se a reforma” (1997, p. 34). Nas palavras de Barroso, se expõe uma melhor visualização acerca da limitação temporal (2010, p. 151):

Limitação temporal peremptória é prevista no artigo 60, § 5º, da Carta em vigor, pela qual “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”. Trata-se aqui, na verdade, de regra de racionalização do processo legislativo. Há outras limitações previstas na Constituição, que se aplicam, contudo, não à elaboração da emenda propriamente dita, mas aos seus efeitos temporais.

Já os limites circunstanciais para Luís Roberto Barroso “impedem a reforma da Constituição em momentos de anormalidade institucional, decorrentes de situações atípicas ou de crise” (2010, p. 151). Observado os prazos impeditivos para a realização da reforma, há condicionantes circunstanciais que impedem qualquer modificação formal em momentos de conturbação e instabilidade institucionais (BULOS, 1997, p. 34).

Nas hipóteses de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio, inexistente qualquer equilíbrio indispensável à realização de mudanças na Constituição. Daí as constituições consagram esses limites, por entenderem que em tais casos carecem de dois elementos essenciais para se empreender qualquer reforma na ordem constituída, quais sejam, a serenidade e a ponderação (BULOS, 1997, p. 35).

Com relação aos limites formais, o constitucionalismo moderno na sua matriz norte-americana, assim como, na sua evolução europeia, funda-se em Constituições rígidas, e não em Constituições flexíveis. Da rigidez constitucional resulta a existência de um processo específico para mudança do texto constitucional, que há de ser mais complexo do que o adotado para a aprovação da legislação ordinária (BARROSO, 2010, p. 152).

Segundo os ensinamentos de Bulos “as vedações formais compreendem o procedimento imposto à realização da reforma, seja ela ampla (revisão) ou restrita (emenda)” (1997, p. 36). Existem alguns requisitos formais de aprovação de emendas constitucionais, quais sejam, a iniciativa, quórum de aprovação e o procedimento.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet ensina, além de regras mais rigorosas sobre a iniciativa das emendas (art. 60, I a III), se faz indispensável destacar a necessidade de uma aprovação, em dois turnos, por maioria de 3/5 em ambas as casas do Congresso, impondo também a promulgação das emendas com a indicação de seu respectivo número de ordem, sendo vedada, ademais, a reapresentação, na mesma

sessão legislativa, da proposta de emenda nela rejeitada ou tida por prejudicada<sup>2</sup>. Tais regras limitativas da reforma da Constituição se referem em primeira linha à noção de constituição em sentido formal, que dentre outros aspectos pode ser caracterizada justamente com base na nota de sua rigidez (2012, p. 113).

Faz-se necessário ressaltar que a inobservância dos limites formais exigidos pela Constituição submete os atos emanados do poder de reforma a um juízo de inconstitucionalidade (BARROSO, 2010, p. 152).

Por outro lado, as limitações materiais, restringe-se ao conteúdo, à matéria, compreendendo proibições expressas e implícitas (BULOS, 1997, p. 36). Se a reforma da Constituição tem por finalidade revitalizar a própria Constituição como um todo, é de entender que a identidade básica do texto deve ser conservada, o que por si, já expressa um limite a atividade da reforma (BRANCO, 2010, p. 292).

Como inúmeras vezes registrado, as Constituições não podem aspirar à perenidade de seu texto. Se não tiverem flexibilidade diante das novas realidades e demandas sociais, sucumbirão ao tempo. Por esse motivo, comportam mecanismos de mudança formal e informal, pressupostos de sua continuidade histórica. A Constituição é zelada pela existência de limites materiais ao poder de reforma, previstos de modo expresse em inúmeras Cartas. São denominadas cláusulas pétreas ou de intangibilidade, nas quais são inscritas as matérias que ficam fora do alcance do constituinte derivado (BARROSO, 2010, p. 160).

O reconhecimento de limitações de cunho material significa que o conteúdo da Constituição não se encontra à disposição plena do legislador, mesmo que este atue por meio de maioria qualificada, sendo necessário, por outro lado, que se impossibilite uma vinculação inexorável e definitiva das futuras gerações às concepções do constituinte, ao mesmo tempo em que se assegure às Constituições a realização de sua finalidade (SARLET, 2012, p. 121).

---

<sup>2</sup> Art. 60 da CF/88: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Com efeito, segundo Dirley da Cunha Júnior, cumpre esclarecer que as limitações materiais não proíbem a modificação ou reforma das matérias que visam proteger, mas sim a supressão total ou parcial delas, assegurando o seu conteúdo mínimo. Tais limitações consagram a Constituição um núcleo de material irredutível, que compõe-se num núcleo de matérias cujo conteúdo mínimo é irreformável. Isto é, a matéria não está inatingível a reformas, mas está protegida em seu conteúdo mínimo, que não pode ser reduzido pela emenda (2011, p. 249). As limitações materiais podem ser divididas em implícitas ou expressas.

As proibições implícitas, também chamadas de tácitas ou inerentes, pertencem à supressão da própria titularidade do poder constituinte, o que, vale dizer, de certas normas consideradas imodificáveis quando da feitura do documento maior. Sendo que, transgredi-las seria infringir a própria manifestação inicial, autônoma e incondicionada do poder criador da Carta Magna (BULOS, 1997, p. 37).

Se os limites materiais implícitos não existissem, as Constituições que não abarcasse no seu texto cláusula de intangibilidade não teriam como defender a sua identidade ou os pressupostos democráticos sobre os quais se encontram. Aliás, na medida em que os limites materiais revelam a identidade da Constituição e as salvaguardas democráticas, sua natureza é declaratória, e não constitutiva. Por esse motivo, a presença de cláusulas pétreas no texto não exclui a possibilidade de se identificar a existência de limites implícitos (BARROSO, 2010, p. 166).

Ainda nas palavras de Barroso (2010, p. 166):

De fora parte as decisões políticas fundamentais tomadas pelo poder constituinte originário, há quatro categorias de normas que a doutrina, classicamente, situa fora do alcance do poder revisor, independentemente de previsão expressa. São elas as relativas: 1ª) aos direitos fundamentais, que no caso brasileiro já se encontram, ao menos em parte, protegidos por disposição expressa (CF, art. 60, § 4º); 2ª) ao titular do poder constituinte originário, haja vista que a soberania popular é pressuposto do regime constitucional democrático e, como tal, inderrogável; 3ª) ao titular do poder reformador, que não pode renunciar à sua competência nem, menos ainda, delegá-la, embora nesse particular existam precedentes históricos, alguns deles bastante problemáticos; 4ª) ao procedimento que disciplina o poder de reforma, pois este, como um poder delegado pelo constituinte originário, não pode alterar as condições da própria delegação.

Para além disso, segundo Dirley da Cunha Júnior “cumpre acentuar que as próprias limitações constitucionais são por si só, uma limitação material implícita” (2011, p. 253).

Outrossim, quanto as limitações explícitas ou expressas, no sentido daqueles dispositivos e conteúdo que, por decisão expressamente arrolada no texto constitucional originário, não podem ser objeto de supressão pelo poder de reforma, correspondem, a uma decisão prévia e vinculante por parte do constituinte, no sentido de definir a identidade constitucional, estabelecendo em seu favor uma garantia de estabilidade, enquanto vigorar a ordem constitucional. No caso da Constituição Federal, os limites materiais expressos foram enunciados no art. 60, § 4º, I a IV, quais sejam: a) a forma federativa de Estado; b) o voto direto, secreto universal e periódico; c) a separação dos poderes; d) os direitos e garantias individuais (SARLET, 2012, p. 123).

A simples leitura dos incisos do art. 60, § 4º, da Constituição Federal, já evidencia que cada uma das “cláusulas pétreas”, ainda que individualmente considerada, refere-se a um conjunto mais abrangente de dispositivos e normas da Constituição, o que resulta ainda mais claro quando se está em face de uma emenda constitucional concreta, que ao modificar o texto da Constituição, poderá afetar algum (ou alguns) dos limites materiais. É importante ressaltar que os limites materiais protegem, tomando como exemplo a forma federativa de Estado, não apenas dispositivo constitucional que dispõe a Federação, mas todo o complexo de dispositivos e normas correspondentes que dão à forma federativa de Estado os seus contornos nucleares (SARLET, 2012, p. 123-124).

## **2.4 Origem da mutação constitucional**

O problema da mutação constitucional começou a ser estudado em finais do século XIX e princípios do XX, por autores ligados à Escola Alemã de Direito Público. Foi quando Paul Laband analisando a Constituição Alemã de 1871, começou a notar modificações no aludido texto. Neste momento que Laband começou a distinguir a reforma constitucional (*verfassungänderung*) da mutação constitucional (*verfassungswandlung*). Ele formulou esta última expressão para designar o fenômeno da mudança de significado ou sentido da Constituição, sem que seja alterado o seu texto, iniciando um estudo jurídico das alterações informais da Constituição. (BULOS, 1997, p. 54-55).

Ana Victória Sánchez Urrutia destaca, entretanto, que os autores desta Escola Alemã, constituíram o ponto de partida fundamental para analisar a questão da mutação constitucional (2000, p. 106):

[...] os autores da Escola Alemã de Direito Público são os primeiros a lidar diretamente com esse fenômeno. Os postulados desta escola, na medida em que defende o estudo dogmático do direito público, constituem o ponto de partida necessário para considerar o problema da mudança constitucional como uma mudança da realidade constitucional fora dos procedimentos formais de reforma. Nesse sentido, o problema da mutação constitucional só pode surgir da após a concepção da Constituição como norma obrigatória. Laband, coloca o problema da mutação depois de constatar que a Constituição pode transformar-se fora dos mecanismos formais, apesar de ser Lei (*Gesetz*) deve dar continuidade e estabilidade ao direito como codificação mais fundamental do Estado. Jellinek faz referência às mutações constitucionais depois de verificar que a rigidez constitucional, em muitos casos, constitui uma garantia insuficiente para assegurar a força normativa da Constituição. Parte da doutrina alemã entre guerras tenta integrar a mudança constitucional informal em um conceito complexo de Constituição. Autores como Heller ou Smend tentam descrever a Constituição como uma entidade dinâmica, em constante movimento, que continuamente se alimenta da realidade política que a cerca. Hsü Dau Lin, um espectador exótico da Alemanha Weimariana, usa o sistema conceitual de Smend em sua tentativa de ordenar sistematicamente todas as possibilidades em que as mutações constitucionais podem ser geradas.<sup>3</sup>

Com relação a influência atual da mutação constitucional em outros países, destaca Dirley da Cunha Júnior, que possui grande influência nos Estados Unidos da América, por meio das decisões vinculantes da Suprema Corte que continuamente vêm regenerando a Constituição daquele país. Não é obra que a Constituição mais antiga do mundo é considerada uma das mais atuais, sendo através da mutação constitucional que se explica tal fenômeno. Na Inglaterra é muito habitual também a mutação constitucional por meio de costumes constitucionais e na Alemanha, através

---

<sup>3</sup> Tradução livre do autor. [...] os autores de la Escuela Alemana de Derecho Público los primeros en tratar de forma directa este fenómeno. Los postulados de esta escuela, en cuanto propugna el estudio dogmático del derecho público, constituyen el punto de partida necesario para plantearse el problema de la mutación constitucional en cuanto cambio de la realidad constitucional al margen de los procedimientos formales de reforma. En este sentido, sólo puede plantearse el problema de la mutación constitucional a partir de concebir la Constitución como norma obligatoria. Laband, se plantea el problema de la mutación desde que constata que la Constitución puede transformarse fuera de los mecanismos formales de reforma a pesar de ser Ley (*Gesetz*) que debe dar continuidad y estabilidad al derecho en cuanto codificación de los más fundamental Estado. Jellinek hace referencia a las mutaciones constitucionales después de constatar que la rigidez constitucional, en muchos casos, constituye una garantía insuficiente para asegurar la fuerza normativa de la Constitución. Parte de la doctrina alemana de entreguerras intenta integrar el cambio constitucional informal a un concepto complejo de Constitución. Autores como Heller o Smend intentan describir la Constitución como un ente dinámico, en constante movimiento, que se retroalimenta continuamente de la realidad política que le circunda. Hsü Dau Lin, exótico espectador de la Alemania weimariana, utiliza el sistema conceptual de Smend en su intento de ordenar de forma sistemática todas las posibilidades en las que pueden generarse mutaciones constitucionales (URRUTIA, 2000, p. 106).

das decisões do Tribunal Constitucional Alemão. No Brasil, vem sendo atualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal para modificar a sua interpretação e jurisprudência sobre determinados temas (2011, p. 258).

## **2.5 Noção de mutação constitucional e seus mecanismos de interpretação**

Constitui noção amplamente difundida e acolhida, no âmbito da evolução constitucional moderno, que uma das funções da Constituição é de garantir um nível adequado de estabilidade às instituições políticas e jurídicas (SARLET, 2012, p. 104). Contudo, existem nas próprias constituições certos dispositivos que consentem a sua modificação (BULOS, 1997, p. 6).

Assim, as Constituições sofrem mudanças, além daquelas previstas formalmente, não se dando apenas através dos mecanismos de reforma instituídos no próprio ordenamento jurídico, mas também por meios de processos informais, os quais não decorrem da atuação formal do poder constituinte derivado (BULOS, 1997, p. 53-54).

Com efeito, a modificação da Constituição poderá dar-se por mecanismos formais e informais. A mudança por via formal ocorre por meio da reforma constitucional, mediante um processo previamente estabelecido na própria Carta Magna, estabelecendo o modo o qual se deve dar a sua alteração. No âmbito da chamada mudança por via informal, dá-se pela denominada mutação constitucional, permitindo uma modificação no sentido da norma constitucional quanto a sua aplicação concreta de seu conteúdo, sem que ocorra uma alteração em seu texto (BARROSO, 2010, p. 124).

Como observa Edvaldo Brito (1993, p. 87):

[...] a vontade da Constituição não seria algo imutável senão uma vontade estável transformável, de tal modo que ante uma modificação das circunstâncias cabe acudir a novas interpretações, daí o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) ter declarado que um preceito constitucional pode sofrer uma mudança de significado quando em um âmbito surjam fatos novos, não previstos, ou quando fatos desconhecidos, como consequência de sua inserção no curso geral de um processo evolutivo, mostram-se como novo significado ou numa nova relação.

A experiência constitucional demonstra que os processos não formais de mudança constitucional, abrigam, a um só tempo, dois tipos ou espécies diferentes de

mutações: as que não violentam a Constituição, isto é, aquelas que, se confrontadas por qualquer meio de controle, particularmente pelo jurisdicional, não sofrerão a pecha de inconstitucionalidade, e as mutações inconstitucionais que contrariam a Constituição e que, num confronto com a Lei Fundamental, não devem subsistir (FERRAZ, 2015, p. 09).

Assim, a mutação constitucional modifica o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar lhe a letra e o espírito. Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é recebida pela Lei Maior (FERRAZ, 2015, p. 10).

Isso posto, tem-se como conceito de mutação constitucional “as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação” (COELHO, 2010, p.188). Outrossim, a mutação constitucional para Uadi Lammêgo Bulos é definida como sendo “o fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas” (1997, p. 54).

Ainda nas palavras de Bulos (1997, p. 57):

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

Necessário observar que a mutação será capaz de ocorrer por interpretação, construção e através de usos e costumes, sendo relevante uma breve compreensão dos mecanismos de manifestação da mutação constitucional.

As mutações por interpretação constitucional é a via utilizada com mais frequência, possibilitando ao texto constitucional um novo entendimento, sem qualquer alteração textual, “consistindo na determinação do sentido e alcance de uma norma constante da Constituição, com vistas à sua aplicação” (BARROSO, 2010, p. 130). Ainda, pode-se afirmar que a mutação constitucional por via de interpretação consiste em mudar o sentido da norma, em contraste com o entendimento já existente, ocorrendo a alteração de uma interpretação anteriormente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal atribuiu a certa norma constitucional sentido diferente do que consolidara anteriormente (BARROSO, 2010, p. 131).

Todos os métodos de interpretação podem ocasionar mutações constitucionais, em maior ou menor extensão, atribuindo aos dispositivos da Lei Fundamental significados novos, conteúdos anteriormente não ressaltados, tornando possível a ocorrência de alterações não disciplinadas na letra da Carta Maior (BULOS, 1997, p. 118).

Ainda, afirma o autor Uadi Lammêgo Bulos que são, pois, constitucionais, e pretendem o aprimoramento da Constituição, sem desvirtuarem a sua juridicidade, valendo ressaltar que a interpretação da Constituição, enquanto processo de mutação constitucional, concede ao articulado constitucional sentidos novos, outrora não ressaltados, tornando possível a ocorrência de alterações informais na *Lex Legum* (1997, p. 118).

Assim, pode-se concluir que a interpretação constitucional configura processo de mutação constitucional sempre que se atribui à Constituição sentido novo, quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações antes não contempladas por ela, ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se confere novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da mutação constitucional (FERRAZ, 2015, p. 56-57).

Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional (FERRAZ, 2015, p. 56-57).

Com relação à mutação constitucional pela atuação do legislador, segundo Luís Roberto Barroso, “uma das funções principais do Poder Legislativo é editar leis que atendam às demandas e necessidades sociais. Deverá fazê-lo sempre levando em conta os valores da Constituição e a realização dos fins públicos nela previstos” (2010, p. 133).

Novamente nas palavras de Barroso (2010, p. 133):

Haverá Mutação Constitucional por via legislativa quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.   possível conceder que, ensejando a referida norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercitando o papel que lhe   próprio, de realizar escolhas políticas. A mutação terá lugar se, vigendo um determinado entendimento, a lei vier a alterá-lo.

A interpretação constitucional legislativa consiste na atividade desenvolvida pelo órgão, dotado de poder legislativo, que diligência o significado, o sentido e o alcance da norma constitucional para o fim de, fixando-lhe o conteúdo concreto, completá-la e, como resultado, dar-lhe aplicação. O órgão legislativo recebe da própria Constituição o comando imperativo para exercer a norma constitucional. Contudo, deve-se ser observado que nem sempre a interpretação legislativa, enquanto via de mutação constitucional, traz ampliação ou transformação de sentido da norma para torná-la mais abrangente, por vezes, a interpretação constitucional produz exatamente o inverso, contendo o alcance do texto, o que importa também em mutação constitucional pela legislação ordinária. (FERRAZ, 2015, p. 65-68).

Por fim, tem-se a mutação constitucional por via de costume, que sem dúvida é uma das formas mais antigas de manifestações do direito, sendo as mesmas consagradas no ordenamento jurídico, essas práticas consuetudinárias são promanadas de um dado comportamento sob a convicção de ele corresponder a uma necessidade jurídica. Defluem da reiteração uniforme de condutas humanas, mas também da repetição de julgados sobre questões idênticas (BULOS, 1997, p. 174).

Para Anna Candida da Cunha Ferraz, o costume constitucional também assume a função de processo de mutação constitucional, perseguindo o mesmo fim dos demais, produz mudança no sentido, significado e alcance das disposições constitucionais, sem, contudo, alterar-lhe a letra e o espírito (2015, p. 200).

O costume constitucional, constitui fonte supletiva para o suprimento de lacunas. Assim, o magistrado ao aplicá-lo deverá levar em conta os fins sociais e as exigências do bem comum. Cumpre ainda ressaltar que a doutrina identifica três modalidades de costume: *secundum legem* ou interpretativo, *praeter legem* ou integrativo e *contra legem* ou derogatório (BULOS, 1997, p. 176).

Em resumo, o costume constitucional, formado no cenário político e social onde as tendências de mudanças estruturais e conjunturais são ponderadas de modo vigoroso e motriz, propõem-se, inegavelmente, como poderoso processo de mutação constitucional. Permeável, por definição, à existência e às transformações sociais, o costume constitucional permite silenciosa e constante adaptação da Constituição ao tempo e às circunstâncias presentes (FERRAZ, 2015, p. 211).

## **2.6 Mutações inconstitucionais**

As mutações inconstitucionais, como não são alheias à realidade vivida nos diversos Estados, nada têm em comum com as mutações constitucionais, tendo em vista que, além de violarem a Constituição, desbordam o próprio controle de constitucionalidade (BULOS, 1997, p. 71).

Logo, não se pode desconhecer, na prática, que os processos informais de mutação constitucional, podem, prontamente, desbordando os limites que lhes são impostos, resvalar para mudanças realmente inconstitucionais que persistem, de fato, diante da inexistência ou ineficácia de um controle de constitucionalidade (FERRAZ, 2015, p. 13).

A nova interpretação realizada através da mutação constitucional, há, todavia, de encontrar apoio no conteúdo das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violar os princípios estruturantes da Constituição, de outra forma haverá apenas uma interpretação inconstitucional (BRANCO, 2011, p. 151).

Desse modo, pode-se concluir segundo Sarlet, que a mutação inconstitucional ocorrerá quando for empregada de modo a violar o sentido literal da constituição escrita, ou seja, tanto pela interpretação judicial, quanto pela atuação do legislador infraconstitucional e por meio de um costume ou prática por parte dos poderes constituídos (2012, p. 151). Assim, analisar-se-ão as mutações inconstitucionais à proporção em que se for discorrendo acerca do assunto debatido neste trabalho.

## **2.7 A interpretação constitucional**

Conforme os ensinamentos de Peter Häberle, “indica-se como interpretação apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação do sentido de uma norma (de um texto)” (1997, p. 14).

Dessa forma, a interpretação constitucional, consiste em atribuir um significado a um ou mais símbolos linguísticos escritos na Constituição com o intuito de se obter uma decisão de problemas práticos. Sugerem-se três dimensões, de grande valia, da interpretação constitucional: interpretar a Constituição consiste em procurar o direito contido nas normas constitucionais; interpretar a Constituição consiste em atividade complexa que se traduz na “adscrição” de um significado a determinado enunciado

(texto normativo); o produto do ato de interpretar é o significado atribuído ao texto (CANOTILHO, 2003, p. 1200-1201).

Por ser de grande relevância, a interpretação constitucional tende a acarretar impacto sobre todo o direito positivo do Estado, já que é a Constituição a norma suprema em uma comunidade e a fonte legítima formal de toda uma ordem jurídica. Dispondo a Constituição sobre as relações entre os poderes e destes com as pessoas, a interpretação constitucional, não se desprende, de uma insuprível pressão ideológica e política (BRANCO, 2011, p. 92).

Acresce que a Constituição está repleta de termos vagos e multívocos. Nela se aninham interesses discrepantes e se adotam fórmulas de compromisso, por meio das quais se postergam para o cotidiano da política ordinária as decisões valorativas apenas pautada pelo constituinte. É característico também a inserção em normas constitucionais de metas impostas à ação do Estado, muitas delas de feição social, que institui um fazer, sem, contudo, cuidar de como fazer (BRANCO, 2011, p. 92).

Além disso, faz-se necessário ter presente que as normas constitucionais valem o pressuposto de que o texto e norma não são idênticos, de modo que a norma é sempre resultado, em maior ou menor articulação com um ou mais textos, de um ato de interpretação (SARLET, 2012, p. 205).

Diante da Constituição o intérprete se coloca como intermediário ou mediador entre a Constituição e o seu significado, no proceder à interpretação desenvolve um trabalho essencialmente lógico, buscando desentranhar o sentido da norma. Em regra, atribui-se, pois, à interpretação constitucional, uma função, qual seja, a aplicação do texto constitucional (FERRAZ, 2015, p. 23-24).

Segundo o ensinamento de Bulos, a interpretação constitucional não diverge da interpretação das demais normas jurídicas, sendo que ambas seguem os mesmos cânones hermenêuticos apontados pela ciência jurídica. Esta, por seu turno ao descrever o direito positivo, faz uso de um corpo de linguagem com o escopo de transmitir conhecimentos e desvendar técnicas passíveis de aplicação universal, seja qual for o ramo do Direito. Assim, para compreender o significado das normas constitucionais, deve-se utilizar os métodos clássicos de hermenêutica (2011, p. 439).

A interpretação constitucional, portanto, caracteriza uma atividade concretizadora, uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema, e ao mesmo tempo construtiva, uma vez que envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa (BARROSO, 2010, p. 288).

### **2.7.1 Métodos de interpretação constitucional**

A importância dos problemas envolvidos na interpretação da Constituição tem motivado a proposta de métodos a serem seguidos nesta tarefa. Todos eles tomam a Constituição como um conjunto de normas jurídicas, como uma lei, que se destina a decidir casos concretos. Acontece que nem todo o problema concreto acha um desate direto e imediato num claro dispositivo da Constituição, requerendo por tanto que se descubra ou se crie uma solução, segundo um método que norteie a tarefa (BRANCO, 2011, p. 103).

Os métodos de interpretação têm como um de seus propósitos estabelecer limites à discricionariedade do intérprete, por meio da fixação de parâmetros destinados a diminuir o subjetivismo e racionalizar a aplicação judicial do direito (NOVELINO, 2014, p. 211).

Entre as razões apontadas para justificar a necessidade de criação de métodos próprios, estão a superioridade hierárquica da Constituição e a natureza principiológica de parte das normas consagradoras de direitos fundamentais. Argumenta-se, ainda, a existência de dificuldades específicas provenientes da variedade do objeto e da eficácia de suas normas; da proximidade com os fatos políticos e da origem compromissória das Constituições, marcadas por princípios diferentes e até discrepantes; e da influência da ideologia ou pré-compreensão de cada intérprete (NOVELINO, 2014, p. 212).

O método jurídico ou hermenêutico clássico parte da consideração de que a Constituição é, para todos os efeitos, uma lei. Interpretar a Constituição é interpretar uma lei. Para se compreender o sentido da lei constitucional deve utilizar-se os cânones ou regras tradicionais de hermenêutica. O sentido das normas constitucionais desvenda-se por meio da utilização como elementos interpretativos: do elemento filológico; do elemento lógico; do elemento histórico; do elemento teleológico; do elemento genético (CANOTILHO, 2003, p. 1210-1211).

Ainda com os ensinamentos de Canotilho, a articulação desses vários fatores hermenêuticos irá conduzir uma interpretação jurídica da Constituição em que o princípio da legalidade constitucional é salvaguarda pela dupla relevância atribuída ao texto: o ponto de partida para a tarefa de mediação ou compreensão de sentido por parte dos concretizadores das normas constitucionais e o limite da tarefa de

interpretação, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir além, e muito menos contra, o teor literal do preceito (2003, p. 1210-1211).

O método tópico-problemático ou tópica considera a Constituição como um conjunto aberto de regras e princípios, dos quais o aplicador deve escolher aquele que seja mais conveniente para a promoção de uma solução justa ao caso concreto que é analisado. O cerne, para o método, é o problema, servindo as normas constitucionais de catálogo de múltiplos e variados princípios, onde se busca o argumento para o desate adequado de uma questão prática (BRANCO, 2011, p. 104).

A concretização do texto constitucional a partir desse método merece um certo cuidado, uma vez que além de poder conduzir a um casuísmo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas (CANOTILHO, 2003, p. 1212).

O método hermenêutico-concretizador parte do pressuposto de que a interpretação constitucional é concretização, considerada como uma norma preexistente na qual o caso concreto é individualizado. Os elementos básicos deste método são: a norma a ser concretizada, a compreensão antecipada do intérprete e o problema concreto a ser solucionado. A concretização presume um entendimento do conteúdo da norma a ser concretizada, que, por sua vez, é indivisível da pré-compreensão do intérprete e do problema concreto (NOVELINO, 2014, p. 216).

O método científico-espiritual baseia-se na necessidade de a interpretação da Constituição levar em conta as bases de valoração subjacentes ao texto constitucional e o sentido e a realidade da Constituição como elemento no processo de integração. O recurso à ordem de valores obriga a uma captação espiritual do conteúdo axiológico último da ordem constitucional. A ideia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto, mas compreender o significado e realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade (CANOTILHO, 2003, p. 1213).

O método jurídico-estruturante enfatiza que a norma não se confunde com o seu texto, mas tem uma estrutura composta também pelo trecho da realidade social em que incide, sendo esse elemento indispensável para a extração do significado da norma. O intérprete não pode prescindir da realidade social para realizar a sua tarefa hermenêutica (BRANCO, 2011, p. 105).

Os métodos propostos neste trabalho expressam uma grande preocupação constante dos juristas de como interpretar racionalmente o texto normativo constitucional, sem que haja decisões imparciais e subjetivas.

### **2.7.2 Princípios da interpretação constitucional**

Quanto aos princípios da interpretação constitucional cuida-se elencar um catálogo do que se poderia designar de técnicas e diretrizes para garantir uma metódica racional e controlável ao processo de interpretação da Constituição e de suas normas, portanto, auxiliar na construção de reformas constitucionalmente adequadas para os problemas jurídico-constitucionais (SARLET, 2012, p. 207).

O princípio da unidade da Constituição é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas. A superior hierarquia das normas constitucionais impõe-se na determinação de sentido de todas as normas do sistema (BARROSO, 2010, p. 303). Daí que o intérprete deve sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios (CANOTILHO, 2003, p. 1224).

O princípio do efeito integrador tem por finalidade a primazia da integração política e social como critério fundamental na solução dos problemas jurídico-constitucionais, o que, posto de outra forma, provoca que se deve dar preferência aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política (SARLET, 2012, p. 209).

O princípio da máxima efetividade ou também conhecido como princípio da eficiência, significa que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Sendo sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais. Assim, no caso de haver dúvidas, prefere-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 1224).

O princípio da concordância prática ou da harmonização sucede, nos casos de conflito entre normas constitucionais, quando os programas normativos de duas normas do mesmo valor se entrecrocarem. O critério recomenda que o alcance das normas seja comprimido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual segundo a importância que dispõem no caso concreto (BRANCO, 2011, p. 108).

Os problemas de colisão revelam-se, sobretudo, em casos de conflitos de princípios, especialmente de direitos fundamentais, em que o intérprete se vê desafiado a encontrar uma solução de harmonização máxima entre os direitos em atrito, procurando sempre que a medida do sacrifício de um deles, para uma solução justa e proporcional do caso concreto, não ultrapasse o estritamente necessário (BRANCO, 2011, p. 109).

Segundo o princípio da força normativa da Constituição nas respostas dos problemas jurídico-constitucionais deve dar primazia aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição, colaboram para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar preferência às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, proporcionam a atualização normativa, assegurando, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência (CANOTILHO, 2003, p. 1226).

No âmbito da interpretação das leis, faz-se necessário considerar o princípio da interpretação conforme a Constituição, o qual destina-se a preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentidos às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais. Como se depreende da assertiva precedente, o princípio abriga, conjuntamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2010, p. 302).

Se uma norma infraconstitucional, pelas peculiaridades da sua textura semântica, admite mais de um significado, sendo um deles harmônico com a Constituição e os demais com ela incompatíveis, deve-se entender que aquele é o sentido próprio da regra em exame. Assim, não pode-se forçar o significado aceitável das palavras dispostas no texto, nem pode desnaturar o sentido objetivo que inequivocamente o legislador perseguiu. (BRANCO, 2011, p. 110).

## **2.8 Noção de controle de constitucionalidade**

A Constituição, mesmo dotada de supremacia, não está imune de abusos e violações, tanto por parte do legislador ordinário como das autoridades públicas em geral. Assim, o controle de constitucionalidade é um instrumento que visa garantir a supremacia da Constituição (BULOS, 2011, p. 180).

Logo, pode-se concluir, que o controle de constitucionalidade consiste justamente na fiscalização da adequação das leis e demais atos normativos editados pelo Poder Público com os princípios e regras existentes em uma Constituição rígida, para que se garanta que referidos diplomas normativos respeitem, tanto no que se refere ao seu conteúdo, quanto à forma como foram produzidos, os preceitos hierarquicamente superiores ditados pela Lei Maior (DANTAS, 2018, p. 179).

Conforme os ensinamentos de Andressa Amorim, existem três sistemas de controle de constitucionalidade o político, o jurisdicional; e o misto ou híbrido (2015, p. 56):

No controle político a verificação da constitucionalidade é efetivada por um órgão político. No jurisdicional, o judiciário detém a competência para declarar a constitucionalidade ou não de uma lei ou ato. Por último, no controle híbrido a constituição faculta alguma das normas aos órgãos políticos e outras ao órgão jurisdicional para apreciação da constitucionalidade. No Brasil, há o predomínio do controle jurisdicional com pontuais atuações do legislativo e do executivo outorgadas pela Constituição Federal de 1988.

Outrossim, com relação ao conceito de inconstitucionalidade considera-se toda lei ou ato normativo do Poder Público que se encontra em desarmonia com a Constituição. Tudo que foge da órbita da norma fundamental é inválido, é inconstitucional. Segundo a melhor doutrina, a inconstitucionalidade poderá se dar através das seguintes espécies: por ação ou por omissão (AMORIM, 2015, p. 57).

A inconstitucionalidade por ação, também conhecida por inconstitucionalidade positiva, decorre da ação do Estado, que pratica algum ato ou edita uma lei ou ato normativo de alguma maneira (material ou formalmente) em desacordo com os preceitos da Constituição (DANTAS, 2018, p. 192).

A inconstitucionalidade por omissão presume a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Carta Maior como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação. Tem-se omissão absoluta ou total quando o legislador não realiza a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional (MENDES, 2011, p. 1085).

O controle de constitucionalidade pode ser exercido segundo dois critérios: o difuso e o concentrado. O controle difuso também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, permite a qualquer juiz ou tribunal realizar, no julgamento de um

caso concreto, de ofício ou mediante provocação de alguma das partes do processo, a análise incidental da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, estadual, distrital ou municipal (DANTAS, 2018, p. 203).

Como regra geral, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, proferida num caso de controle difuso de constitucionalidade, produz eficácia apenas entre as partes litigantes (eficácia inter partes), fazendo com que a lei deixe de ser aplicada tão somente em relação àqueles que figuraram no processo, permanecendo válida, contudo, em relação às demais pessoas, ou seja, à coletividade (DANTAS, 2018, p. 203).

Com relação ao controle concentrado ou reservado permite que apenas o órgão de cúpula do Poder Judiciário aprecie a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos. Opera-se o controle concentrado por via de ação, e somente o Supremo Tribunal Federal fiscaliza a constitucionalidade das leis e atos normativos, podendo ser provocado pelos mecanismos abstratos de defesa da Constituição. Ocorre perante o Supremo Tribunal Federal por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou, ainda, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (BULOS, 2011, p. 230).

Assim, pode-se concluir que a fiscalização da compatibilidade entre as condutas dos poderes públicos e os comandos constitucionais, a fim de assegurar a supremacia da Constituição, é exercida por meio do controle de constitucionalidade (NOVELINO, 2012, p. 303). O controle de constitucionalidade das leis, é um tema complexo, e foi abordado alguns aspectos relevantes e necessários no presente capítulo para melhor compreensão do capítulo seguinte.

### **3 LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O STF**

As mutações constitucionais devem sofrer algumas limitações, com o propósito de não violar a letra e o caráter rígido da Constituição. Caso a modificação da Constituição seja realizada sem a observância de alguns limites será considerada uma mutação inconstitucional, e, portanto, não deve permanecer.

Como o Supremo Tribunal Federal tem realizado diversas mutações constitucionais de grande relevância para o ordenamento jurídico, o tema tem se tornado cada vez mais frequente entre os estudiosos do assunto. Assim, faz-se necessário verificar uso ilegítimo da mutação constitucional pela Suprema Corte e, por consequência, a interferência indevida na atividade de outro poder, podendo ferir o princípio da separação dos poderes.

Logo, o presente capítulo tem como objetivo analisar a existência de limites ao fenômeno da mutação constitucional, bem como analisar alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, onde se verifica a presença desse fenômeno, de modo a proporcionar uma maior compreensão sobre o tema.

#### **3.1 Limites da mutação constitucional**

As mudanças não formais à Constituição, são perceptíveis ou invisíveis, porém sempre ocorrem dentro dos limites constitucionais, ou seja, não alteram a letra nem o espírito da Constituição, mas adaptam-na à realidade, atribuindo novo sentido, e ampliando ou restringindo o alcance. Contudo, a prática constitucional revela continuamente que nem sempre as limitações impostas são observadas, e que as mudanças constitucionais escapam, inúmeras vezes, a qualquer controle (FERRAZ, 2015, p. 243).

A mutação constitucional dispõe de alguns limites, e se ultrapassá-los estará violando o poder constituinte e, em último caso, a soberania popular. É certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as concebeu. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que autoriza sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Mas essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição (BARROSO, 2010, p. 128).

Ainda com os ensinamentos de Luís Roberto Barros quantos aos limites da mutação constitucional (2010, p. 128):

Por assim ser, a mutação constitucional há de se estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; b) a preservação dos princípios fundamentais que são identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessário a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário.

A prática constitucional evidencia a impossibilidade de traçar, com exatidão, as limitações a que está sujeito o poder constituinte difuso, responsável pelo acontecimento daquelas modificações informais, que, se não modificam a letra dos preceitos supremos do Estado, alteram a substância, o sentido, o significado e o alcance (BULOS, 1997, p. 8).

O fenômeno é involuntário e intencional, dessa forma, não se pode imprimir-lhe com perfeição, a ponto de prever-se a unanimidade dos casos de mutação constitucional que a experiência possa desenvolver. Ao contrário da reforma constitucional, a mudança difusa da Lei Maior não segue limites previstos pelo legislador, muito menos formas expressas e sacramentadas. Surge prontamente, de modo sub-reptício, sem previsões de quando irá acontecer (BULOS, 1997, p. 90).

Para Inocêncio Mártires Coelho, essas atuais expressões da fala constitucional nada mais fazem do que manifestar o modo como os seus operadores, imersos em concretas situações hermenêuticas, vão convertendo o direito legislado em direito interpretado, a compasso das modificações no *prima* histórico-social da concretização dos mandamentos constitucionais. Por isso, se por mutação se entender, somente, a modificação do sentido de um texto em razão da alteração do contexto, então se pode declarar que, a rigor, não há diferença consubstancial entre limites da interpretação constitucional e limites da mutação constitucional, uma vez que não existe diferença entre mutações constitucionais e variações de interpretações constitucionais (2010, p. 190).

Outrossim, deve-se considerar que as transições ou mutações constitucionais são fenômenos muito mais complexos, resultante de múltiplos fatores, e não simples alterações de significado de textos que, apesar disso, permanecem intacto em sua primitiva configuração verbal (COLEHO, 2010, p. 190).

Com base na concepção de Bulos, uma limitação que poderia existir ao fenômeno da mutação constitucional, porém de natureza subjetiva, seria a consciência do intérprete em não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, por meio de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Texto Magno. Deste modo, evitar-se-iam as mutações inconstitucionais, e o limite, estaria por conta da ponderação do intérprete, devendo este procurar empreender o processo de interpretação, sem violar os mecanismos de controle de constitucionalidade, adequando a Constituição à realidade social cambiante (1997, p. 91).

Ao invés disso, se verifica a ocorrência de processos inconstitucionais de mutação com mais frequência. Acerca dos efeitos das mutações manifestamente inconstitucionais, dispõe o ensinamento de Anna Candida da Cunha Ferraz (2015, p. 245):

Os processos de mutação manifestamente inconstitucional violam a Constituição. Contrariando-a, produzem deformação constitucional cujo alcance varia em grau e profundidade: a) podem contrariar parcialmente a Constituição afetando-a apenas num caso concreto, sem que o texto constitucional seja alterado ou revogado. Exemplifique-se: a prática de ato inconstitucional pelo Executivo, tal como uma nomeação decretada sem observância das formalidades constitucionais e não infirmada; b) podem abrogar ou derrogar determinada norma constitucional; c) podem suspender, temporariamente, a eficácia das normas constitucionais; d) podem produzir rupturas no ordenamento constitucional; e) podem provocar mudança total da Constituição. Em resumo, os processos de mutação manifestamente inconstitucional violam a letra e o espírito da Constituição, podendo ou não implicar alteração permanente do texto escrito.

O que se constata é cada vez mais a proliferação dos processos inconstitucionais de mutação do Texto Maior, sendo a ausência de controle o resultado de vários fatores: os processos de mudança são incontroláveis pela natureza da matéria que abordam ou pelo modo em que ocorrem, os controles são ineficazes, não os compreendendo em plenitude, ou predominam, sobre eles, forças extraconstitucionais, forças políticas, pressões de grupos sociais, entre outros, de tal sorte que a mudança inconstitucional se impõe e constitui efeitos na vida constitucional do Estado (FERRAZ, 2015, p. 245).

Vindo a ocorrer a mutação inconstitucional, em cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não vier a acontecer, configura-se uma situação anômala, em que o fato se

sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a ausência de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou de quadro revolucionário. A inconstitucionalidade, terá que resolver-se, seja por superação, seja por sua mudança em direito vigente (BARROSO, 2010, p. 129).

Inaceitáveis teoricamente diante da concepção de Constituição, obra de um poder mais alto, reflexo de uma ideia de direito na comunidade, decisão política fundamental positivada, favorecida de caráter impositivo que deve primar sobre todo o sistema jurídico e político, abarcando, a um só tempo, todos os atos dos governantes e governados, existem, contudo, na prática. Não há como negar-lhes subsistência. Combatê-los e repeli-los é, pois, imperativo e incontestável (FERRAZ, 2015, p. 250).

Os mecanismos e instrumentos do direito constitucional legislado não têm sido capazes de fazê-lo, em integralidade. Em função disso, as violações, no panorama constitucional dos Estados se secundam, com frequência e de modo preocupante (FERRAZ, 2015, p. 250).

As mutações constitucionais não se compõem através de meios convencionais e em razão de um direito constitucional estático, acomodatório. Ao contrário, podem ser desenvolvidas por inúmeras formas, tais como por intermédio da interpretação, dos usos e costumes, da construção judicial, entre outros modos de ocorrência do fenômeno (BULOS, 1997, p. 88).

A maioria da doutrina não enfrentou o tema especificamente, inexistindo tratamento sistemático concernente às limitações dos processos indiretos de alteração da Constituição. Por certo, não é possível estabelecer os limites da mutação constitucional, tendo em vista que o fenômeno é, em essência, a consequência de uma atuação de forças elementares, improvavelmente explicáveis, que variam de acordo com acontecimentos derivados do fato social cambiante, com imposições e situações sempre novas, em constante modificações (BULOS, 1997, p. 88).

Contudo, apesar de não existir limites específicos, ao se considerar o texto constitucional como limite, se terá conseguido uma garantia contra as mutações constitucionais ilimitadas, ainda que de caráter não absoluto, uma vez que não restringe a capacidade de adaptação da Constituição a tal ponto que, no ápice, lhe impeça de assimilar a mudança histórica, preservando-lhe, assim, sua continuidade (TEIXEIRA, 2017, < <https://www.estudosinstitucionais.com>>).

Não obstante, deve-se observar que uma vez esgotadas as possibilidades de mutação constitucional tendo como régua a elasticidade do texto, para incorporar o

tempo do direito é de se pensar em reforma ou revisão constitucional, dado que o texto foi tensionado ao máximo e insistir na ideia pode resultar, simplesmente, em rompimento (TEIXEIRA, 2017, < <https://www.estudosinstitucionais.com>>).

Com base no que foi exposto, pode-se concluir que apesar de existir parâmetros que estabeleçam limites ao fenômeno da mutação constitucional, é laborioso estipular critérios exatos para o seu delineamento, tendo em vista que uma Constituição é um organismo vivo, em cujo esteio se encontra a autoconsciência de um povo, assentado em uma base territorial definida e submetido a uma governo soberano, numa determinada época histórica, sujeito a fatores sociais cambiantes (BULOS, 1997, p. 90).

É preciso contemplar ao fato de que a mutação constitucional de forma ativa deve suceder em casos excepcionais, necessitando se limitar ao que for essencial para conservar a democracia e os direitos fundamentais, nesse seguimento, só terão legitimidade quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição (BARROSO, 2010, p. 129).

Logo, considerando que a atuação do Supremo Tribunal Federal quanto a prática de alteração informal do texto constitucional vem se tornando cada vez mais frequente e atual no ordenamento jurídico, se faz imperioso analisar casos específicos onde se discute a existência da mutação (in)constitucional.

### **3.2 Análise da reclamação nº 4.335-5/AC**

A reclamação nº 4.335-5/AC foi ajuizada, no Supremo Tribunal Federal, pela Defensoria Pública do Estado do Acre, em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que havia indeferido o pedido de progressão de regime em favor de dez réus (BRASIL, 2014, <<http://www.stf.jus.br>>).

O defensor público se socorreu do julgamento do Habeas Corpus 82.959 para fundamentar seu pedido de progressão de regime. Isso porque, no julgamento do aludido habeas corpus o STF afastou a vedação de progressão de regime aos

condenados pela prática de crimes hediondos, e considerou inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990<sup>4</sup> (BRASIL, 2014, <<http://www.stf.jus.br>>).

Com base no referido julgamento, o reclamante, inicialmente, solicitou que fosse concedida progressão de regime aos apenados. Tal pedido foi indeferido pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Da denegação do pedido de progressão, o reclamante impetrou habeas corpus (BRASIL, 2014, <<http://www.stf.jus.br>>).

Faz-se necessário destacar, que a reclamação constitucional é uma ação que visa, sobretudo, garantir a autoridade das decisões do STF. Contudo, defendeu o juiz no caso em comento, que não há qualquer fundamento neste sentido para a reclamação, uma vez que a decisão reclamada do habeas corpus 82.959 se deu no controle difuso incidental e essa só surte efeito entre as partes. Ainda, afirmou o juiz, que para surtir efeito a decisão do STF teria que ser comunicada ao Senado Federal para que este providenciasse a suspensão da eficácia do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, declarado incidentalmente inconstitucional (AMORIM, 2015, p.68).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, deu procedência a reclamação ajuizada. E do teor da ementa, da lavra de Gilmar Mendes, o reconhecimento do efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade e o reconhecimento do caráter expansivo da decisão (TERAOKA, 2015, <<https://bdjur.stj.jus.br>>).

Ementa do referido acórdão (BRASIL, 2014, <<http://www.stf.jus.br>>):

Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.

Na presente reclamação houve uma mudança do entendimento do artigo 52, X da Constituição Federal que atribui competência para o Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

---

<sup>4</sup> O art. 2º da 8.072/1990 dispõe sobre os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. O seu parágrafo primeiro estabelecia que a pena cumprida por crimes previstos no caput seria cumprida integralmente em regime fechado. Atualmente, a redação foi alterada pela Lei 11.464/2007 que passou a ter a seguinte redação: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado” (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Todavia, o voto do relator, o qual foi seguido pela maioria, é no sentido que se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso (BRASIL, 2014, <<http://www.stf.jus.br>>).

Assim, o art. 52, X da Constituição Federal passou a ter o seguinte entendimento: compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo (STRECK, 2007, <<http://www.egov.ufsc.br>>).

O relator Gilmar Mendes, em seu voto, afirmou que ocorreu uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Alegou que ocorreu uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do seu texto (BRASIL, 2014, <<http://www.stf.jus.br>>).

A argumentação do Ministro Gilmar Mendes, ao defender a mutação do art. 52, X, da Constituição Federal, atinge, o princípio da separação de poderes no Brasil. Considerando que não estariam preenchidas as condições necessárias para se falar em autêntica mutação constitucional e que o Senado federal vem cumprindo com a competência que o art. 52, X, da Constituição Federal lhe concede, a competência privativa do Senado lhe estaria sendo suprimida e, ao revés, transferida ao próprio Supremo Tribunal Federal (SANTOS, 2014, <<http://www.egov.ufsc.br>>).

Logo, excluir a competência do Senado Federal ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal, significa diminuir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal, significa, por fim, afastar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988 (STRECK, 2007, <<http://www.egov.ufsc.br>>).

Andresa Silva de Amorim, conclui que é vedada qualquer modificação textual (reforma constitucional) ou interpretativa (mutação constitucional) que implique na supressão ou alteração de qualquer competência constitucional expressamente atribuída a determinado poder. Isto porque, a vontade do legislador constituinte originário era que a modificação da eficácia de inter partes para erga omnes, em sede

de controle difuso para incidental, dependesse de uma liberação política do Senado Federal (2015, p. 77).

O direito não pode ser entendido como espaço de livre atribuição de sentido; essa questão assume especial relevância quando se trata do texto constitucional. Ou seja, em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo poder judiciário. E, com isso, submerge a democracia (STRECK, 2007, <<http://www.egov.ufsc.br>>).

Dessa forma, um tribunal não pode mudar a Constituição, este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia. De uma perspectiva interna ao direito, e que visa reforçar a normatividade da Constituição, o papel da jurisdição é o de levar adiante a tarefa de formar interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da Constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente (STRECK, 2007, <<http://www.egov.ufsc.br>>).

O que aqui se referência, está diretamente relacionado ao princípio democrático, à cláusula pétrea da separação dos poderes e à soberania exercida pelo povo diretamente ou por meio de seus representantes. Nesse sentido, a competência conferida pelo constituinte originário ao Senado Federal de suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal atende justamente a essa realidade, por força da qual, segundo o paradigma do Estado Democrático, não é dado a Suprema Corte o direito de invadir a esfera de outro poder estatal nem o de se transformar em poder constituinte derivado permanente (TEIXEIRA, 2017, <<https://www.estudosinstitucionais.com>>).

O reconhecimento destas mutações silenciosas é ainda um ato legítimo de interpretação constitucional, e com base no método jurídico de interpretação da Constituição, deve-se haver limites na tarefa de interpretação, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir além, e muito menos contra o teor literal do preceito (CANOTILHO, 2003, p. 1210.1211).

Constata-se que na Reclamação nº 4335-5/AC, os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, sugerem uma mutação inconstitucional, pois restou violado o dispositivo do art. 52, X da Constituição Federal de 1988, alterando o sistema de controle constitucional brasileiro, sem observar os limites do fenômeno da mutação constitucional.

### 3.3 Análise da ADPF nº 132: união estável e as relações homoafetivas

Em fevereiro de 2008 foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, tendo como relator o Ministro Carlos Ayres Britto. A autoria foi do então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, que pleiteou a extensão de direitos de união estável aos funcionários públicos homoafetivos do estado. A referida ADPF arguiu que o não reconhecimento da união homoafetiva como união estável violaria os direitos fundamentais concernentes ao direito à isonomia e à liberdade, e a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2011, <<http://www.stf.jus.br>>).

Em maio de 2011, a Corte Suprema julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e discutiu a concessão de igualdade entre a união estável entre pessoas do mesmo sexo, nos termos do artigo 1.723 do Código Civil<sup>5</sup> quando preenchidos os requisitos necessários àquela: “a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Realizou, assim, a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil conforme a Constituição e, numa decisão ousada, deu nova interpretação ao art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988<sup>6</sup> (ROSÁRIO, 2017, <<http://www2.senado.leg.br>>).

Os ministros do STF conheceram ação constitucional por unanimidade. Reconheceram também por unanimidade a união estável entre pessoas do mesmo sexo, estendendo seus efeitos vinculantes a toda sociedade (efeito erga omnes), aplicando à mesma o regime da união estável entre homem e mulher regulamentada no art. 1.723 do Código Civil de 2002 (COSTA, 2013, <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br>>).

A decisão do Supremo Tribunal Federal, modificou por instrumento difuso de alteração constitucional, o art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988 e incluiu no conceito de família, mormente quanto à união estável, algo além do que o Constituinte de 1988 disse, conforme excerto de ementa que se segue (NOGUEIRA, 2018, <<https://siaiap32.univali.br>>):

---

<sup>5</sup> Art. 1.723 do CC/02: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.gov.br>>).

<sup>6</sup> Art. 226, § 3º da CF/88: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1998, <<http://www.planalto.gov.br>>).

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO.** CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “**interpretação conforme à Constituição**” ao art. 1.723 do Código Civil. [...]. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. [...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. [...] 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. [...]. 6. **INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.** Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “**interpretação conforme à Constituição**”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com **as mesmas consequências da união estável heteroafetiva** (grifo próprio).

Os votos dos ministros da Suprema Corte se fundaram, de uma forma geral, no direito à igualdade, uma vez que a felicidade de pessoas de preferência homossexual só pode se realizar de maneira homossexualmente, e ainda, na violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção da segurança jurídica (BRASIL, 2011, <<http://www.stf.jus.br>>).

Contudo, a decisão não foi recebida com tranquilidade no meio jurídico. Uma questão que causou enorme controvérsia, em especial entre os constitucionalistas, é a ideia de que o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal estaria a afrontar o princípio da separação de poderes, fundamentado no entendimento de que o Judiciário estaria usurpando o papel do Legislativo (CHAVES, 2012, <<https://www.cidp.pt>>).

Faz-se necessário salientar que não cabe ao Poder Judiciário corrigir lacunas do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-

se-á incentivando que o Judiciário “crie” uma Constituição paralela, estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que indevidamente a critério do intérprete não constou no pacto constituinte (OLIVEIRA, 2009, <<https://www.conjur.com.br>>).

Logo, em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis ou emendas constitucionais. O fato de o Judiciário, via justiça constitucional, efetuar correções à legislação não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões “legiferantes”. A resolução das discussões relativas às uniões homoafetivas deveria ser realizada por emenda à Constituição ou por elaboração de lei ordinária. Há limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador (STRECK, 2009, <<https://www.conjur.com.br>>).

Ainda com base nos ensinamentos de Lênio Streck, não se pode confundir a jurisdição constitucional, absolutamente fundamental para concretizar direitos previstos na Constituição, com um apelo indevido à jurisdição para que atue nas hipóteses em que não estão previstos. Os pré-compromissos constitucionais só podem ser liberados por aqueles que a própria Constituição determina, qual seja, o poder constituinte derivado (2009, <<https://www.conjur.com.br>>).

Assim, deve-se ter cautela quando se trata de mutação constitucional com o intuito de que não se cometa equívocos quanto ao seu significado, à sua legitimidade e à sua validade. Nessa modalidade de alteração o texto permanece intacto e não há uma consciência efetiva e intencional da mudança, que ocorre no que se refere ao conteúdo da norma. Caso for explícita, poder-se dizer que o que houve foi uma ruptura antidemocrática com a Constituição, já que para se realizar mudanças na Carta Magna é necessário que se cumpra o devido processo legislativo (LEMOS, 2011, <<http://www.abdconst.com.br>>).

Destaca-se que os argumentos debatidos na presente análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, não são contrários à regulamentação da união homoafetiva, porém, pelos fundamentos expostos, pode-se concluir que não é através do exercício de um ativismo judicial que essa regulamentação deve ser realizada.

Assim, constata-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, teve um perfil teórico ativista, atuando na esfera do Poder Legislativo e por consequência, causando uma afronta ao princípio da separação dos poderes.

Observa-se que o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, esclarece não ser possível a aplicação da mutação constitucional ou mesmo de se fazer uma interpretação extensiva dos dispositivos constitucionais citados na ação, por conta dos limites materiais e formais que a própria Constituição estabeleceu (BRASIL, 2011, <<http://www.stf.jus.br>>).

### 3.4 Análise do habeas corpus 74.051-3/SC

O presente habeas corpus revela que o paciente acusado de tráfico de entorpecente foi condenado pelo Juízo da Quarta Vara Criminal da Comarca de Florianópolis. Interposto recurso, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina assentou a incompetência da justiça local por envolver, a espécie, a prática de tráfico internacional de entorpecente (BRASIL, 1966, <<http://www.stf.jus.br>>).

Os autos foram remetidos ao Juízo federal, ratificando o Ministério Público a denúncia apresentada no âmbito estadual. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região concluiu pela nulidade do processo, alcançada a denúncia. Entrementes, manteve a prisão cautelar do paciente. Restou interposto o recurso habeas corpus no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1996, <<http://www.stf.jus.br>>).

Em junho de 1996 os ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, conheceram a ação constitucional por unanimidade, deferindo o Habeas Corpus 74.051-3/SC para que o paciente estrangeiro que não possuía residência no país aguardasse em liberdade um novo julgamento (BRASIL, 1996, <<http://www.stf.jus.br>>).

Excerto de ementa do referido acórdão (BRASIL, 1996, <<http://www.stf.jus.br>>):

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - **ESTRANGEIROS** - A teor do disposto na cabeça do **artigo 5º da Constituição Federal**, os estrangeiros residentes no País têm jus aos **direitos e garantias fundamentais**. PRISÃO PREVENTIVA - EXCESSO DE PRAZO - Uma vez configurado o excesso de prazo, cumpre, em prol da intangibilidade da ordem jurídica constitucional, afastar a custódia preventiva. Idas e vindas do processo, mediante declarações de nulidade, não justificam a manutenção da custódia do Estado. **O mesmo acontece se o acusado é estrangeiro**. Evasão do território nacional corre à conta do poder de polícia, presumindo-se esteja o Estado aparelhado para coibi-la [...] (grifo próprio).

O ministro relator Marco Aurélio em seu voto, argumentou que o fato de o estrangeiro não possuir residência no país, não justifica a adoção de tratamento

distintivo e discriminatório, devendo ser garantido os seus direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 1996, <<http://www.stf.jus.br>>).

Afirmou ainda, que a garantia de inviolabilidade dos direitos fundamentais, salvo as exceções de ordem constitucional, se outorga também aos estrangeiros não residentes ou domiciliados no Brasil. Assim, a expressão residente no Brasil deve ser interpretada no sentido de que a Constituição só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro (BRASIL, 1996, <<http://www.stf.jus.br>>).

Contudo, se faz necessário ressaltar que o art. 5º da Constituição Federal de 1988, prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1998, <<http://www.planalto.gov.br>>)

Dessarte, uma interpretação literal do artigo acima transcrito conduz ao entendimento de que o estrangeiro em trânsito no país não poderia reclamar em seu favor a fruição, por si próprio, dos direitos e garantias insculpidos no art. 5º e de outros dispositivos constitucionais de direitos fundamentais (LARA, 2015, <<http://www.aninter.com.br>>).

Desse modo, pode-se concluir que a Constituição Federal de 1988 não previu expressamente a proteção aos direitos fundamentais do estrangeiro não residente no país, se referindo exclusivamente aos brasileiros e estrangeiros residentes. No caso em epígrafe fica evidente a utilização pelo Supremo Tribunal Federal do fenômeno da mutação constitucional na medida em que foi alterado o sentido da norma sem modificar o seu texto, o qual restou preenchido por meio da interpretação constitucional.

Com relação à interpretação constitucional, o princípio da interpretação conforme a Constituição, assegura que deve ser dada preferência à interpretação que lhe dê sentido em conformidade com a Carta Magna, não permitindo a obtenção de um sentido inequívoco ao exposto na norma, uma vez que a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir além, e muito menos contra o teor literal do preceito (CANOTILHO, 2003, p. 1226).

Resta evidente que a sobrevivência das Constituições depende da sua adequação à realidade social, em uma continuidade jurídico-política que se expressa graças a uma relação entre a força normativa e a realidade social formada por uma

combinação harmoniosa entre texto e realidade (COSTA, 2018, <<http://www.ambito-juridico.com.br>>).

Em que pese a necessidade de adequação a realidade social normativa, deve-se ter ponderação com o fenômeno da mutação constitucional realizado no julgamento do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que uma coisa é fazer uma leitura que respeite o espectro dos significados aceitáveis de um texto jurídico. Outra é a criação sub-reptícia de novos preceitos pelo uso de interpretação totalmente dissonante do sentido literal possível do enunciado jurídico. O intérprete não pode criar normas, uma vez que não possui legitimidade, ante a ausência de mandato para legislar (COSTA, 2018, <<http://www.ambito-juridico.com.br>>).

Afinal, não cabe ao Supremo Tribunal Federal corrigir a Constituição, uma vez que isso faria dele um poder constituinte permanente e ilegítimo, podendo incorrer no equívoco de confundir as tarefas constituídas aos poderes, o que traduziria, portanto, uma séria inversão dos pressupostos da teoria da democracia moderna a que se filia a Constituição da República (STRECK, 2007, <<https://jus.com.br>>).

Resta evidente que o fenômeno da mutação não pode acontecer discricionariamente quando o intérprete da Constituição assim o decidir. Ele sofre limitações do próprio texto da Lei Fundamental de um Estado e da sua realidade institucional, bem como do programa normativo que lhe pertence. Se persistir e sair vitorioso o entendimento de que houve mutação no caso em análise, a despeito de se querer impor um novo texto à Constituição, correr-se o risco de identificar no Supremo Tribunal Federal uma instância com poder constituinte permanente (LEMOS, 2011, <<http://www.abdconst.com.br>>).

Assim, constata-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 74.051-3/SC, sugere uma mutação ilegítima, na medida em que ultrapassa os limites do texto constitucional, violando o art. 5º da Constituição Federal de 1988. Por consequência, o que seria uma mutação constitucional é, na verdade uma reforma da Constituição, realizada, no entanto, por via transversa e inconstitucional, não tendo sido observado o princípio da separação dos poderes.

Se faz necessário esclarecer que o Supremo Tribunal Federal também está subordinado à Constituição, não dita seus enunciados, mas os interpreta, não podendo cometer ativismos desmedidos. E na medida que se admite o fenômeno da mutação inconstitucional, admite-se também que o texto não seja levado a sério,

ferindo a tripartição de poderes e, conseqüentemente, o princípio democrático (LEMOS, 2011, <<http://www.abdconst.com.br>>).

### **3.5 A mutação constitucional e o princípio da separação dos poderes**

Com a Revolução Francesa, o princípio da separação dos poderes, tornou-se um dogma constitucional, que culminou como pressuposto para a própria existência da Constituição, uma vez que o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>7</sup> afirma que quando não houver separação de poderes e outorga dos direitos fundamentais não se pode falar na existência de uma Lei Maior. O mencionado princípio foi inicialmente formulado por Aristóteles, estudado por Locke e, depois, aprimorado por Montesquieu (AGRA, 2018, p. 149).

Entretanto, merece destaque os ensinamentos de Montesquieu, que de forma sucinta, parte da mesma premissa de Aristóteles, ao conceber a divisão dos poderes de forma tripartida, em que se tem Poder Legislativo com a função de elaborar leis; Executivo do Estado responsável por questões como paz, guerra e segurança; e Executivo julgador. A separação de poderes por ele formulada não se identifica com a concebida na atualidade. Contudo, é certo que Montesquieu inovou ao falar em uma separação de poderes de forma autônoma e independente, mas harmônica (AGRA, 2018, p. 149).

O sistema de freios e contrapesos foi idealizado para manter a relacionada harmonia entre os poderes. Assim, faz-se necessário que os órgãos do Estado que exercem o poder a eles outorgado trabalhem em harmonia entre si. Significa ainda não interferir na competência dos outros, possibilitando que cada um exerça suas funções com independência e, sobretudo, com excelência (ARAGÃO, 2013, p. 30).

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto (BARROSO, 2010, p. 174).

A divisão em verdade não é do poder, mas das funções e órgãos do Estado. Assim, tem-se a função legislativa exercida pelos órgãos Legislativos, a administrativa

---

<sup>7</sup> Art. 16: A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição (BRASIL, 2018, <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>).

exercida pelos órgãos Executivos e a jurisdicional exercida pelos órgãos Judiciários. A Constituição Federal de 1988 adotou a tripartição das funções que está expressa no seu artigo 2º que diz: são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (AMORIM, 2015, p. 40).

O princípio da separação dos poderes, por conta de sua grande importância para a manutenção do Estado democrático de direito, tem status de cláusula pétreia, conforme art. 60, § 4º, III da Constituição Federal<sup>8</sup>. Portanto, as normas constitucionais protegidas por cláusulas pétreas têm hierarquia superior as demais, não podendo ser revogadas pelo poder de reforma (BARROSO, 2010, p. 168).

Com base na compreensão de que deve haver a divisão das funções do Estado, bem como a individualização dos órgãos deste, sem prevalência de um poder sobre o outro, mas com a possível interferência de um no outro, pode-se admitir o controle e a vigilância recíprocos, a fim de se garantir o cumprimento das funções constitucionais de cada um (ARAGÃO, 2013, p. 33).

Destaca-se que a função do Poder Judiciário, diferentemente do Legislativo e o Executivo (que se encontram em relação de certo entrelaçamento), é aquela que de forma mais evidente se singulariza como referência aos demais poderes. O Judiciário é responsável por exercer o último controle da atividade estatal, manifesta-se pelo ato da administração ou pelo Legislativo. Daí a necessidade de que, na sua organização, materialize-se a clara relação de independência do Poder Judiciário em relação aos demais poderes ou influências externas (MENDES, 2011, p. 964).

A declaração da expansão do poder judiciário tem sido materializada por meio da jurisdição constitucional, com o Judiciário passando a interferir no espaço decisório de atribuição do Executivo e do Legislativo, por meio de participação crescente no processo de tomada de decisões políticas. Em alguns casos, tem desempenhado, ainda que subsidiariamente, um papel de criação de normas, acumulando a autoridade de intérprete da Constituição com o exercício excepcional de função legislativa, em outros, atuado como formulador de políticas públicas (CHAVES, 2012, <<http://www.publicadireito.com.br>>).

E esse novo modelo de atuação tem provocado inúmeras controvérsias, concretizadas principalmente a partir de dois eixos de análise: de um lado, uma

---

<sup>8</sup> Art. 60 da CF/88. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes (BRASIL, 2018, <<http://www.planalto.gov.br>>).

corrente hermenêutico-filosófica, que enfatiza o papel das instâncias majoritárias representativas, privilegiando os processos democráticos típicos de formação da vontade, com a conseqüente limitação do papel das cortes; de outro lado, as teorias da argumentação pregam um Judiciário mais participativo nas democracias contemporâneas, atuando de maneira mais dinâmica para solucionar problemas políticos e sociais apresentados pelo cotidiano, com uma ocupação maior do mundo político pelo jurídico (CHAVES, 2012, <<http://www.publicadireito.com.br>>).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal e exclusivamente em razão da atuação deficitária dos outros poderes, não foi possível impedir que em situações de reiterada inércia e omissões, o Judiciário atuasse positivamente na concretização de diversos direitos fundamentais, inovando na ordem jurídica com decisões de caráter normativo, o que, não pode ser visto como exercício indevido do poder, mas apenas ocupação de espaços deixados pelos demais poderes ou até mesmo pela deficiente produção legislativa (BOSCH, 2012, p. 9).

É nesse cenário que deve ser levado em consideração se o princípio da separação dos poderes, está sendo lesionado pelo STF ao praticar o ativismo judicial, ou seja, ao concretizar valores e fins constitucionais, por meio da aplicação direta da Constituição em situações não contempladas expressamente em seu texto e independente de manifestação do legislador ordinário; ao declarar a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador (MEDEIROS, 2016, <<http://www.conteudojuridico.com.br>>).

Atualmente o Supremo Tribunal Federal passou a exercer, além do controle de constitucionalidade das leis, também o chamado controle de razoabilidade das leis, sendo que ao decidir se determinada lei é ou não razoável, prevalece certamente a preferência de cada julgador, de modo a romper a regra essencial do Estado Democrático do Direito, de que ao Judiciário é vedada a tarefa Legislativa (BOSCH, 2012, p. 9).

Não há dúvidas de que o princípio da separação dos poderes impõe limites à função jurisdicional, não autorizando, por conseqüência, o exercício de um poder que a Constituição não conferiu. Se a Constituição é o fundamento de validade de todo o sistema jurídico, e essa é a especificidade maior da ciência jurídica, é de sua aplicação, de maneira adequada ou não, que exsurgerà a sua efetividade (STRECK, 2009, p. 71).

Da mesma forma, o intérprete, satisfeito ou não com a lei a ser aplicada em determinado conflito, somente poderá afastá-la por meio da análise e posterior declaração fundamentada da inconstitucionalidade desta lei (controle concentrado), independentemente da sua vontade, da sua concepção de justiça e do razoável. Os argumentos de que determinada lei está defasada, é insuficiente ou injusta, somente poderá servir ao processo de iniciativa para alteração legislativa e ainda pelos meios previstos expressamente na própria Constituição (BOSCH, 2012, p. 9).

## 4 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico teve como objetivo principal analisar a existência de limites ao fenômeno da mutação constitucional, simultaneamente com a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, primeiramente, buscou-se a compreensão de que a Constituição prevê mecanismos formais de mudança do seu texto, aspirando a necessidade de se adaptar à evolução da sociedade. Contudo, nas práticas constitucionais tornaram-se insuficientes diante das mudanças fáticas.

A realidade constitucional vem demonstrando que as Constituições rígidas, vão se modificando, assumindo novos sentidos e significados, e acabam sofrendo mudanças além das previstas em seu texto. Essas alterações constitucionais são provocadas através de mecanismos informais de mudança constitucional, ou seja, pela denominada mutação constitucional.

A mutação constitucional pode ser definida como uma mudança informal da Constituição que se dá através de interpretações feitas que modifica o sentido, e o significado do texto constitucional sem violar a letra e o espírito da norma. É um mecanismo que permite a modificação do sentido e do alcance de norma sem que ocorra qualquer modificação em seu texto.

No entanto, a mutação constitucional não poderá se dar de forma livre. Para que a Constituição possa ser modificada, se faz necessário observar a existência de alguns limites, os quais não devem contrariar a literalidade do texto e o espírito da Constituição.

Assim, a Constituição estabelece um limite absoluto, o procedimento do fenômeno da mutação constitucional, deve ser compatível com a elasticidade interpretativa de seu texto, o qual deve continuar sem qualquer modificação. Desta forma, terá alcançado uma garantia contra as mutações inconstitucionais, ilegítimas, as quais não devem permanecer no ordenamento jurídico.

À vista disso, pode se concluir que deve existir limites à atuação do Supremo Tribunal Federal ao praticar a mutação constitucional para que não viole a Constituição, por meio de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que constituem a Carta Magna.

Na análise dos casos apontados no presente trabalho monográfico (reclamação nº 4.335-5/AC, arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132 e o

habeas corpus 74.051-3/SC), restou perceptível uma posição ativista nas decisões do Supremo Tribunal Federal, havendo uma invasão na competência do Legislativo, e conseqüentemente uma ofensa ao princípio da separação dos poderes. À vista disso, o que seria uma mutação constitucional é, uma verdadeira reforma da Constituição, praticada, no entanto, por via inconstitucional.

A própria Constituição de forma expressa declara que os poderes são independentes e harmônicos entre si, o que significa que a consolidação da democracia necessita do equilíbrio das respectivas atribuições e adequado controle mútuo aos poderes.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal ao agir com o argumento de que a norma é insuficiente ou inadequada, somente poderá servir ao processo de resolução para alteração legislativa, através de emenda, revisão, súmula e elaboração de leis, ou seja, pelos meios previstos expressamente na própria Constituição.

O Supremo Tribunal Federal não pode contrariar, acrescentar ou suprimir a expressão da norma interpretada, utilizando-se do instituto da mutação constitucional, caso contrário o Supremo Tribunal Federal estará em flagrante afronta ao princípio da separação dos poderes, e ao princípio da democracia. E isso faria do Supremo Tribunal Federal um poder constituinte permanente e ilegítimo, atuando de maneira ilimitada.

Além do mais, os princípios e métodos hermenêuticos constitucionais, impedem que o intérprete da lei contrarie a letra e o sentido da Constituição, uma vez que a interpretação deve ser realizada conforme a Lei Fundamental. Pois a função do intérprete é a desvendar o sentido do texto sem ir além, e contra o teor literal da Constituição.

Em síntese, pode-se concluir que o fenômeno da mutação constitucional é limitado pelo texto e o espírito da Constituição. E com base nos julgados analisados no presente estudo, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal não observa esses limites, configurando uma verdadeira mutação inconstitucional.

O fenômeno da mutação constitucional sempre que é praticado com a finalidade de se adaptar as novas realidades, dentro dos limites, e em conformidade com a Lei Fundamental, deve ser admitido em nosso ordenamento jurídico. Caso contrário, as manifestações inconstitucionais, pretendidas ou não, que violam a Constituição devem ser repelidas, uma vez que se contrapõem às mutações constitucionais.

Em suma, deve-se ter o entendimento de que o fenômeno da mutação constitucional deve ocorrer em casos excepcionais, necessitando haver limites para conservar a democracia e os direitos fundamentais, uma vez que a tarefa do intérprete será a de esclarecer o sentido da Carta Magna sem ir além, e tampouco contra o teor expresso do texto, devendo ser fundamentada suas decisões com base na própria Constituição.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Andressa Silva. *Abstrativização do Controle Difuso Incidental*. 1. ed. Salvador: 2015. Disponível em: <<http://lelivros.com>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

ARAGÃO, João Carlos Medeiro. *Judicialização da política no Brasil: Influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*. 1. ed. Brasília: Edições Câmara, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 09 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 8.072/90, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 74051-1*. Paciente: Hector Wilman Goncalves Martinez. Coator: Tribunal Regional Federal da 4. Região. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 18 de junho de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4.335*. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BOSCH, Marcia Helena. Mutação constitucional e ativismo judicial. *Revista da PUC-SP*, São Paulo, 2015. Disponível em: < <https://www.pucsp.br>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

BULOS, Uadi L amego. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: S ergio Antonio Fabris, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição*: Direito Constitucional Positivo. 13. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

CHAVES, Vinicius Figueiredo. Interpretação e aplicação da Constituição no Brasil: hermenêutica e jurisdição constitucional no pensamento de Lenio Streck. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 66, p. 287-308, set./dez. 2014. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 out. 2018.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERRAZ, Anna Candido da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. 2. ed. São Paulo: Edifício, 2015.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. França, 26 ago. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

GOULART, Daiene Vaz Carvalho. Mutação constitucional e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. *Conteúdo Jurídico*, jun. 2014. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Bahia: JusPodivm, 2011.

LARA, Adriana Stormoski. Presos estrangeiros e violação dos direitos humanos. *Revista Aninter*, dez. 2015. Disponível em: <<http://www.aninter.com.br>>. Acesso em: 08 set. 2018.

LEMONS, T. T. et. al. Mutação constitucional e democracia: uma (des)constru o hermenêutica do problema da interven o do senado em sede de controle difuso da constitucionalidade. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 9, p. 355-383, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br>>. Acesso em: 30 set. 2018.

MEDEIROS, Fernanda Correia Lima Rodrigues. Ativismo judicial: uma análise sob a  tica do princípio da separa o dos poderes. *Conteúdo Jurídico*, mai. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 04 set. 2018.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

NOGUEIRA, Alexandre de Castro. A mutação constitucional como instrumento do STF para atuar como legislador positivo: A necessidade de um controle externo às modificações constitucionais realizadas por meio da interpretação. *Revista Direito e Política*, nov. 2015. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

PERCEGONI, Carolina Bulhões. Mutações Constitucionais e Relações homoafetivas: análise crítica da interpretação evolutiva do conceito de família. *Revista da EMERJ*, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, L. L.; OLIVEIRA, M. A. C.; LIMA, M. M. B. L. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição Constitucional. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 07, p. 45-68, jan. 2008. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, A. V.; NASCIMENTO, J. L. R. Mutações constitucionais como evolução normativa ou patologia constitucional? tempo e direito à luz da hermenêutica-filosófica. *Revistas Estudos Institucionais*, n. 1, p. 432-474, jul. 2017. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com>>. Acesso em: 09 ago. 2018.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. Mutações constitucionais e ativismo judicial. *Revista Cadernos Jurídicos*, São Paulo, n. 40, p. 115-130, abr./jun. 2015. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br>>. Acesso em: 06 set. 2018.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 58, p. 105-145, jan./abr. 2000. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es>>. Acesso em: 10 ago. 2018.