



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO – UFMA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, SAÚDE E TECNOLOGIA – CCSST
CURSO DE DIREITO**

LUCAS RAMON SILVA MIRANDA

**OS EFEITOS E OS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL OPERADA PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR VIA INTERPRETATIVA**

IMPERATRIZ – MA
2018

LUCAS RAMON SILVA MIRANDA

**OS EFEITOS E OS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL OPERADA PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR VIA INTERPRETATIVA**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, campus de Imperatriz, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Prof^o. MSc. Denisson Gonçalves Chaves.

IMPERATRIZ – MA
2018

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

MIRANDA, Lucas Ramon Silva.

Os efeitos e os limites da mutação constitucional operada pelo Supremo Tribunal Federal por via interpretativa / Lucas Ramon Silva Miranda. - 2018.

72 f.

Orientador(a): Denisson Gonçalves Chaves.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, Imperatriz, 2018.

1. Limites da atuação do STF. 2. Mutação Constitucional. 3. Programa Normativo. I. Chaves, Denisson Gonalves. II. Título.

LUCAS RAMON SILVA MIRANDA

**OS EFEITOS E OS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL OPERADA PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR VIA INTERPRETATIVA**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, campus de Imperatriz, para obtenção do título de bacharel em direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Prof^o. MSc. Denisson Gonçalves Chaves.

Aprovada em: 24 de julho de 2018

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. MSc. Denisson Gonçalves Chaves
Orientador

Prof^a MSc. Paula Regina Pereira dos Santos Marques Dias
Membro UFMA

Prof^o MSc. Felipe Freitas Zenkner
Membro UFMA

IMPERATRIZ - MA
2018

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor de meu destino, meu guia, socorro presente na hora da angústia, ao meu pai Carlos Hairton dias de Miranda, a minha mãe Rosimeire Sousa Silva, a minha irmã Keity Reully Silva Reis e ao amor da minha vida, Erick Nascimento Eufrásio, sem os quais nada disso faria sentido.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pela dádiva da vida e por ter me proporcionado chegar até aqui. À minha família, por todo o apoio e preocupação, o que me impulsiona a vencer as batalhas da vida. Ao Erick Nascimento por todo incentivo e compreensão, o que tornou o caminho ao longo destes anos bem mais fácil e prazeroso.

À Universidade quero deixar uma palavra de gratidão por ter me recebido de braços abertos e com todas as condições que me proporcionaram dias de aprendizagem muito ricos.

Agradeço a todos os professores pela a disposição e vontade de partilhar o conhecimento, em especial ao meu mestre e orientador, Denisson Gonçalves Chaves, por ter suportado todas as minhas mensagens e ter se dedicado ao máximo a esta orientação. Destaco, ainda, o nome de meu nobre colega e companheiro Evandro Pereira Fernandes, por ter contribuído diretamente na construção deste trabalho, com suas dicas e conselhos valiosíssimos, disponibilizando seu tempo e sua paciência.

A todas as pessoas e amigos que de uma alguma forma me ajudaram e acreditaram em mim, eu quero deixar um agradecimento eterno, porque sem elas não teria sido possível.

“Tenho a impressão de ter sido uma criança brincando à beira-mar, divertindo-me em descobrir uma pedrinha mais lisa ou uma concha mais bonita que as outras, enquanto o imenso oceano da verdade continua misterioso diante de meus olhos”. (Isaac Newton)

RESUMO

A Mutação Constitucional, isto  , a mudana informal do texto da constituio, tem sido um fenômeno cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, em decorrência da constante modificao de entendimento do Supremo Tribunal Federal, o que tem trazido uma gama de consequências ao sistema jurídico. O presente trabalho, realizado por meio de extensa pesquisa bibliográfica, tem como principal objetivo analisar os efeitos da Mutao Constitucional Interpretativa operada pelo Supremo Tribunal Federal, bem como estabelecer os parâmetros a serem observados pela Suprema Corte ao recorrer a tal instituto. Devido ao caráter vinculante de suas decisões, o posicionamento do Supremo Tribunal tem o condão de alterar a situao jurídica e as realidades sociais existentes, ao passo que de acordo com seu entendimento pode-se criar ou restringir direitos. Contudo a atuao do STF não   ilimitada e não pode conduzir a uma interpretao em contrariedade ao ordenamento jurídico. Assim, ao operar a mutao constitucional a Suprema Corte está adstrita   observância de limites impostos pelo programa normativo e por outros nele não previstos, sob pena de sua atuao ser considerada inconstitucional e ilegítima.

Palavras-chave: Mutao Constitucional. Limites da atuao do STF. Programa normativo.

ABSTRACT

The constitutional mutation, or the Constitution change in an informal way, has been being a phenomenon more and more present in Brazilian's jurisdiction, principally, because of the constant modification of the Supremo Tribunal Federal's understanding, a thing that is bringing many of consequences for the legal system. The present work, what was done by a long bibliographic research, has as principal objective of analyze the effects of the Constitutional Mutation Interpretive made by the Supremo Tribunal Federal, as well as to establish parameters to be observed by the Suprema Corte when it resorts this. Just because of the binding character of its decisions, the Supremo Tribunal's positioning has the power of change the legal situation and the social realities, and at the same time, it can create and restrict rights. However, the STF's performance is not unlimited and it cannot lead for an interpretation that's different of the legal system. So, when it operates the constitutional mutation, the Suprema Corte is attached for the observance of the limits what were imposed by the normative program and by others not foreseen, under sentence of its performance to be considerate unconstitutional and illegal.

Key-words: Constitutional Mutation, STF's performance limits and Normative program.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: Conceito, Evolução e História.....	13
2.1. A Mutação Constitucional sob a óptica da Escola De Direito Alemã	15
2.1.1. Paul Laband.....	16
2.1.2. Georg Jellinek.....	17
2.1.3. Hsü Dau-Lin.....	18
2.2. O conceito de Mutação Constitucional na contemporaneidade.....	19
2.3. Modalidades de Mutação Constitucional	22
2.3.1. O costume como forma de mutação constitucional	23
2.3.2. A Mutação Constitucional pela via Interpretativa	24
3. OS EFEITOS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL INTERPRETATIVA OPERADA PELO STF NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	30
3.1. O efeito vinculante das decisões do STF	30
3.2. STF: Mutação Constitucional e Ativismo Judicial	32
3.3. Exposição de casos específicos de Mutação Constitucional e os seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.....	37
3.3.1. A proteção dos estrangeiros não residentes no país	38
3.3.2. A definição do alcance do termo racismo	39
3.3.3. A união entre pessoas do mesmo sexo	40
3.3.4. O princípio da presunção de inocência	42
3.3.5. A reedição de Medidas Provisórias.....	43
3.3.6. A experiência da Mutação Constitucional interpretativa operada pelo Supremo Tribunal Federal no Ordenamento Jurídico brasileiro	44
4. LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL INTERPRETATIVA	46
4.1. O programa normativo e os limites impostos a mutação constitucional ..	49
4.2. Parâmetros estabelecidos fora do programa normativo	54
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
Bibliografia	65

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
APL	Apelação
Art., arts.	Artigo, Artigos.
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
HC	Habeas Corpus
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
SV	Súmula Vinculante

1. INTRODUÇÃO

A Mutação Constitucional   a mudana informal do texto da Constituio  , pois, um mecanismo que permite a transformao do sentido e do alcance de normas constitucionais, sem que se opere, no entanto, qualquer modificao no seu texto (BARROSO, 2009).   um fenômeno que está presente na vida de toda Constituio, até mesmo naquelas consideradas Rígidas e ocorre devido às mudanas sociais e a necessidade de o texto formal ser adaptado   realidade fática.

Tal fenômeno tem sido cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, por meio da constante mudana de entendimento do Supremo Tribunal Federal, o que afeta diretamente todo o conjunto normativo, trazendo por vezes efetividade às normas constitucionais, por outras a insegurana jurídica.

Ademais, a pretexto de atualizao da norma positivada e de uma necessária atuao mais ativa por parte do Judiciário, a Suprema Corte, por vezes, acaba que sedimentando entendimentos contrários ao texto constitucional.

A partir de então surge o seguinte questionamento: quais os efeitos a mutao informal do texto constitucional via interpretativa realizada pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, tem trazido ao ordenamento jurídico brasileiro e quais os parâmetros a serem definidos no uso de tal instituto?

Destarte o presente trabalho possui como principal objetivo analisar os efeitos da Mutao Constitucional Interpretativa operada pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a forma que este fenômeno tem afetado o ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo, ainda, os parâmetros a serem observados pela Suprema Corte ao recorrer a tal instituto em suas decisões.

Este estudo possui relevante interesse social e acad mico, uma vez a Mutao Constitucional operada pelo STF, devido a sua fora vinculante e *erga omnes*, interfere diretamente nas relaes sociais e afeta o direito subjetivo de todos os indivíduos sujeitos ao sistema jurídico brasileiro. Ademais, por sua atuao a Suprema corte pode conferir ou restringir direitos constitucionais.

No âmbito acad mico, salutar   a presente discussão, pois o referido tema altera substancialmente o próprio conceito de Constituio e a compreensão dos princípios da hermenêutica constitucional.

Para cumprir com o objetivo a que serve o presente trabalho o conteúdo será abordado em três capítulos.

No primeiro capítulo far-se-á uma explanação a respeito do conceito de mutação constitucional à luz dos principais autores sobre o tema, percorrendo toda a formação do pensamento em relação ao referido instituto, desde os primeiros trabalhos sobre a temática, pelos autores da Escola Alemã de Direito Público, até os novos conceitos da doutrina contemporânea e as suas classificações.

Depois de compreendido o fenômeno da mutação constitucional far-se-á, no segundo capítulo, uma explanação dos casos concretos onde se operou o referido fenômeno no sistema jurídico brasileiro, analisando a sua aplicação e a suas consequências nas relações sociais.

Por fim, no último capítulo tentar-se-á sistematizar um rol de parâmetros a balizar a atuação da Suprema Corte, e do Poder Judiciário como um todo, quando da operação da mutação constitucional. Estes limites serão estudados em um conjunto separado, os referentes ao programa normativo e os existentes fora deste, mas que deverão de igual maneira ser observados.

Ao fim do presente trabalho restará demonstrado que, devido ao caráter vinculante de suas decisões, o posicionamento do Supremo Tribunal tem o condão de alterar a situação jurídica e a realidade social existente, ao passo que de acordo com seu entendimento pode-se criar ou restringir direitos. Contudo, a atuação do STF não é ilimitada e não pode conduzir a uma interpretação em contrariedade ao ordenamento jurídico.

Neste sentido, faz-se mister a estipulação de limites a serem observados pelo STF ao operar alterações informais do texto da constituição, uma vez que a sua atuação ilimitada poderá trazer danos irreversíveis ao ordenamento jurídico brasileiro e poderá ocasionar o enfraquecimento do programa normativo com a restrição ou até mesmo a perda de direitos constitucionalmente garantidos.

2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: Conceito, Evolução e História

Para que se compreenda o conceito de Mutação Constitucional Interpretativa, trazido frequentemente pelos doutrinadores pátrios contemporâneos em suas obras constitucionalistas¹ e presente constantemente nas decisões da Suprema Corte Brasileira, faz-se mister, antes de tudo, compreender o próprio conceito de Constituição e a sua constante e recorrente necessidade de adaptação.

Neste campo ideológico de conceituação e compreensão das normas jurídicas, destaca-se Hans Kelsen (1998), para quem a norma é vista como um dever-ser, e, no âmbito da Teoria da Constituição, o dever-ser superior. É o que, aliás, foi difundido entre seus seguidores com a estruturação das normas em pirâmide, sendo que as normas constitucionais estariam no ápice – no topo da pirâmide – estando todas as demais normas jurídicas abaixo e submetidas a elas.

Na mesma linha de raciocínio positivista, o autor Carl Schmitt, vem enriquecer o debate acrescentando que além de superior a Constituição seria anterior ao próprio Estado, uma vez que esta o institui, criando seus órgãos e suas atribuições e toda a estrutura burocrática que o mantém e o movimenta (KAMPMANN, PERAZZOLI, NETO, BOSTELMANN E VIEIRA, 2010).

O professor constitucionalista e ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2010), vem esclarecer que em um sentido substancial (ou material) Constituição não é somente o conjunto de normas que arquitetam a estrutura básica de um Estado, mas sim todo o conjunto normativo que delinea normativamente aspectos essenciais do contato das pessoas e grupos sociais entre si. Nesse sentido pode-se afirmar que é papel essencial de uma constituição instituir direitos fundamentais que preserve os indivíduos da supremacia do estado, assim como crie base para a convivência livre e digna de todas as pessoas, em um ambiente de respeito e considerações recíprocas.

Assim, percebe-se à luz dos citados autores que a Constituição é um conjunto de normas que estruturam o estado, dispondo sobre sua organização e separação

¹ Os autores frequentemente trazem o tema das Mutações Constitucionais em suas obras, exemplo disso são as obras de BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 38ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

de funções e competências, bem como estabelece os direitos basilares de seus indivíduos que limitam a atuação do estado e norteiam as relações sociais (direitos fundamentais). Embora, insta observar, que é possível que em uma concepção formal encontremos outras matérias no corpo de uma constituição, a depender do que for considerado importante pelo legislador constituinte².

Ademais, por se encontrar no topo de todo o ordenamento jurídico de um estado, uma constituição deve ser observada por todas as normas infraconstitucionais, servindo assim de baliza para a criação e interpretação de todas as leis e atos normativos que a ela se submetem.

Destarte, as normas constitucionais, em função de seu objeto, precisam apresentar maior permanência em comparação com as demais normas do ordenamento jurídico. Até porque, conforme bem observa Uadi Lammêgo Bulos (1997) seria absurda a aceitação de uma ordem constitucional instável, precária, insegura, comprometedora das instituições, dos direitos e garantias individuais.

Essa necessidade de permanência e instabilidade acaba que gerando a necessidade de um sistema mais rígido de reforma do texto constitucional. Entretanto essa rigidez não pode ser entendida como imutabilidade absoluta. Conforme bem salienta José Afonso da Silva:

O culto a Constituição, contudo, não deve cegar-nos a ponto de querê-lo eterna. Se há de ser um instrumento de realização de valores fundamentais de um povo, e se esses valores, dada a sua natureza história são mutáveis, intuitivo e compreensível será que a obra do constituinte originário, que retira do povo cambiante a seiva legitimadora de seu produto, seja também susceptível de mudança (SILVA, 2000, p. 262).

Nesse sentido, ressalte-se o conceito trazido por Uadi Lammêgo Bulos (1997) para quem a Constituição é vista como um conjunto de normas e princípios jurídicos, atuais e vinculantes. Assim, se uma Constituição quiser atender aos anseios sociais e se perpetuar no tempo, não pode ser entendida como imutável ou inalterável, deve, pois, evoluir com a sociedade, estar em harmonia com a realidade e manter-se aberta ao tempo.

Adriano Sant'Ana Pedro, estudioso do tema assevera que:

² “Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas” (MORAES, 2003. p. 29).

As mudanças constitucionais são necessárias como meio de preservação e de conservação da própria constituição, visando ao seu aperfeiçoamento e buscando, em um processo dialético, alcançar a harmonia com a sociedade (2013, p. 75).

De todo modo, se, por um lado, a rigidez constitucional é necessária para manter a estabilidade constitucional, por outro, esta rigidez deve permitir que a evolução da sociedade seja acompanhada pela evolução da constituição. Nesse sentido, é importante destacar que “estabilidade e mudança são componentes necessários do conceito de rigidez constitucional, do qual deflui a supremacia constitucional, princípio basilar do direito constitucional moderno” (FERRAZ, 2015, p. 6).

Assim, não é forçoso concluir que, em decorrência de seu objetivo, uma constituição deve ter características capazes de efetuar seu perpetuamento no tempo, para que assim seja gerada a tão sonhada e desejada instabilidade jurídica, por outro lado, faz-se necessário que esta mesma constituição esteja aberta as mudanças de uma sociedade, sob pena de cair em desuso e se tornar inoperante. Neste contexto de instabilidade e alterabilidade é que surge o fenômeno da Mutação Constitucional como um poderoso aliado.

2.1. A Mutação Constitucional sob a óptica da Escola De Direito Alemã

Carlos Victor Nascimento dos Santos (2015) declara que a preocupação da Escola Alemã com o tema da Mutação Constitucional surgiu a partir da promulgação da constituição do Império Alemão em 1871, conhecida na historiografia alemã como a constituição imperial de Bismarck, que possuía um elevado grau de rigidez, o que somado a outros fatores gerou um grande hiato entre as normas constitucionais e a realidade fática.

Preocupada com o distanciamento entre a Constituição de 1871 e a realidade social alemã, a Escola Alemã de Direito Público procurou compreender a relação existente entre a dinâmica política e a constituição escrita.

A inexistência de um mecanismo de controle de constitucionalidade e o caráter extremamente sucinto da constituição de 1871 impulsionaram, ainda, os doutrinadores a estabelecerem e estudarem os fenômenos da reforma e da mutação constitucional, movimento este que teve como principais protagonistas os doutrinadores Paul Laband e Georg Jellinek (Kublischkas, 2009).

Os postulados desta escola constituem o ponto de partida para a colocação do tema da mutação enquanto mecanismo de mudança da realidade constitucional à margem do procedimento formal da reforma.

2.1.1. Paul Laband

Conforme nos narra Wellington Marcio Kubliskas (2009), o fenômeno das Mutações Constitucionais foi primeiramente identificado pelos autores da Escola Alemã de direito no século XIX, tendo sido objeto de estudo pela primeira vez na obra *Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung* (Mutações da Constituição Alemã) escrita por Paul Laband no ano de 1895.

De acordo com o mencionado autor foi Laband quem primeiro diferenciou *Verfassungänderung* (reforma constitucional) de *Verfassungswandlung* (mutação constitucional). A primeira seria a alteração formal do texto da constituição derivada do poder de emenda outorgado pela própria constituição ao parlamento, enquanto a segunda seria a alteração do sentido ou da aplicação da norma constitucional em decorrência de uma atividade do próprio estado.

Laband teria identificado três maneiras pelas quais ocorria a Mutações Constitucionais no sistema jurídico alemão: 1) a regulação por parte das leis do Reich de elementos centrais do estado não previstos na constituição; 2) modificação de elementos centrais do Estado por meio de leis que contradizem o conteúdo da constituição; e 3) alteração dos elementos centrais do estado por meio de usos e costumes dos poderes públicos. (KUBLISCKAS, 2009, p. 70).

Dessa forma, a Mutações Constitucionais poderia ocorrer, inclusive, por meio da criação de leis que confrontassem as normas constitucionais.

Para que se compreenda melhor a doutrina de Paul Laband é importante se ter em mente que “àquela época o único sistema de Controle de Constitucionalidade era o dos Estados Unidos da América” (PEDRA, 2013, p. 82). Desse modo, a Lei do Parlamento constituía, na maioria dos casos, um fator constante de mudança constitucional.

Ademais, na visão de Laband (PEDRA, 2013) a principal causa de tais mutações era o fato de a Constituição do Império Alemão ser omissa na regulamentação das instituições centrais do Estado. Assim, segundo o autor, quanto mais incompleta for uma constituição quanto à prescrição dos elementos centrais de

um Estado, maiores serão os riscos de ocorrência de mudanças pela via informal, fato que violaria a inquebrantabilidade da constituição escrita.

Destarte, pode-se afirmar que na Concepção de Paul Laband a mutação constitucional seria a alteração informal do sentido da constituição, ou seja, sem que se recorresse ao instituto da reforma constitucional, o que acabava por trazer inúmeros problemas à ordem jurídica que não possuía um controle efetivo desta atividade. Tais Mutações ocorriam principalmente em virtude de leis e costumes que contrariavam a constituição (PEDRA, 2013).

Na modernidade, como se verá adiante, tal prática é entendida como mutação inconstitucional.

2.1.2. Georg Jellinek

George Jellinek foi um dos principais autores da Escola Alemã de Direito a respeito do tema. O referido autor procurou aprofundar a discussão a respeito da temática e apresentou aos estudiosos constitucionalistas outra diferenciação entre reforma e mutação.

Para Jellinek, conforme nos narra Márcio Kubliskas (2009), a reforma constitucional consistiria na modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionadas, enquanto na mutação constitucional a modificação que deixa indene seu texto se produz por fatos não acompanhados pela intenção ou consciência.

Assim, pode-se afirmar que Jellinek ao fazer a diferenciação entre *Verfassungänderung* (reforma constitucional) de *Verfassungswandlung* (mutação constitucional) se utiliza do critério da intencionalidade da mudança. Para ele a reforma constitucional seria um ato intencional, uma vontade em modificar o texto da constituição, enquanto a Mutação seria a mudança ocorrida no sentido da norma, sem, entretanto, alterar o seu texto, porém tal fenômeno aconteceria de forma inconsciente, através das mudanças fáticas que exigiriam uma atualização da norma constitucional. Nesse sentido Carlos Vitor afirma que:

O alemão Jellinek (1991, p. 1-90), em obra escrita no final do século XIX, faz uma densa abordagem a cerca do conceito de mutação constitucional. Para o autor, a mutação constitucional é fundada na teoria do fato consumado, em que se demonstra uma situação já consolidada no tempo. A partir da existência de um fato consumado, defende o autor a possibilidade de alteração de sentido de um texto normativo, considerando que o ali

disposto poderia não mais atender às demandas da realidade social vigente. A situação já consolidada no tempo seria, então, suficiente para a alteração de sentido do texto constitucional, que, por sua vez, deveria acompanhar a progressividade da realidade social. (SANTOS, 2015, p. 83).

Para Jellinek “o que valida à norma é a convicção subjetiva de cada destinatário sobre a sua obrigatoriedade” (BROCHADO, 2008, p. 243). Assim, implica dizer que Jellinek enxerga a Mutação Constitucional dessa forma porque ele parte da premissa de que o Direito é um fenômeno psicológico, ou seja, um fenômeno interno do homem (PEDRA, 2013).

2.1.3. Hsü Dau-Lin

Conforme nos narra Adriano Sant’Ana Pedra (2013), Hsü Dau-Lin escreveu sobre o tema na Alemanha em 1932, pautado nas obras de Paul Laband e Georg Jellinek, e foi o responsável por sistematizar e organizar o que conhecíamos até então sobre a Mutação Constitucional.

Na definição de Hsü Dau-Lin “a mutação constitucional decorre da separação entre o preceito constitucional e a realidade, sendo esta última mais ampla que a normatividade constitucional” (PEDRA, 2013). O referido autor leciona que:

Há mutações constitucionais permitidas e exigidas pelas Constituições. São precisamente, complemento e ampliações do sistema significativo proposto por ela de maneira ideal. E há mutações constitucionais que, por certo, não são intencionadas ou desejadas pela Constituição, mas que não podem ser impedidas ou suprimidas: são mutações do sistema de sentido proposto por ela ou de algumas instituições normativizadas de intenções manifestadas no sistema (DAU-LIN, 1998, p. 176 *Apud* PEDRA, 2013, p. 94).

Os estudos de Hsü Dau-Lin proporcionaram um maior direcionamento ao debate a respeito das mutações constitucionais, dando ensejo a aprofundados estudos sobre os processos de alteração da Constituição³.

³ Após a obra de Hsü Dau-Lin, alguns autores se dedicaram ao estudo dos processos de alteração da constituição. Um exemplo é o trabalho realizado por Geogers Vedel “acerca dos processos de formação do ato ou atividade jurídica que resultam nas manifestações do poder de regular a vida social – associando o tema a uma discussão de Teoria do Estado. Vedel, em seus escritos, defende a necessidade do processo normativo refletir a supremacia do povo, alegando que os aplicadores do Direito não poderiam impor determinados pontos de vista, devido à impossibilidade de se alegar que a Constituição tenha conteúdo imutável”. (SANTOS, 2015. p. 84.) Um outro trabalho, também importante, foi o produzido pelo autor Heller (1968) que “entendia a mutação constitucional como parte do conceito dinâmico de Constituição, apontando para a existência de elementos não jurídicos que atuavam na modificação do texto constitucional sem o procedimento próprio utilizado para a reforma de seu texto, como as Emendas Constitucionais”. (SANTOS, 2015. p. 84.)

Carlos Victor (2015) aponta as possíveis formas de manifestação da mutação constitucional na teoria de Hsü Dau-Lin: 1) realidade sem norma – prática causada pela falta de reforma da Constituição, que não acompanha as transformações sociais; 2) norma sem realidade – o que pode dificultar o exercício de direitos legítimos e constitucionalmente previstos; 3) relação de incoerência entre norma e realidade, hipótese em que a realidade tanto pode contradizer a norma – resultando numa prática inconstitucional – quanto pode mudar o sentido da norma.

Os autores da Escola Alemã de Direito, como Paul Laband e Georg Jellinek, enxergavam a mutação constitucional como um problema. Entretanto, para Hsü Dau-Lin as Mutações Constitucionais são parte do conceito de Constituição uma vez que tal fenômeno é elemento da noção dinâmica da Norma Constitucional, sendo, portanto, puro direito, embora conflitante com o texto da lei. Assim para o autor “tal Mutação Constitucional deve ser compreendida como produto da unidade de sentido que é o Estado e o caráter evolutivo de sua realidade vital” (PEDRA, 2013, p. 101).

2.2. O conceito de Mutação Constitucional na contemporaneidade

Anna Cândida da Cunha Ferraz foi a responsável por introduzir, no Brasil, o debate a cerca das Mudanças informais da Constituição, sendo, assim, a precursora dos estudos relacionados à Mutação Constitucional no país (LENZA, 2010).

Ao tratar do tema, a referida autora se utiliza de expressões como “processos indiretos” “processos não formais” ou “processos informais” para designar “toda e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado” (2015, p. 12).

Para que se compreenda tal conceito é necessário se ter em mente os processos formais de alteração do texto constitucional. Tendo por base a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, nota-se que esta traz expressamente o processo formal de alteração de suas normas (Art. 60) por meio da criação de Emendas Constitucionais. Acontece que não é somente através das Emendas que ocorre a alteração do texto Constitucional. Existem alterações que modificam o sentido e a aplicação do texto normativo sem, entretanto, operar nenhuma mudança na norma escrita. Assim é que visualizamos a existência dos processos informais de alteração da constituição.

Sobre o processo informal de alteração da Constituição Adriano Sant'Ana nos esclarece que:

Tais mudanças verificam-se informalmente porque estão à margem do processo previsto expressamente na Constituição. Elas ocorrem de modo informal e difuso para atender a exigência de um exercício contínuo da tarefa de possibilitar a efetiva aplicação da Constituição existente (PEDRA, 2005, p. 156).

Desse modo, tem-se que a peculiaridade da Mutação Constitucional reside no fato de esta não estar prevista em lei, diferentemente do que ocorre com a Reforma Constitucional que há de processar-se nos mesmos termos previstos pela própria Constitui o. Porém, urge destacar que o fenômeno da Mutação   um processo inevitável e indispensável que busca dar efetividade e aplica o ao texto constitucional, que sem a possibilidade de altera o se tornaria ineficiente e cairia em desuso.

Nas palavras de Adriano Sant'Ana, Mutação Constitucional consistiria em um "processo informal de altera o da Constitui o, que cuida de sua atualiza o e concretiza o" (2013, p. 102).

Anna Cândida Ferraz (2015) destaca o fato de que em uma compreensão contemporânea, a Mutação Constitucional deve ser entendida como a modifica o do sentido, do significado ou do alcance da Constitui o sem, contudo, confrontá-la. Assim nas palavras da autora a Mutação Constitucional   a "mudança constitucional que não contraria a Constitui o, ou seja, que, indireta ou implicitamente,   acolhida pela Lei Maior" (2015, p. 10).

Vemos, portanto, a supera o do conceito amplo de Mutação Constitucional trazido pela Escola de Direito Alemã que entendia-a simplesmente como uma discrepância entre a norma e a realidade, sem, porém, fazer distin o entre a muta o constitucional da muta o inconstitucional. No conceito mais restrito, largamente adotado na contemporaneidade, a muta o constitucional   um fenômeno absolutamente legítimo de evolu o constitucional, desde que realizado dentro de determinados limites impostos pela própria ordem constitucional. Nesse sentido aduz Márcio Kubliskas:

Assim, com fundamento no conceito restrito atualmente aceito em larga escala na doutrina,   possível definir a muta o constitucional como sendo o fenômeno por meio do qual, sem emendas ou revisões (processos formais de mudança da Constitui o), são introduzidas, no processo de concretiza o/aplica o, por meio da interpreta o constitucional e/ou da

integração pelos costumes, alterações no sentido, significado ou alcance de determinadas normas constitucionais (que tenham o conteúdo minimamente aberto/elástico), desde que estas alterações sejam comportadas pelo programa normativo, ou seja, promovam o desenvolvimento, complementação, esclarecimento etc., das normas constitucionais escritas, mas não violem nem a sua letra e tampouco o seu espírito. (KUBLISCKAS, 2009, p. 78)

Luís Roberto Barroso (2009) aponta como fatores motivadores da Mutação Constitucional a mudança na realidade fática ou uma nova percepção do direito, uma releitura do que deve ser considerada ética ou justa na concepção do referido autor, para ser legítima a Mutação Constitucional necessita “ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular” (2009, p.128).

Assim, tem-se, pois, que o fenômeno da Mutação além de estar adstrito ao texto da Constituição, não podendo contrariá-lo, deve ter respaldo na soberania popular, o que importa dizer, que é necessário que tenha uma efetiva transformação no seio das relações sociais.

Anna Candida (2015) aponta o “Poder Constituinte Difuso”⁴ como fundamento e justificativa jurídica das modificações constitucionais havidas mediante processos informais de alteração. Nesse contexto, ressalta a supramencionada autora que, embora o Poder Difuso não esteja expressamente previsto na Constituição, este surge da necessidade que tem a Constituição de ser aplicada e evoluir com as mudanças sociais.

Para Adriana Zandonade a “mutação é um fenômeno que ocorre inevitavelmente, desde que a Constituição existe para ser aplicada e que sua aplicação não pode prescindir da realidade” (2001, p. 201). Assim, pode-se afirmar que a Mutação Constitucional cumpre um papel de grande relevância no processo de concretização constitucional, pois concilia “a busca de sentido normativo (correspondência do texto constitucional com realidade do caso concreto) com a segurança jurídica reclamada pelo Estado Constitucional” (FILHO, 2008, p. 199).

⁴ O Poder Constituinte Difuso, como bem assevera Pedro Lenza (2010) é o poder de fato pelo qual se manifesta as Mutações Constitucionais, ou seja, é o poder de alterar as normas constitucionais, sem, entretanto operar mudanças formais em seu texto. Neste mesmo sentido Uadi Lammêgo Bulos (1997) esclarece que a nomenclatura difuso, se dá justamente porque não vem formalizado nas constituições, em contraposição ao Poder Constituinte originário (aquele que cria a Constituição) e o poder constituinte derivado – reformador ou revisional – (aquele que deriva do próprio texto da Constituição) .

Desse modo, conclui-se que na contemporaneidade a Mutação Constitucional não   entendida mais como uma problemática surgida entre a dissocia o da norma e da realidade fática.  , pois, um fenômeno jurídico, imprescindível para todas as constitui es, sejam elas rígidas ou flexíveis, que busca dar maior eficácia e aplicabilidade ao texto constitucional, impedindo-o, assim, de cair no desuso. Porém, conforme o já demonstrado tal instituto deve respeitar alguns limites sob pena de ser considerada uma muta o inconstitucional.

2.3. Modalidades de Muta o Constitucional

No que tange as modalidades de Muta o Constitucional   importante ressaltar que não possuem uma sistematiza o doutrinária uniforme. Adriano Sant'Ana (1997) destaca as quatro categorias de muta o constitucional elaboradas por Hs  Dau-Lin: a) muta o constitucional através de prática que não vulnera a Constitui o; b) muta o constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribui o constitucional; c) muta o constitucional em decorrência de prática que viola preceitos da Carta Maior; d) muta o constitucional através da interpreta o.

Bulos (1997), entretanto, aponta quatro outras modalidades de muta o, a saber: a) as muta es constitucionais operadas em virtude da interpreta o constitucional, nas suas diversas modalidades e métodos; b) as muta es decorrentes das práticas constitucionais; c) as muta es através da constru o constitucional; e d) as muta es constitucionais que contrariam a Constitui o,   dizer, as muta es inconstitucionais.

Assim, tem-se que de autor para autor encontramos algumas variáveis, porém ao se fazer uma análise na doutrina moderna a respeito do tema percebe-se que, de um modo geral, os autores costumam apontar como principais modalidades de muta o constitucional, presentes em quase todas as obras a respeito da temática: *a) a muta o por meio da interpreta o constitucional; e b) a muta o por meio dos costumes constitucionais.*

2.3.1. O costume como forma de mutação constitucional

Conforme nos expõe Luís Roberto Barroso (2009) a ideia de costume constitucional, que não é aceita como fonte de direito de forma pacífica, se assenta na adoção de uma prática reiterada, que tenha sido reconhecida como válida, ou até mesmo como obrigatória, como se verifica em alguns casos.

Para o referido autor, “o costume muitas vezes trará em si a interpretação informal da constituição; de outras, terá um papel atualizador de seu texto a vista de situações não previstas expressamente” (BARROSO, 2009, p. 134). Nesse sentido o costume constitucional funcionaria antes de tudo como forma de integração da norma constitucional, em casos de lacunas ou omissões. Anna Candida Ferraz afirma que:

Assim, a lacuna constitucional que pode ser preenchida pela interpretação da constituição, em qualquer de suas modalidades, pode, igualmente, ser preenchida pelo costume constitucional, quer formado a base da ação do legislativo, quer do executivo, conforme caiba um ou outro atuar na matéria constitucional em questão (FERRAZ, 2015, p. 184)

Entretanto, cabe mencionar, que a ilustre autora faz uma importante ressaltava para assegurar que os costumes estão sujeitos a limites, não podendo ser adotados de uma forma desarrazoada, esclarecendo que não poderiam ser batizados pelo Direito Constitucional os costumes criados por órgão incompetente para atuar na norma, nem os costumes contra legem (ou contra constitutionem).

Ora, se a Constituição nasce para ser aplicada, diante de casos de omissão ou de obscuridade, devem os órgãos constitucionais atuarem. Essa atuação acaba que por criar o costume constitucional, que quando não contraria a constituição pode criar uma nova interpretação ou até mesmo uma prática constitucional atualizada.

Adriano Sant’Ana (2013) dispõe que no costume encontramos ainda um elemento objetivo, que consiste na prática uniforme, constante, pública e geral e um outro subjetivos (chamado também de psicológico), que resulta na convicção generalizada de sua exigibilidade, ou seja, da crença na indispensabilidade da sua obrigatoriedade.

Assim, tem-se, portanto, que costume constitucional é a expressão do poder constituinte difuso, manifestado pelos órgãos competentes enquanto preenchem lacunas na obra constitucional originária ou interpretam-lhe disposições obscuras. Tal costume consistirá na prática constitucional, reiterada ou não, porém consentida,

desejada, geral e uniforme, de determinados atos ou comportamentos, pelos poderes competentes e pelo povo, sem forma prevista ou consagrada na Constituição. Cede, todavia, diante da norma constitucional escrita.

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” (FERRAZ, 2015, p 202).

Luis Roberto Barroso (2009) aponta como exemplo de mutação constitucional ocorrido no ordenamento jurídico brasileiro, operada por meio do costume constitucional, a ampliação dos poderes das Comissões de Inquéritos Parlamentares, para incluir em suas competências determinações antes rejeitadas pela doutrina e pela jurisprudência, como, por exemplo, a possibilidade das CPI's de autorizar a quebra de sigilo bancário, telefônico e fiscal.

Outro exemplo de mutação constitucional operada por meio dos costumes apontado pelo autor é o reconhecimento da possibilidade de o Chefe do executivo negar aplicação à lei que fundadamente considere inconstitucional.

Assim, embora não pacífico na doutrina, é patente a existência do costume no que tange a matéria constitucional, bem como é evidente que este costume por vezes acaba por operar a mudança de sentido da norma ou a sua aplicação no ordenamento jurídico, como bem visto nos casos citados por Luis Roberto Barroso, gerando, portanto, uma mutação constitucional.

2.3.2. A Mutação Constitucional pela via Interpretativa

A interpretação constitucional é o meio pelo qual se produz a maior quantidade de mutações constitucionais na contemporaneidade. Para compreender como ocorre tal fenômeno é importante, antes de tudo, assimilar o conceito de interpretação constitucional, bem como sua força no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme o dicionário de língua portuguesa organizado por Francisco S. Borba (2012) a palavra interpretar traria os significados de: a) determinar o significado de algo; b) deduzir ou extrair o significado de algo; c) entender, avaliar algo. Nesse sentido a interpretação jurídica seria a atividade de “revelar o conteúdo, o significado ou o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto” (BARROSO, 2009, p. 103).

Nesta seara, em linhas bem objetivas, Anna Cândida Ferraz (2015) conceitua a interpretação constitucional como a atividade realizada com o fim de conhecer a Constituição, não apenas em sua letra, mas também, em seu espírito, em seus significados mais profundos e em seu verdadeiro alcance.

Marcio Kubliskas (2009) dispõe que a interpretação constitucional se diferencia da interpretação das demais normas do direito em decorrência de seu objeto, que requer métodos e princípios próprios, uma vez que trata-se de normas dotadas de superioridade hierárquica; de caráter político e de peculiaridade semântica – uma vez que as normas principiológicas e esquemáticas são predominantes na Constituição, o que acaba por gerar maior abertura e grau de abstração.

Assim para o autor, são princípios que norteiam a atividade interpretativa, dentre outros: a) o princípio da unidade da Constituição; b) da concordância prática ou da harmonização; c) o princípio da força normativa da constituição; d) da máxima efetividade e, por fim, e) o princípio da justiça e do efeito integrador (KUBLISCKAS, 2009, p. 105 a 108).

Percebe-se, portanto, que a interpretação constitucional em virtude do seu objeto, as normas constitucionais, topo do ordenamento jurídico, ganha uma maior importância e por isso é cercada por certas peculiaridades. Entretanto, como o foco do presente trabalho não é a interpretação constitucional em si, é importante que se compreenda inicialmente apenas os impactos e a relevância da interpretação constitucional para o ordenamento jurídico. Nesse campo de pesquisa é importante trazer à luz as palavras do professor e ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, que aduz que:

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 de legitimidade formal de toda a sua ordem jurídica. Dispondo a Constituição sobre as relações entre os poderes e destes com as pessoas, a interpretação constitucional não se desprende, tampouco, de uma ineliminável pressão ideológica e política. Os interesses apanhados pela fixação do entendimento de um preceito da Lei Fundamental tendem a ser mais amplos e de projeção estrutural mais avultada, se comparados com os interesses que, ordinariamente, estão em jogo, quando se cuida de definir normas de setores outros do mundo jurídico. (BRANCO; MENDES, 2014, p. 81)

Como bem demonstra o mencionado autor, a interpretação constitucional impacta todo o ordenamento jurídico, uma vez que todo ele tira validade e

legitimidade da Constituição. Desse modo, cabe ao interprete e aos aplicadores do direito de um modo geral ter consciência da importância do valor, abrangência, sentido e alcance que é dado à determinada norma constitucional, pois isso certamente impactará todos os ramos do direito.

Anna Cândida Ferraz dispõe que “A Constituição, como Lei das Leis, não pode prescindir de interpretação” (2015, p. 23), isso porque o texto constitucional está repleto de termo vagos e plurívocos que carecem de interpretação. Assim, importa dizer que o conteúdo de uma constituição é fundamental, porém forçosamente genérico e sintético, motivo pelo qual é necessário e indispensável à atividade interpretativa.

Destarte, a atividade de interpretação envolve necessariamente um quê de criação, uma vez que, embora tenha como ponto de partida a expressão linguística, o interprete acaba, por vezes, conferindo a norma um novo sentido ou alcance. É justamente neste contexto que surge a mutação constitucional, quando o interprete/aplicador do direito confere a norma constitucional um novo sentido ou alcance, sem porém operar nenhuma mudança no seu texto, respeitado os limites constitucionais, com o intuito de complementar ou aperfeiçoar as normas constitucionais.

Sobre as possibilidades de Mutação Constitucional pela via interpretativa dispõe Marcio Kubliskas que:

A mutação constitucional por via interpretativa pode ocorrer, entre outras situações, quando: a) há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se lhe assim a abrangência, para que passe a alcançar novas realidades; b) se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) se modifica interpretação anterior ou se lhe imprime novo sentido, atendendo a evolução da atividade constitucional; d) há adaptação do texto constitucional a nova realidade social, não prevista no momento de elaboração da Constituição; e) há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional ou f) se preenchem, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional e etc. (KUBLISCKAS, 2009, p. 119; 120).

A doutrina majoritária⁵ costuma apontar três modalidades de mutação constitucional interpretativa: a) a mutação constitucional por meio da interpretação

⁵ Neste sentido encontramos as obras de BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**. 2ª Edição. Osasco: EdifIEO, 2015. KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de**

administrativa; b) a mutação constitucional por meio da interpretação legislativa e c) a mutação constitucional por meio da interpretação judicial.

A interpretação constitucional administrativa realiza-se mediante atos, pareceres, resoluções ou disposições que não tenham por objetivo a elaboração de “leis integrativas ou complementares à Constituição ou a decisões jurisprudenciais visando à aplicação da Constituição a casos concretos ou à declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos” (FERRAS, 2015, p. 148). Nesse sentido são órgãos de interpretação constitucional administrativa o “Poder Executivo e os demais poderes constituídos, quando exercem atribuições de natureza administrativa” (PEDRA, 2013, p. 122).

Assim quando tal interpretação no âmbito administrativo altera ou modifica o sentido, significado, ou alcance de normas jurídicas estaremos diante da hipótese de mutação constitucional operada pela via interpretativa administrativa.

Adriano Sant’Ana (2013) se utiliza de alguns casos concretos onde houve mudança de entendimento pelo Tribunal Superior Eleitoral, para exemplificar a ocorrência da referida mutação. Um dos exemplos trazidos pelo autor é o caso da “verticalização das alianças partidárias”.

Suscita o autor, a título de exemplo, que em 2002, as vésperas da eleição, por meio de uma interpretação que o TSE fez da Constituição as coligações estaduais estariam vinculadas a coligação feita por seus partidos no âmbito nacional, entendimento este que permaneceu vigente até a edição da Emenda Constitucional de nº 52/2006 que pôs fim à verticalização das alianças partidárias.

O caso em análise seria considerado como espécie de mutação pela via interpretativa administrativa porque, embora emanasse de um tribunal, a mudança de entendimento a respeito da verticalização partidária “não ocorreu por meio de uma decisão, nem envolveu nenhum julgamento ou litígio eleitoral” (PEDRA, 2013, p. 123), tratou-se apenas de uma dúvida suscitada pelo consulente, ou seja, era apenas uma resposta apresentada pelo Tribunal Superior Eleitoral a uma consulta provocada por uma autoridade federal.

Por outro lado ocorrerá a mutação constitucional pela interpretação legislativa quando “por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional” (BARROSO, 2009, p. 132). Assim, quando

existir uma determinada interpretação sobre uma específica norma constitucional e, o poder legislativo, por meio da edição de uma lei vier a alterá-la, estaremos diante da mutação constitucional realizada pela via interpretativa.

Um exemplo tradicionalmente citado pela doutrina de mutação constitucional, por via legislativa, foi o advento do voto feminino (FERRAZ, 2015).

De acordo com Anna Candida Ferraz (2015), a Constituição de 1891 previa em seu art. 70 que seriam eleitores os cidadãos maiores de 21 anos, e excluía expressamente os mendigos, os analfabetos, os praças de pré, os religiosos e os inelegíveis. Àquela época, esclarece a autora, entendia-se que além das exclusões expressas na constituição também existia a exclusão das mulheres, uma vez que não foi aprovada qualquer emenda que lhes atribíssem o direito ao voto. Entretanto, em 1932, sem qualquer alteração da Constituição, o voto feminino foi consagrado, por interpretação constitucional legislativa, por meio da edição do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que instituiu o Código Eleitoral.

A última espécie de mutação constitucional interpretativa trazida pela doutrina é àquela ocorrida por meio da interpretação judicial. Espécie esta que é o principal objeto de estudo no presente trabalho.

Para Luís Roberto Barroso, haverá mutação constitucional por meio da interpretação judicial “quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do direito” (BARROSO, 2009, p. 130).

Assim, a mutação pela via judicial se realizará quando o Poder Judiciário operar mudança do sentido, do significado ou do alcance de determinada norma constitucional, por meio de interpretação conforme a constituição.

Insta ressaltar, ainda, que a mutação constitucional por via judicial poderá se revelar de inúmeras maneiras, entretanto, os exemplos mais significativos e apontados pela quase totalidade dos autores⁶ são a interpretação judicial evolutiva e a construção judicial.

Marcio Kubliskas (2009) ao tratar dos referidos institutos dispõe que:

⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição...** p. 47. KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988...** p. 130. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.145, dentre outros.

“A interpretação evolutiva consiste na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu texto literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes. (...) Por meio da interpretação evolutiva permite-se, pois, que o interprete, a fim de adaptar o conteúdo do texto normativo às exigências práticas surgidas depois da sua elaboração, tenha uma atuação mais criativa e inovadora. (...) Por sua vez, a construção constitucional deriva do fato de que o caráter sintético e genérico das normas constitucionais exige do interprete, em muitos casos, mais do que apenas descobrir ou revelar o sentido da norma; exige que ele a adapte ao aplica-la à multiplicidade, à complexidade, dos casos concretos e da situação histórica presente” (KUBLISCKAS, 2009, p. 133 e 134).

Assim, ocorre mutação constitucional tanto quando os tribunais avançam na compreensão de determinado instituto superando interpretações ou conceitos considerados como ultrapassados, bem como, quando, diante de uma norma genérica, a interpretação busque a adaptação destas normas a luz dos casos concretos.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (1997) a atividade de interpretação judicial é um dos processos que mais acentua a existência de mutações constitucionais, devido à repercussão das decisões judiciais e suas características, quais sejam: a obrigatoriedade da interpretação, a sua primariedade, devido ao fato de ocorrer por meio de provocação, e o caráter definitivo sobre a matéria decidida.

Nesta modalidade de mutação interpretativa ganha destaque a atuação do Supremo Tribunal Federal, interprete legítimo das normas constitucionais, uma vez que suas decisões, sejam as operadas no controle difuso ou no controle concentrado de constitucionalidade, acabam por vincular todos os tribunais e juízes do país.

Assim, pode-se afirmar que as mudanças ocorridas por meio da atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal possuem maior relevância, motivo pelo qual carece de uma análise mais crítica e minuciosa sobre os seus efeitos. Este é, aliás, o objetivo do presente trabalho, conforme se passará a expor nos próximos capítulos.

3. OS EFEITOS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL INTERPRETATIVA OPERADA PELO STF NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A mutação judicial, espécie da mutação constitucional pela via interpretativa é o principal meio pelo qual se opera as mudanças informais da Constituição (BULOS, 1997). Isto se dá devido ao fato de que ao Poder Judiciário cabe, privativamente (não exclusivamente), a interpretação e aplicação de todas as leis e normas do ordenamento jurídico brasileiro⁷. Neste contexto, ganha destaque a atuação do Supremo Tribunal Federal em decorrência da supremacia das suas decisões⁸.

3.1. O efeito vinculante das decisões do STF

Sérgio Sérulo da Cunha (1996), ao estudar o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, conclama que no sistema jurídico brasileiro, à parte algumas exceções, as decisões judiciais não possuem força obrigatória ou, como parte da doutrina costuma chamar, efeito vinculante, a não ser com relação às partes envolvidas no processo (efeito *Inter Partes*), ou seja, em regra, o efeito das decisões judiciais não é universal, não possuem o chamado efeito *erga omnes*, não vinculando assim terceiros.

Desse modo, o juiz pode recusar a interpretação dada à lei, em outro processo, por outro juiz ou tribunal, mesmo que se trate do Supremo Tribunal Federal, uma vez que não está obrigado a seguir entendimento de outro juízo.

Entretanto, conforme esclarece o referido autor (CUNHA, 1996), alguns institutos judiciais, por possuírem efeitos *erga omnes*⁹ vinculam todos os tribunais, como, por exemplo, as decisões proferidas no STF por meio das Ações do Controle

⁷ Nesse sentido, cabe citar Anna Candida da Cunha: "Algumas constituições expressamente reconhecem aos tribunais a missão de intérprete da Constituição; noutras, a faculdade de interpretar a Constituição decorre implicitamente da natureza da função judicial" (FERRAZ, 2015, p. 103).

⁸ A autora Anna Luisa Walter, em sua tese de Mestrado (2008, PUC, São Paulo) ao destacar a força das interpretações judiciais dispõe que quando um país possui uma Corte Suprema, a exemplo do STF, seus entendimentos tornam-se definitivos, pois suas decisões tem o condão de dar a palavra final a respeito da constituição. A referida autora aponta, ainda, o efeito vinculante das ações do controle de constitucionalidade e a edição das súmulas vinculantes, que são entendimentos pacificados da Suprema Corte, como meios de obrigatoriedade das decisões do Supremo Tribunal sobre os demais órgãos do judiciário e poderes da república.

⁹ Erga omnes é uma expressão em latim que significa "contra todos", "frente a todos" ou "relativamente a". Costuma ser usada no âmbito jurídico para se referir a uma lei ou norma que vale para todos os indivíduos (efeito vinculante) (CELSO NETO, 2001).

Concentrado de Constitucionalidade¹⁰, as decisões proferidas nos Recursos Extraordinários¹¹, nos Recursos Especiais, quando repetitivos¹², os entendimentos pacificados nas Súmulas Vinculantes¹³ e as decisões proferidas no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)¹⁴, que pode ser instaurado em qualquer tribunal quando há incidência de múltiplas ações a respeito de uma mesma matéria.

Assim, percebe-se que das cinco modalidades de decisões proferidas pelo Poder Judiciário com efeito vinculante três delas estão abarcadas pela competência da Suprema Corte, uma vez que é o Supremo Tribunal Federal quem possui competência para julgar as ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade, para conhecer e julgar os Recursos Extraordinários e para editar as chamadas Súmulas Vinculantes, que vinculam não só os demais tribunais, mas toda a administração direta e indireta, com exceção do Poder Legislativo.

Ademais, frisa-se que, mesmo fora das hipóteses previstas no sistema jurídico-positivo onde as decisões judiciais ganham efeito vinculante, é grande o prestígio das decisões dos tribunais superiores que costumam ser acompanhadas pelas instâncias inferiores, “seja pela sua natural autoridade – sobretudo quando reiteradas –, seja porque todas as decisões das instâncias inferiores são reformáveis, mediante recurso, pelas superiores” (CUNHA, 1996, p. 6).

Nesse sentido Sérgio Sérulo assevera que:

O chamado efeito vinculante, portanto, do ponto de vista processual, não faz mais do que fazer hoje as súmulas: restringe o universo interpretativo aberto às partes e juízes, que ficam referenciados por aquela interpretação superior e prévia. A diferença praticamente relevante entre a súmula e o efeito vinculante reside, pois, no caráter político deste (CUNHA, 1996, p. 14).

Deste modo, mesmo quando afastada as hipóteses de efeito vinculante as decisões dos tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal, por possuir o *status* de Corte Constitucional, acabam ganhando certa relevância, uma vez que, embora não obrigatórias, acabam sendo seguidas pelos tribunais e juízes de base.

¹⁰ Art. 102, §2º, da CRFB/88

¹¹ Art. 102, §3º, da CRFB/88

¹² Art. 1036 e SS, do CPC/2015

¹³ Art. 103A, da CRFB/88

¹⁴ Art. 976 e SS, do CPC/2015

3.2. STF: Mutação Constitucional e Ativismo Judicial

Conforme nos narra Marcio Kubliskas (2009) a Constituição de 1988, que possui fortes características neoliberalistas ¹⁵ ampliou consideravelmente as competências do Supremo Tribunal Federal fortalecendo assim sua atuação no ordenamento jurídico.

Assim, a Constituição Federal de 1988 promoveu um alargamento da jurisdição constitucional associado a uma ampliação das competências do STF por meio: i) do fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF em detrimento do controle difuso, que tem paulatinamente perdido a sua importância no cenário nacional; ii) da ampliação dos instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades, os quais possibilitam   Corte Suprema promover – diretamente ou na via recursal – o desenvolvimento e a concretização dos direitos e garantias fundamentais; e iii) da reafirmação das competências do Pretório Excelso como um t pico Poder Moderador, competente para zelar pela separação dos Poderes e pela manutenção do pacto federativo (KUBLISCKAS, 2009, p. 217).

Esse fortalecimento da Suprema Corte, como concretizador do Texto Fundamental, somado com o caráter aberto de grande parte das normas constitucionais¹⁶   o principal motivo de o STF ter se tornado o principal operador das mutações constitucionais pela via interpretativa (TERAOKA, 2015).

Destarte, nos últimos anos, o Brasil tem acompanhado acirradas discussões e grandes julgamentos a respeito de alguns direitos fundamentais como, por exemplo, o direito dos servidores públicos a aposentadoria especial; o direito de greve no serviço público; o pol mico tema da pesquisa científica com de células tronco e o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁵ Barroso, assim define: “O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de Direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós positivismo, com centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e  tica; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanç as que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fen menos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do direito” (BARROSO, 2005, p. 11-12 apud KUBLISCKAS, 2009, p. 222)

¹⁶ “A Constituição Federal de 1988   repleta de cl sulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, dentre as quais se enquadram locuções como razoável duração do processo (art. 5 , LXXVIII), ordem pública (art. 34, III), relevância e urgência (art. 62) e segurança nacional/relevante interesse coletivo (art. 173). Nos casos acima, o intérprete precisará fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma quando da sua aplicação concreta” (KUBLISCKAS, 2009, p. 240)

Essa realidade patente, na qual cada vez mais se faz presente na Suprema Corte, acabou por levar alguns autores e estudiosos do direito a questionar a validade das referidas decisões (TERAOKA, 2015; SOARES, 2010; SILVA, 2013).

Tais debates trouxeram à luz o seguinte questionamento – nestas decisões, ocorreu de fato à chamada mutação constitucional ou se operou por meio de um ativismo judicial?

Para que fique clara a diferenciação entre Mutação Constitucional e Ativismo Judicial faz-se necessário esclarecer alguns pontos.

A Mutação constitucional, conforme o já estudado,   o fenômeno por meio do qual, sem emendas ou revisões (processos formais de mudanç a da constituição - reforma constitucional), são introduzidas, por meio da interpretação constitucional ou pela integração dos costumes, alterações no sentido, significado ou alcance de determinadas normas constitucionais, desde que estas alterações sejam comportadas pelo programa normativo, ou seja, não violem nem a letra, nem o espírito da Constituição (KUBLISCKAS, 2009).

O ativismo judicial, por sua vez, está associado   ideia de uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e direitos constitucionais, com maior interferência no espaç o de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo (BARROSO, 2017).

Ativismo jurisdicional, portanto, para os conservadores significaria a não observância pelos juízes e Tribunais dos seus limites de atuação, seja por meio de um ativismo contra majoritário, seja mediante uma criatividade jurisdicional exacerbada (MARSHALL, 2002, p. 104 *apud* SILVA, 2013, p. 167).

Para Elival da Silva Ramos ativismo nada mais   do que uma “Disfunção no exercício da função jurisdicional em detrimento da função legislativa ou usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário, com violação   separação dos poderes” (RAMOS, 2010, p. 132).

Luís Roberto Barro (2017) a respeito da manifestação do Ativismo Judicial no ordenamento jurídico brasileiro assevera que:

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos

que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito (BARROSO 2017, p. 10).

Amandino Teixeira (2014) cita como exemplo de ativismo judicial operado pelo Supremo Tribunal Federal a instituição da Fidelidade Partidária. Conforme nos narra o referido autor, o STF sem nenhuma previsão legal, nem constitucional, nem ordinária, instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da Fidelidade Partidária, segundo o qual, os parlamentares eleitos pelo sistema proporcional de votos não poderiam mudar de partido, uma vez que seus mandatos pertencem aos partidos e não aos indivíduos.

Como bem assevera o referido autor o texto constitucional não obriga a permanência do agente político (do Poder Legislativo ou do Poder Executivo) no partido sob cuja legenda foi eleito, nem prevê qualquer penalidade para a troca de partidos. Ao contrário, proíbe a perda do mandato por infidelidade partidária, quando, no seu art. 15, declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitindo à perda e a suspensão deles nos casos expressamente indicados no mesmo artigo.

Portanto, é possível verificar um perfil de ativismo do Tribunal Superior Eleitoral e a do Supremo Tribunal Federal, ao estabelecerem os contornos concretos do instituto da fidelidade partidária, visto que disciplinaram uma matéria de grande apelo entre a população brasileira, diante da inércia do Poder Legislativo, em uma profunda Reforma Política e Eleitoral (JUNIOR, 2014, p. 124).

Insta esclarecer que muitos autores e estudiosos defendem o ativismo judicial (SILVA, 2013; TREVISAM, 2012). Estes utilizam como argumento o fato de que os avanços sociais reclamam um papel criativo por parte do juiz, no momento em que é chamado a interpretar uma lei, exigindo dele um esforço maior para a concretização dos valores constitucionais diante da excessiva omissão legislativa.

Elisaide Trevisam (2012), por exemplo, defende a ideia de que o ativismo judicial se mostra como uma necessidade para a efetivação dos direitos fundamentais, principalmente nos casos de omissão ou lacunas deixadas pelo Poder

Legislativo, apontando, ainda, como principal atuador desse instituto o Supremo Tribunal Federal.

Assim, não é forçoso concluir que os fenômenos em análise não se confundem, uma vez que na Mutação Constitucional estamos diante de uma matéria expressamente tratada pela constitui o. Entretanto através de uma atividade interpretativa ou da integra o dos costumes pode ser dada a essa norma um novo alcance ou sentido, dentro da nova realidade fática. Já o ativismo judicial que busca dar efetividade as normas constitucionais requer uma atitude ativa do poder Judiciário no sentido de garantir meios para o exercício de determinado direito. Na maioria das vezes o ativismo judicial está relacionado com a inexistência de disposi o expressa, t picos casos de omissão legislativa (JUNIOR, 2014).

Outra diferença entre os dois institutos   que enquanto a Muta o Constitucional encontra limites no próprio texto e espírito da Constitui o (FERRAZ, 2015), o ativismo judicial confronta o texto constitucional, uma vez que tal instituto exige uma atua o mais incisiva do Poder Judiciário que acabar por invadir a competência dos outros poderes (SOARES, 2010), ferindo assim o princípio da Separa o dos Poderes, previsto no Art. 2 , da CRFB/88.

Assim, pode-se afirmar que ideia de Ativismo Judicial encontra-se mais próxima da ideia de Muta o Inconstitucional do que de Muta o Constitucional. Nesse sentido Elival da Silva Ramos aduz que:

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpreta o descolada dos limites textuais, por atribui o de efeitos com ele incompatíveis ou que devesse ser sopesados por outro poder etc.) está o  rgo judicial deformando a obra do próprio Poder Constituinte Originário e perpetrando autêntica muta o inconstitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só. Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro Poder, fundada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na fun o constituinte, haverá a interferência indevida na fun o correspondente   atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de Estado etc.) (RAMOS, 2010, p.141).

No que tange a Muta o Inconstitucional, Anna Cândida Ferraz dispõe que “em resumo, os processos de muta o manifestamente inconstitucional alteram, transformam, mudam, substituem e até mesmo destroem normas constitucionais, ou a Constitui o por inteiro” (2015, p. 250).  , pois, um processo de altera o informal da constitui o que não respeita os limites impostos a Muta o Constitucional.

Assim, como se percebe a mutação constitucional é o processo de alteração informal da constituição que respeita os limites impostos pelo próprio constituinte, por outro lado a mutação constitucional inconstitucional¹⁷ ocorre quando o resultado da alteração confronta ou distorce o sistema constitucional.

Luis Roberto Barroso assevera que:

As mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário (2009, p. 128)

Neste sentido, diferentemente do que ocorre com as Mutações Constitucionais¹⁸, a Mutação Inconstitucional é um processo indesejado e que deve ser afastado do ordenamento jurídico, pois além de levar a descredibilidade do sistema normativo jurídico constitucional destroem a vida das normas constitucionais (PEDRA, 2013).

Anna Candida Ferraz¹⁹ (2015) e Luiz Roberto Barroso (2009), entendem que é necessário um controle efetivo de constitucionalidade sobre os atos dos poderes da república a fim de evitar a ocorrência da Mutação Inconstitucional. O grande problema, entretanto, ocorre quando é o próprio Tribunal Constitucional quem promove ou confirma a mutação da Constituição que desrespeita os parâmetros normativos (PEDRA, 2013).

Adriano Sant'Ana (2013) destaca que o Supremo Tribunal Federal ao interpretar as normas constitucionais – sejam elas advindas do poder originário ou derivado – confere a elas o sentido que entender mais adequado. Porém, conforme o autor, tal interpretação deve se ater aos parâmetros constitucionais, sob pena de gerar uma anomalia jurídica.

¹⁷ Doravante, simplesmente chamada de Mutação Inconstitucional (PEDRA, 2013, p. 235).

¹⁸ Cabe aqui a citação de Anna Cândida: “as mutações constitucionais devem ser admitidas, qualquer que seja o veículo adotado, sempre e desde que se cogite de adaptar, nos limites fixados, a Constituição a novas realidades, pois nada é mais conforme ao espírito da Constituição do que ser ela aplicada integral e efetivamente. É, portanto, desejável e até mesmo necessário que as Constituições acertem passo com uma sociedade em progresso”. (FERRAZ, 2015. p. 250).

¹⁹ Nesse mesmo sentido: “Fortalecimento do controle jurisprudencial, adequação e efetivação do controle político-parlamentar, criação de novos instrumentos de controle popular, maior participação do povo no processo político, mediante aperfeiçoamento dos sistemas eleitorais e do sistema de partidos, são algumas das formulações lembradas pela doutrina e que podem conduzir à coibição das mutações inconstitucionais” (FERRAZ, 2015. p. 51).

Sobre o papel do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso afirma que:

O papel do judiciário e, especialmente das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais superando o déficit de legitimidade dos demais poderes, quando seja o caso: sem, contudo, desqualificar sua própria atuação exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre os poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional (BARROSO, 2009, p. 390)

Assim, ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião das normas constitucionais, cabe resguardar os princípios e direitos constitucionais, assegurar sua eficácia e aplicação, bem como garantir a estabilidade jurídica. Desse modo, não pode a Suprema Corte, sob o pretexto de inércia do legislador, através de uma postura ativista, criar direitos antes não previstos na constituição ou desvirtuar o sentido das normas constitucionais, ferindo assim o seu espírito (PEDRA, 2013). Ao agir assim, estaríamos diante de uma Mutação Inconstitucional, processo este que deve ser afastado do ordenamento jurídico.

Desse modo fica o seguinte questionamento: diante da constante mudança de entendimento do Excelso Pretório, estaria o STF cumprindo com o seu papel de interprete e guardião da Constitui o ou estaria legislando, se colocando acima das normas constitucionais?

3.3. Exposi o de casos específicos de Muta o Constitucional e os seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro

Como visto, através da atua o interpretativa do STF pode ocorrer a chamada Muta o Constitucional, que visa dar maior efetividade as normas constitucionais ao passo que simboliza uma evolu o da constitui o frente às mudanças sociais.

Entretanto,   bem verdade também que nos últimos anos a Suprema Corte tem adotado uma postura mais ativista tendo pacificado entendimentos contrários   constitui o, prevendo exce es antes não reguladas, como uma típica usurpa o do Poder Legislativo (TERAOKA, 2015).

É importante ressaltar que, como as decisões do STF, conforme o já exposto, possuem força vinculante e efeito *erga omnes*, tanto a mutação constitucional como a inconstitucional acabam por vincular a atividade dos demais tribunais e poderes.

Assim faz-se de importância salutar o estudo de alguns exemplos de casos onde ocorreu a mutação constitucional, como por exemplo: 1) a ampliação da tutela do Art. 5º para compreender também os estrangeiros em transito; 2) o alargamento do conceito de racismo; e 3) a possibilidade do casamento homoafetivo, bem como de casos concretos onde extrapolando os limites da mutação o STF, por meio do ativismo judicial, operou a mutação inconstitucional.

3.3.1. A proteção dos estrangeiros não residentes no país

Estabelece o Art. 5º, caput, da Constituição da República Federativa Brasileira que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)

Assim percebe-se que a proteção dada pelo legislador constituinte não abrange os estrangeiros não residentes do país. Entretanto, por meio de uma interpretação integrativa²⁰ o Supremo Tribunal Federal operou a Mutação Constitucional para abranger na tutela dos direitos fundamentais além dos brasileiros e estrangeiros residentes no país, os estrangeiros em trânsito.

Tal muta o ocorreu por meio do HC 74.051-3/SC²¹, onde o STF fixou entendimento de que mesmo os estrangeiros não residentes, os apátridas e aqueles que estiverem meramente em trânsito no Brasil fazem jus aos direitos fundamentais e aos meios jurisprudenciais de tutela a eles associadas.

Em virtude da nova interpreta o dada pela suprema corte os tribunais pátrios começaram a adotar este entendimento e passaram a garantir aos estrangeiros não

²⁰ Gisele Mazzone Welsch descreve: “A interpreta o integrativa consiste em técnica salutar para a conforma o do ordenamento jurídico como um sistema capaz de atender às necessidades sociais em busca dos ideais de justiça e equidade. Ela ocorre em fun o do dogma da completude, pois a lei pode ser lacunosa, mas não o ordenamento jurídico” (WELSCH, Gisele Mazzone, 2018).

²¹ Conforme Marcio Kubliskas (2009) foi por meio do HC: 74051 SC, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 18/06/1996, Segunda Turma, Data de Publica o: DJ 20-09-1996 PP-34538 EMENT VOL-01842-03 PP-00533, que ocorreu a muta o constitucional no que tange a extensão dos direitos fundamentais aos estrangeiros não residentes no país.

residentes no país o acesso aos direitos fundamentais²², como a vida, a propriedade, a liberdade etc. e aos remédios constitucionais, a exemplo do Habeas Corpus²³.

Desse modo, no caso em análise está-se diante de uma legítima mutação constitucional, nos termos do conceito trabalhado até aqui, pois mesmo que não tenha ocorrido à alteração formal do texto da Constituição o referido dispositivo (Art. 5º) deve ser lido e interpretado para abranger não só os brasileiros e os estrangeiros residentes no país, mas a todos os humanos. Vale mencionar, ainda, que tal interpretação não fere o disposto na Constituição e se encontra abrangida pelo princípio da dignidade da pessoa humana previsto da Constituição de 1988 (CF, arts. 1º, 3º, 4º e 170)

3.3.2. A definição do alcance do termo racismo

No HC nº 82.424/RS impetrado perante o Supremo Tribunal Federal em favor de Siegfried Ellwanger, escritor e editor que fora condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro pelo crime de antissemitismo²⁴ e por publicar, vender e distribuir material anti-judeus, os impetrantes, partindo da premissa de que os judeus não são uma raça e sim um povo, alegaram que o delito de discriminação antissemita pelo qual o paciente fora condenado não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo art. 5º, XLII²⁵, da Constituição Federal, teria ficado restrita ao crime de racismo.

O Plenário do Tribunal, entretanto, partindo da premissa de que não há subdivisões biológicas na espécie humana, entendendo que a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social²⁶,

²² Exemplos de jurisprudências que adotaram o mesmo entendimento da Suprema Corte: TJ-PR - APL: 13135470 PR 1313547-0 (Acórdão), Relator: Humberto Gonçalves Brito, Data de Julgamento: 28/06/2016, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1835 06/07/2016/ STF, HC 94016 MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 7/4/2008/ TRF 4ª Região, AG 2005040132106/PR, j. 29/8/2006.

²³ O direito do estrangeiro não residente no país de acesso ao Habeas Corpus foi inclusive objeto do Informativo nº 502 do STF.

²⁴ “A palavra anti-semitismo significa preconceito contra ou ódio aos judeus. O Holocausto é o exemplo mais radical de anti-semitismo na história. Apoiados pelo governo, os nazistas alemães e seus colaboradores perseguiram e exterminaram 2/3 dos judeus da Europa entre 1933 e 1945”. Conceito disponível em <https://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10005175>.

²⁵ Art. 5º, inciso XLII, da CRFB/88: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível”.

²⁶ STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524

rejeitou a alegação do paciente, aduzindo que a proteção contra o crime de racismo, prevista no artigo 5º, XLII, da Constituição Federal, serve para tutelar contra a discriminação todo e qualquer indivíduo pertencente a um grupo distinguível por suas características (físicas, culturais, étnicas, religiosas etc.).

Assim, no caso em tela o STF ao pacificar o entendimento de que no termo racismo se tutela não somente as raças (negra, amarela, vermelha etc.) mas sim qualquer indivíduo pertence a um grupo distinguível por suas características, a Suprema Corte acaba por alargar a incidência da referida proteção a outros atos discriminatórios antes não tutelados pelo referido dispositivo.

Sobre o caso Marcio Kubliskas (2009, p. 253) asseverou que:

(...) pode-se dizer que houve uma mutação constitucional na medida em que, conforme ficou assinalado nos votos proferidos, o dispositivo constitucional originalmente introduzido na Carta de 1988 com objetivo de tutelar os indivíduos da 'raça negra' e demais 'raças' normalmente conhecidas (amarelos, vermelho etc.), mas, em decorrência das descobertas do projeto genoma humano de que não existem raças no sentido biológico, sua interpretação teve de ser alterada de modo a tutelar outros grupos humanos também passíveis de discriminação. Ou seja o STF alargou o conceito indeterminado de racismo originalmente previsto na Constituição Federal de 1988, em decorrência de alterações ocorridas no contexto social (descobertas do projeto genoma), mas sem contrariar a letra (afinal o termo 'racismo' comporta mais de uma interpretação) ou espírito da Constituição (posto que a decisão ampliou o raio de proteção dos direitos fundamentais).

Destarte, como bem observado pelo mencionado autor, o caso em tela amolda-se com perfeição ao conceito de mutação constitucional, pois a referida interpretação dada pela Suprema Corte alterou substancialmente o alcance dado ao termo "racismo", fortemente tutelado pelo legislador constituinte, porém sem confrontar a letra ou o espírito da Constituição de 1988.

3.3.3. A união entre pessoas do mesmo sexo

Estabelece o Art. 226. Da Constituição Federal/88 que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", dispondo em seus parágrafos que "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 (§3º). O §4º do referido dispositivo prevê, ainda, a proteção as famílias homoparentais.

Assim percebe-se que, embora existentes de fato a milhares de anos, a uniões Homoafetivas não receberam do legislador constituinte proteção expressa, sendo este omissivo com relação a esta situação que abrange milhares de famílias no país.

Porém, na da ADPF nº 132-RJ e da ADI nº 4.277-DF, o Supremo Tribunal Federal, por meio de uma interpretação integrativa analógica, concedeu a estas uniões o status de união estável conferido aos casais heterossexuais, reconhecendo-os como entidade familiar protegida pelo art. 226 da Constituição Federal. Tal entendimento encontra-se amparado nos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade pessoal, do qual decorre a autonomia privada, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica (BARROSO, 2006).

O ministro Ricardo Lewandowski em seu voto no julgamento da ADPF nº 132-RJ e da ADI nº 4.277-DF, dispôs que:

Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia. (...) Não há, ademais, penso eu, como escapar da evidência de que a união homossexual, em nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se à margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma específica a assegurá-los. (...) Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma “união homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional²⁷.

Assim, diante da interpretação integrativa analógica o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez operou a Mutação Constitucional no ordenamento jurídico brasileiro para alterar o alcance do Art. 226 da Constituição Federal. Ressalta-se que tal interpretação em nada viola o disposto na constituição uma vez que esta não impede a existência de uniões Homoafetivas, muito pelo contrário, ao estabelecer a igualdade como direito fundamental acaba por conferir aos homossexuais a mesma proteção dadas aos demais brasileiros.

²⁷ Voto Oral disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>

3.3.4. O princípio da presunção de inocência

Em 2009 o Supremo Tribunal Federal ao julgar o no HC 84.078-7, em contradição ao posicionamento firmado até então, fixou entendimento no sentido de que a pena de restrição de liberdade só poderia ser executada após o transito em julgado da sentença condenatória.

Tal fundamentação se ancorou no entendimento de que a possibilidade de cumprimento provisório de pena feria gravemente o princípio da presunção da inocência previsto no Art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa Brasileira/88, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana uma vez que “ao se decretar uma prisão através de um julgamento que a posteriori poderá ser modificado a favor da absolvição do réu seria impossível devolver ao inocentado o tempo em que esteve preso por conta de uma sentença de culpa provisória” (AFLITOS, MAGALHÃES, 2016, p. 6).

No que tange ao referido julgado Thiago Massao Cortizo Teraoka assevera que o entendimento da Suprema Corte “apesar de trazer grande sensação de impunidade à população em geral e gerar a interposição de recursos meramente protelatórios pela defesa de criminosos, parece prestigiar o próprio texto da Constituição” (2015, p. 121). Assim a hipótese configurou uma legítima expressão de Mutação Constitucional.

Ocorre que em 2016 houve uma nova mudança de entendimento. No HC 126.292/SP, a Suprema Corte fixou entendimento completamente contrário ao adotado no HC 84.078-7 de 2009. A partir de então o início da execução da pena deveria acontecer “logo após a confirmação da sentença condenatória por um órgão colegiado, o que, segundo o novo entendimento, não ofenderia o princípio constitucional da presunção da inocência” (AFLITOS, MAGALHÃES, 2016, p. 7).

Para o Ministro Teori Zavascki²⁸ até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em 2º grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, pois os recursos cabíveis da decisão de segundo grau ao STJ ou STF não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. Por 7 (sete) votos a 4 (quatro), esse foi o entendimento que prevaleceu.

²⁸ Voto, no HC 126.292/SP.

Entendimento semelhante foi adotado no julgamento do Habeas Corpus preventivo de nº 152752, impetrado em favor do Ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva, julgado no dia 22 de março de 2018²⁹. A maioria dos ministros seguiu o voto do relator, ministro Edson Fachin, no sentido da ausência de ilegalidade ou abusividade na decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que aplicou ao caso a atual jurisprudência do STF, que permite o início do cumprimento a pena após confirmação da condenação em segunda instância.

Importa informar que o Art. 5º, LVII, da CRFB/88 que estabelece o princípio da presunção de inocência dispõe que “ninguém será considerado culpado até o **trânsito em julgado** de sentença penal condenatória”. Desse modo evidenciada está a contrariedade da interpretação dada pelo STF a possibilidade de cumprimento provisório de pena, estamos, pois, diante de uma Mutação Inconstitucional.

Sobre este novo entendimento da Suprema Corte Railma Aflitos e Viviane Magalhães aduzem que:

Ao observarmos o princípio da presunção da inocência (que só não é admissível após o trânsito em julgado da sentença condenatória) podemos constatar que o princípio supramencionado representa um fato de proteção para aqueles que sofrem acusação. Então, ao analisarmos tal dispositivo é imperioso se questionar a cerca do efeito que esse novo entendimento acarreta: o acusado vindo a perder a sua liberdade por conta da decisão condenatória provisória por órgão colegiado, vindo a ser modificada e alterada de condenação para absolvição, como ficaria a liberdade que foi retirada do individuo? Quem poderia ressarcir-lo de tal perda? E como isso poderia se dar? (AFLITOS, MAGALHÃES, 2016, p. 7)

Assim diferentemente dos exemplos até aqui analisados, o caso em tela não se trata de uma interpretação dada a um conceito indeterminado ou da extensão dos alcances de um determinado dispositivo. Trata-se, pois, de uma interpretação que restringe o direito conferido pelo legislador constituinte a aqueles que respondem ação penal, configurando, portanto, uma afronta ao texto constitucional.

3.3.5. A reedição de Medidas Provisórias

Outro exemplo, não tão recente, de Mutação Inconstitucional ocorrida no ordenamento jurídico brasileiro, diz respeito a reedição de medidas provisórias pelo Presidente da República.

²⁹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>

De acordo com Adriano Sant'Ana (2013) antes da Emenda Constitucional nº 32/2001 que fez alterações no Art. 62 da Constituição Federal³⁰, o Presidente da República possuía a liberdade de reeditar várias vezes uma mesma medida provisória, o que fazia com que tais medidas perdessem o seu caráter de provisório.

Sobre a possibilidade da reedição o entendimento sedimentado no Supremo Tribunal Federal era o de que:

[...] a reedição de Medida Provisória não rejeitada pelo Congresso Nacional não é dado configurados de incoerência dos requisitos de relevância e urgência. Ao contrário, a reedição demonstra, de certa forma a necessidade da medida e a sua urgência³¹.

Conforme Clèmerson Merlin (1999, apud PEDRA, 2013) ao decidir dessa maneira o Supremo Tribunal Federal elabora um curioso conceito de urgência ao considerar como urgente aquilo que é permanente. Destarte, tal entendimento, como bem assevera Luís Roberto Barroso, tangencia “a linha de fronteira com a inconstitucionalidade” (2009, p. 135).

Assim, no caso em tela pode-se afirmar que houve uma interpretação inconstitucional da Medida Provisória, com fundamento no costume (PEDRA, 2013).

3.3.6. A experiência da Mutação Constitucional interpretativa operada pelo Supremo Tribunal Federal no Ordenamento Jurídico brasileiro

Conforme se vislumbra dos casos analisados neste capítulo, a alteração de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude do caráter vinculante de suas decisões (CUNHA, 1996), atinge todo o sistema jurídico, ao passo que comporta modificações nas relações sociais e nos direitos dos indivíduos.

Ademais, percebe-se que por meio da Mutação Constitucional o STF possui a capacidade de adequar o texto constitucional as novas realidades, fazendo com que a proteção alcance novas situações antes não reguladas, porém desejadas pela Constituição. Um caso claro disso é a mutação ocorrida no art. 226, da CRFB/88, onde por uma interpretação analógica a Suprema Corte conferiu à proteção do

³⁰ A Emenda Constitucional de nº 32/2001, dentre outros pontos, acrescentou ao Art. 62 o §10º que estabelece a limitação à edição de Medidas Provisórias ao dispor que “É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo”.

³¹ ADI nº 1397, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 28.4.1997, DJU 27.6.1997. RDA 210, out/dez 1997.

estado as relações Homoafetivas, respeitando assim o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Contudo, é bem verdade que, por vezes, o Supremo Tribunal Federal pacifica entendimentos contrários ao programa normativo, operando assim as chamadas mutações inconstitucionais, que da mesma forma possuem força vinculativa e gera efeitos irreversíveis ao ordenamento jurídico (PEDRA, 2013), uma vez que podem restringir ou impedir o exercício de direitos constitucionalmente tutelados.

Um exemplo claro de mutação inconstitucional operada por meio da interpretação do Supremo Tribunal é o entendimento a respeito da possibilidade de cumprimento provisório de pena, entendimento este que representa uma clara afronta ao princípio da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, gerando um indevido cerceamento do direito dos que respondem ação penal de serem considerados inocentes até o trânsito em julgado de sua condenação.

Outrossim, tem sido cada vez mais frequente a ocorrência da chamada postura ativista do Supremo Tribunal Federal (SOARES, 2010), onde a Suprema Corte, invadindo o campo político e legislativo se sobrepõe aos demais poderes da República. Dessa forma pode-se afirmar que “há, um desvirtuamento do Poder Judiciário no Brasil na medida em que ele conflita com os demais poderes” (SILVA, 2013, p. 176).

Dessa forma, pode-se concluir que a atuação do Supremo Tribunal ao interpretar a Constituição Federal não pode ser ilimitada, deve, pois, encontrar parâmetros que norteiem a sua performance. A atuação desarrazoada e sem limites geraria uma anomalia jurídica, ao passo que colocaria o Poder Judiciário acima dos demais poderes da República.

4. LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL INTERPRETATIVA

Inicialmente é importante destacar que não existe na doutrina um consenso em relação aos parâmetros a serem obedecidos pelo interprete constitucional quando da realização da Mutação Constitucional, nem sobre a possibilidade da existência destes (PEDRA, 2013).

Conforme nos narra Marcio Kubliskas (2009) devido à natureza fática das mutações constitucionais e a ausência de um sistema de controle de constitucionalidade, os autores da Escola alemã de direito público, como por exemplo, Paul Laband e George Jellinek, entendiam que não havia possibilidade da estipulação de limites ao fenômeno das mutações.

Entretanto, “os autores posteriores, admitindo a ideia de que as mutações constitucionais não são um fenômeno meramente fático, mas também jurídico, começaram traçar-lhe limites” (KUBLISCKAS, 2009, p. 149). Contudo, de acordo com o referido autor, foi com Konrd Hesse que a idéia da existência de limites surgiu de modo mais claro.

Na atualidade grande parte da doutrina, a exemplo de Luis Roberto Barroso (2009) Adriano Sant’Ana Pedra (2013) e Wellington Marcio Kubliskas (2009), defendem a necessidade de limites a Mutação Constitucional.

O doutrinador e ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2009), ao fazer uma análise sobre o fenômeno da Mutação Constitucional afirma que este possui limites que devem ser respeitados pelo intérprete da Constituição, “e se ultrapassá-los estará violando o Poder Constituinte e, em última análise, a soberania popular” (2009, p. 127).

Para João André Alves Lança (2014), a elaboração de possíveis limites à mutação constitucional revela-se ato de natureza indispensável em um estado democrático de direito, uma vez que concebido o fenômeno como processo hermenêutico de mudança informal da Constituição não sujeito aos procedimentos de reforma.

Contudo, alguns doutrinadores, a exemplo de Uaidi Lammego Bulos (1998) defendem que não é possível estabelecer limites a mutação constitucional, isto porque o referido fenômeno, na concepção do autor, é o resultado de uma atuação

de forças elementares, que variam de acordo com os acontecimentos, ou seja, varia de acordo com a evolução social, com exigências e situações sempre novas.

Assim, conclui o autor que:

As mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que poderia existir – mas de natureza subjetiva, e, até mesmo psicológica – seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior. Assim, evitar-se-iam as mutações inconstitucionais, e o limite, nesse caso, estaria por conta da ponderação do intérprete, ao empreender o processo interpretativo que, sem violar os mecanismos de controle da constitucionalidade, adequaria a Lei Máxima a realidade social cambiante. (BULOS, 1997, p. 91).

Acerta o referido autor quando afirma ser impossível traçar limites precisos à mutação constitucional. Porém, a inexistência de limites específicos – tal qual ocorre com a reforma constitucional (processo formal de mudança da Constituição) – não autoriza a conclusão que a mutação constitucional não possui limites (AMORIM, 2014). Certo é não haver limites específicos, mas é certo também, que a mutação deve sofrer limites.

Neste sentido Pedro Rocha Amorim estatui que:

Ante o que dito, tem-se que a mutação constitucional possui limites. Negá-los é negar a força normativa da Constituição. Negar-lhe limites é deixar a Constituição à mercê dos fatores reais de poder. Não impor limite à mutação constitucional é deixar uma janela aberta para que a Constituição se subverta e sirva até mesmo de fundamento para os mais diversos golpes, ditaduras e revoluções. Basta verificar a história mundial, ou até mesmo a brasileira, para perceber que tais atitudes, senão apoiadas, ao menos foram avalizadas pelo órgão máximo responsável por “defender” suas constituições. (AMORIM, 2014, p. 248).

Desse modo, assim como o que ocorre com o Poder Constituinte Originário e Reformador ³², o Poder Constituinte Difuso, poder de operar a Mutação Constitucional, deve encontrar limites. Entendimento em contrário seria permitir que o intérprete da Constituição fizesse o que bem entendesse o que negaria a força normativa desta.

Quanto aos parâmetros que servem de balizas para a Alteração Informal da Constituição, sem os quais a interpretação se tornaria contrária ao ordenamento

³² Neste sentido Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2008), aduz que tanto o Poder Constituinte Originário, quanto o Poder Derivado de Reforma são limitados, este pelos limites estabelecidos no próprio texto constitucional e aquele pelos limites de natureza territorial, cultural e relativo aos direitos humanos.

jurídico-normativo constitucional, gerando assim uma mutação inconstitucional (PEDRA, 2013), Uaidi Lammegos Bulos (1997), mesmo defendendo a tese da inexistência de limites estatui a possibilidade de haver um limite de natureza subjetiva, vinculado à própria consciência do interprete.

Somados a esse critério subjetivo de Bulos, Marcio Kubliskas (2009) acrescenta outros limites de natureza objetiva, a saber: i) o programa normativo, isto é, o próprio texto constitucional e ii) a exigência de motivação e racionalidade da mutação.

Por sua vez, Luis Roberto Barroso (2009) estabelece que são limites impostos ao fenômeno da Mutação Constitucional: i) a possibilidade semântica do relato da norma, vale dizer os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado e ii) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade aquela específica Constituição. O referido autor afirma, ainda, que para que a Mutação Constitucional seja vista como legítima é necessária que esta possua um lastro democrático, “isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada pela Soberania Popular” (2009, p. 126).

Outros limites, como, a Segurança Jurídica (CLÈVE, 2015), os direitos fundamentais (LANÇA, 2014) e as Clausulas Pétreas (CASTRO, 2014), são apontados como limites a serem observados pelo do intérprete constitucional quando da operação do fenômeno das mutações constitucionais.

Como percebe-se, a doutrina não criou um rol sistemático a respeito dos limites da Mutação Constitucional, entretanto, estabeleceu alguns parâmetros a serem seguidos, como por exemplo, o programa normativo da Constituição, o qual a Mutação não pode contrariar (FERRAZ, 2015). Ademais, mesmo diante desta dificuldade em estabelecer limites à atuação do Supremo Tribunal Federal quando da realização da Mutação Constitucional, é patente e evidente a necessidade destes.

Destarte, no presente trabalho, buscar-se-á, a luz dos principais autores, expor e analisar alguns limites a serem observados pela Suprema Corte e demais tribunais quando da realização da chamada Mutação Constitucional Interpretativa Judicial.

4.1. O programa normativo e os limites impostos a mutação constitucional

A doutrina³³ é pacífica no que tange a compreensão de o programa normativa constitucional, isto é, a expressão literal da Constituição (PEDRA, 2013), constituir um verdadeiro limite a ser observado pelo interprete quando da realização da Mutação Constitucional.

Anna Candida Ferraz (2015), por exemplo, embora não disponha de um tópico específico a respeito dos limites das alterações informais, aduz que a interpretação, resultado da Mutação Constitucional, para ser considerada legítima, não poderá confrontar o texto da Constituição. Assim, através da Mutação Constitucional deve-se operar a mudança do sentido ou alcance das normas sem, entretanto, confrontar com o seu texto ou o seu espírito.

João André Alves Lança dispõe que:

(...) uma mutação constitucional, juridicamente aceitável, ocorre quando a alteração da realidade regulada pela norma se opera de modo compatível com a possibilidade interpretativa do texto, ou seja, compatível com aquilo que os dados linguístico da norma comunicam no ponto da história em que é observado. Do contrário, na medida em que essa nova realidade regulada transborda do halo de compreensão compartilhada, e não arbitrária, do texto da norma, possivelmente não mais se poderá falar em mutação constitucional, sem que se esteja se referindo a algo fora do direito. (LANÇA, 2014, p. 105)

Destarte, quando da interpretação das normas Constitucionais, e aqui se insere também o processo hermenêutico feito pela Suprema Corte, o interprete deverá estar atento às possibilidades interpretativas e semânticas do texto, isto é, o seu grau de elasticidade.

Assim, tem-se que não é exatamente a letra do texto que figura como um limite a mutação, mas sim a elasticidade que este permite (PEDRA, 2013). E, quando se diz que um texto possui uma elasticidade de interpretação quer-se dizer que “não se pode extrair do texto aquilo que ele não suscita na mente do intérprete” (PEDRA, 2013, p. 155).

³³ Exemplos de autores que entendem que a mutação constitucional encontra como primeiro limite o programa normativo: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**. 2ª Edição. Osasco: EdiFIEO, 2015. KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009. PEDRA, Adriano Sant’ana. **Mutação Constitucional: Interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. São Paulo. Lumen Juris, 2013.

Neste mesmo sentido afirma Marcio Kublischkas que:

Apesar de as normas constitucionais serem, em grande parte, abertas, polissêmicas e indeterminadas, a sua interpretação não é anárquica. Nesse sentido, o intérprete não pode inserir no programa normativo significados que ele evidentemente não comporta bem como não pode dar interpretações ao texto que sejam forçadas ou antinaturais da linguagem constitucional. (KUBLISCHKAS, 2009, p. 154)

Entretanto, como bem assevera Adriano Sant'Ana (2013) o limite imposto pela elasticidade do texto constitucional diz respeito ao texto como um todo e não de enunciados específicos, isoladamente analisados. Assim, é totalmente possível que a mutação gere uma primeira impressão de inconstitucionalidade, por contrariar determinado dispositivo, quando na verdade se observado o programa normativo como um todo, a interpretação dada aponta melhor o seu significado.

Está-se, pois, diante do princípio da unidade constitucional, um dos princípios da interpretação constitucional. De acordo com o referido princípio “a Constituição deve ser interpretada de tal modo que não haja contradições (antinomias) entre suas normas” (NISHIYAMA, 2011, p.218). Desse modo, pode-se dizer que a luz de tal princípio o intérprete não deve considerar as normas constitucionais isoladas e dispersas, mas, sim, integradas em um sistema unitário de normas e princípios.

Destarte, o que se está a afirmar aqui, é que, no que tange a elasticidade do texto constitucional, deve-se observá-lo como um todo. Assim, para que a mutação constitucional seja recebida como legítima, deverá o intérprete observar as possibilidades semânticas possíveis do texto, abarcadas pelo programa normativo constitucional de forma ampla, observando a unidade da constituição.

Para que se tenha uma melhor compreensão, observe-se a mutação constitucional operada pelo Supremo Tribunal Federal no art. 5º da CRFB/88, caso este já analisado no segundo capítulo do presente trabalho.

Apesar de o texto do art. 5º estabelecer expressamente que a tutela dos direitos fundamentais abrangem apenas os brasileiros e os estrangeiros residentes no país, a Suprema Corte, por meio do HC 74.051-3/SC, estendeu a referida proteção também aos estrangeiros em trânsito, ou seja, os não residentes no Brasil.

Assim, se o leitor/intérprete levar em consideração apenas o texto do art. 5º, de forma isolada, perceberia que não cabe no referido dispositivo, interpretação extensiva, pelo simples fato de a norma em questão ser bem objetiva, não deixando

espaço para interpretação sistemática e, por conseguinte, entenderia a referida mutação como inconstitucional (PEDRA, 2013).

Entretanto, quando analisado o texto constitucional de uma forma geral e ampla, percebe-se que a interpretação dada pela Suprema Corte no HC 74.051-3/SC, está em conformidade com a Constituição, configurando uma legítima Mutação Constitucional operada pela via interpretativa. Ademais, a interpretação literal que nega a tutela dos direitos fundamentais aos estrangeiros em trânsito no país confrontaria com as demais normas e princípios constitucionais.

Neste sentido importa destacar as palavras de Adriano Sant’Ana, para quem:

A negação dos direitos humanos fundamentais para os estrangeiros em trânsito no Brasil seria contra a ideologia humanista que norteia os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente o objetivo de ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’(art. 3º, IV, CF), além do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) (PEDRA, 2013, p. 159).

Portanto, no que tange a elasticidade constitucional, o interprete deve levar em consideração o texto como um todo, ou seja, as possibilidades que a constituição dá para a interpretação de seus dispositivos, observando sempre o princípio da unidade da constituição.

Destarte, interpretações que nitidamente não são acolhidas pelo programa normativo e que, portanto, contrariam o texto e/ou o espírito da Constituição não podem ser aceitas como legítimas mutações constitucionais.

Ademais, além de observar a elasticidade do texto constitucional e as possibilidades semânticas o interprete deve estar atento, ainda, a alguns outros limites de cunho objetivo estabelecidos pelo programa normativo, quais sejam, a vedação de abolição de cláusula pétrea e a vedação de retrocessos para os direitos e garantias fundamentais.

No que tange as cláusulas pétreas³⁴, o Art. 60, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, prescreve que:

Art. 60, §4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

³⁴ O adjetivo “pétrea” deriva de pedra, que consiste em “duro como pedra”, “insensível”, “pedroso”. Traduzindo para o campo do Direito Constitucional: cláusula pétrea é aquela imodificável, irreformável, insuscetível de mudança formal (CASTRO, 2014, p. 7678).

III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais

Embora tal vedação expressamente se refira a Reforma Constitucional, isto é o meio formal de alteração do texto constitucional (FERRAZ, 2015), a doutrina (PEDRA, 2013. CASTRO, 2014) expande tal limitação também ao processo informal de alteração. Tal entendimento somente é possível devido à compreensão de que as cláusulas pétreas são responsáveis por assegurar que o núcleo essencial da constituição seja intocável (CASTRO, 2014). Assim, enfraquecer as cláusulas pétreas seria enfraquecer o projeto constitucional como um todo.

A respeito das cláusulas pétreas Adriano Sant'Ana estabelece que:

Quanto às cláusulas pétreas, estas constituem um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais. Com isso, assegura-se que as conquistas jurídico políticas essenciais não serão sacrificadas em época vindoura. (PEDRA, 2005, p.94.)

Desse modo, pode-se afirmar que as cláusulas pétreas “objetivam impedir modificações fundamentais, traduzindo um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição” (PEDRA, 2013, p. 172). Ademais, quando se busca proteger parte do texto constitucional contra emendas aniquiladoras, o que se quer, na verdade, é preservar o conteúdo de certas normas constitucionais.

Assim, tem-se que, se o constituinte expressamente vedou as alterações formais da constituição em relação a determinadas matérias, previstas no art. 60, §4º, da CRFB/88, não poder-se-ia permitir que através dos processos informais de alteração da constituição tais dispositivos fossem enfraquecidos (CASTRO, 2014).

Contudo, cabe mencionar ainda que, de acordo Gilmar Mendes e Paulo Gonet (2014), os limites estabelecidos pelas cláusulas pétreas não são absolutos, não constituem, pois, um núcleo “inalterado”, a vedação limitar-se-á a abolição. Assim, conforme os referidos autores, conquanto fique preservado o núcleo essencial dos bens constitucionais protegidos, isto é, desde que a essência do princípio permaneça intocada, elementos circunstanciais ligados ao bem tornado cláusulas pétreas poderiam ser modificados ou suprimidos.

Destarte, deve-se ressaltar que é permitido ao interprete constitucional operar a mutação em dispositivos protegidos pelas Cláusulas Pétreas, até porque “o excesso de rigidez da própria Constituição – que restringe os processos formais de

sua alteração – conduzirá a processos informais” (PEDRA, 178, p. 178), sendo vedada, entretanto, a sua abolição e retrocesso.

Assim, o segundo limite a ser observado pelo interprete constitucional quando da operação da Mutação Constitucional diz respeito à vedação de abolição das cláusulas pétreas, o que não induz a crença de que tais matérias não possam ser objeto de interpretação evolutiva, pois como bem assevera Adriano Sant’Ana, a “abertura e elasticidade semânticas das expressões constantes no próprio artigo 60, §4º, da CF, permitem que o seu conteúdo evolua na medida em que ocorrem as mudanças no contexto social” (2013, p. 163).

A terceira e última vedação imposta pelo programa-normativo ao fenômeno da Mutação Constitucional diz respeito à vedação de retrocessos no que tange aos direitos e garantias fundamentais.

Conforme nos esclarece João André Alves Lança (2014) o princípio da vedação ao retrocesso foi, inicialmente, pensado no âmbito dos direitos fundamentais sociais, contra atuações do legislador ordinário que pudessem retroceder em relação àquilo que já havia sido conquistado em prol da sociedade, tendo inclusive sido chamado de princípio da proibição de retrocesso. Entretanto, segundo o renomado autor hoje tal instituto é visto como um fenômeno que envolve a aplicação de todas as dimensões dos direitos fundamentais e não somente os sociais.

Destarte, “a consciência da vedação ao retrocesso traz a perspectiva de que, na função de assegurar o futuro, a constituição tem, igualmente, a tarefa de proteger os direitos já conquistados no passado”. (LANÇA, 2014, p.134/135). Assim, não se é permitido que o intérprete, ao operar a mutação constitucional, gere retrocessos no sistema jurídico. Nesse sentido André Alves Lança, afirma, ainda que:

Uma mutação constitucional não pode ser admitida, caso retroceda em relação a garantias e direitos fundamentais já conquistados. Caso contrário, lembrando as lições da hermenêutica filosófica, o risco é a sobreposição de pré-compreensões arbitrárias sobre o que a constituição, em sua força normativa, diz na história (LANÇA, 2014, p. 135).

Contudo, vale destacar que a vedação ao retrocesso, assim como os demais limites até aqui estudados, não é absoluto. Nesse seguimento, André Sant’Ana (2013) afirma que é o núcleo essencial dos direitos fundamentais que vincula o

Poder Público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso. Assim a referida vedação ao retrocesso se restringiria ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Mas uma medida de cunho retrocessivo, para que não viole o princípio da proibição de retrocesso, deve, 'além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais. (PEDRA, 2013, p. 186).

Destarte, o referido parâmetro visa proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais, impedindo que o intérprete opere mutação que venha a ferir o direito adquirido e a segurança jurídica (CLÈVE e LORENZETTO, 2015). Entretanto, conforme o exposto, o referido princípio não pode resultar em uma vedação absoluta, sendo vedada apenas a alteração em que não estejam presentes os pressupostos necessários³⁵.

Dessa forma, a Mutação Constitucional de uma forma geral, diante do programa normativo, encontra alguns limites, a saber: i) a elasticidade do texto e as possibilidades semânticas interpretativas, que veda qualquer interpretação que seja contrária ao sentido e espírito do texto constitucional, observado de forma ampla, em respeito ao princípio da unidade da Constituição; ii) a vedação de abolição de cláusulas pétreas e iii) a proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

Assim o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de intérprete *máximum* da Constituição, também se encontra adstrito aos referidos limites (TEOKARA, 2015), uma vez que não se encontra acima da Constituição. Ademais, além dos referidos parâmetros a serem observados pela Suprema Corte existem outros limites que não se encontram previstos no programa normativo constitucional, dos quais serão estudados no tópico subsequente.

4.2. Parâmetros estabelecidos fora do programa normativo

Parte da doutrina (PEDRA, 2013; KUBLISCKAS, 2009; CLÈVE e LORENZETTO, 2015; BARROSO, 2009) entende que fora do programa normativo há outros limites a serem observados pelos intérpretes da Constituição, que se não

³⁵ “São pressupostos a possibilidade de interpretação retrocessiva: a) a presença de justificativa de porte constitucional e b) a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais” (PEDRA, 2013, p. 186).

levados em consideração geraria, igualmente, a ilegitimidade da mutação constitucional.

Adriano Sant'Ana (2013) ao estudar as balizas, que se encontram fora do programa normativo, impostas ao fenômeno da Mutação Constitucional, as divide em quatro grupos essenciais: i) os limites de natureza transcendente; ii) a observância dos princípios internacionais; iii) a aceitação legítima pela sociedade e iv) as restrições relacionadas a norma de decisão.

No que tange aos limites de natureza transcendente o referido autor aponta o conjunto de limites jusnaturalistas³⁶, a saber, a ética, a moral, o bem comum, o respeito à liberdade, o respeito à dignidade da pessoa humana etc. Neste sentido pode-se afirmar que os limites de natureza transcendentes seriam aquelas restrições “que não foram impostas pelo ordenamento jurídico e dizem respeito a inviabilidade legítima de deliberar sobre determinados valores” (2013, p. 196).

Assim, conforme Adriano Sant'Ana (2013) a mutação constitucional, por apresentar-se como expressão do próprio poder constituinte material, encontraria limites exteriores à ordem jurídica, mas advindos da ordem moral, política, ideológica, social, religiosa ou ainda cultural.

O autor divide esses limites extrajurídicos em três grandes grupos: i) os ideológicos, que se exteriorizam através das crenças, experiências dos valores, da influência dos grupos de pressão, da opinião pública e etc.; ii) os institucionais, que fornecem ideias reguladoras de significações sociais, como a família, a educação, a propriedade, etc. “buscando os fins supremos, responsáveis pelo bem estar dos membros da comunidade” (PEDRA, 2013, p. 197); e iii) os limites substanciais, divididos entre os transcendentes, isto é, aqueles imperativos do direitos natural e valores éticos superiores; os imanes, que estão ligados a própria identidade do Estado que a Constituição representa; e os heterônomos, que proveem da conjugação de outros ordenamentos jurídicos.

Em síntese os limites de natureza transcendentes são aqueles que visam impedir o interprete de deliberar sobre determinados valores. Trata-se de valores supraconstitucionais que visam impedir eventuais distorções interpretativas da Constituição, como por exemplos, os limites relacionados à ética e a moral.

³⁶ Conforme Adriano Sant'Ana (2013) o jusnaturalismo é um movimento que sustenta a existência de valores anteriores e superiores, como a liberdade e a dignidade, valores estes que limitam até mesmo a soberania do povo.

Neste contexto, vale mencionar ainda as palavras de Marcio Kubliskas quando afirma que:

O primeiro limite de ordem subjetiva às mutações constitucionais é a postura ética do aplicador da norma constitucional em não estar desrespeitando ou contrariando a constituição. Trata-se, pois, da consciência do aplicador de não estar procedendo a uma mutação inconstitucional. (KUBLISCKAS, 2009, p. 153).

Desse modo é patente à existência de valores morais e éticos superiores, isto é transcendentais, que estão acima de todo o ordenamento jurídico e se impõe a ele como parâmetro de validade. Da mesma forma, as mutações constitucionais estão adstritas a esses valores e deverão pro ela ser respeitadas.

Ao lado destes limites de natureza transcendentais e como uma subdivisão desses, Adriano Sant'Ana (2013) aponta como um parâmetro a operação das mutações constitucionais, a observância dos Direitos e princípios internacionais.

Desse modo, o interprete constitucional, em especial o Supremo Tribunal Federal, ao proferir um novo entendimento deve observar se este está adstrito ou não ao Direito Internacional, uma vez que cada vez mais estamos caminhando “no sentido de um direito supranacional” (PEDRA, 2013, p. 200).

Neste sentido:

A integração com o consenso internacional mostra-se cada vez mais presente em um mundo em que há uma interpenetração cultural cada vez maior entre diversas sociedades. A interpretação constitucional de um país recebe influência das decisões de Cortes Internacionais (direito vigente) e de Cortes nacionais estrangeiras (direito não vigente), bem como influencia a atuação de tais Cortes (PEDRA, 2013, p. 245).

Vale mencionar, ainda, que este direito internacional deve encontrar o seu núcleo essencial na proteção dos direitos humanos, que relativiza o conceito de soberania, “possibilitando uma responsabilização internacional em caso de omissão dos Estados e garantindo os direitos do cidadão universal” (PEDRA, 2013, p. 201).

Ainda, para que a Mutação Constitucional seja entendida como legítima esta deve encontrar apoio nos anseios sociais, ou seja, na soberania popular (BARROSO, 2009). Assim, o terceiro limite, fora do programa normativo constitucional imposto as mutações constitucionais é a consciência jurídica geral.

Marcio Kubliskas dispõe que o intérprete constitucional “não possui total liberdade na definição do sentido, do significado e do alcance das normas

constitucionais, mas está vinculado (ainda que não formalmente) à consciência jurídica geral³⁷. Continua o autor afirmando que:

Assim, uma modificação informal da constituição feita em contrariedade a consciência jurídica social dificilmente será reconhecida como autêntica mutação constitucional e não será aceita pela comunidade como norma jurídica vinculante, o que ensejará o seu descumprimento generalizado ou a adoção de medidas para afastá-la do ordenamento (KUBLISCKAS, 2009, p. 154).

Tal parâmetro se impõe a mutação constitucional a partir da compreensão de que esta possui como objetivo principal a atualização dos preceitos jurídicos perante as mudanças ocorridas no contexto fático-social (FERRAZ, 2015). Assim, a mutação constitucional encontra-se diretamente ligada aos valores vigentes na comunidade quando da sua realização. Neste mesmo sentido Adriano Sant’Ana aduz que:

Assim como a Constituição nasceu de acordo com marcos consagrados pela comunidade em um dado momento histórico, a sua constante realização deve ocorrer através de um processo de concretização que seja capaz de refletir a permanente atuação dos valores adotados pela comunidade vigente. São valores que estão presentes na vida prática das pessoas e constituem a identidade jurídico-política do povo, com toda a complexidade que ela tiver, e devem permear o conteúdo da Constituição (PEDRA, 2013, p. 205).

Assim importa dizer que, o intérprete constitucional não pode conferir uma nova interpretação, um novo sentido, ao texto constitucional ao seu bel-prazer, por sua satisfação pessoal (PEDRA, 2013). Ao invés disso, tem que chegar a um nível de aceitação geral. Desse modo frisa-se que o processo de interpretação prescinde da interpretação popular, que é aquela desenvolvida pelo povo, e também impulsionada pelas forças vivas da comunidade, como grupos de pressão, os partidos políticos e a opinião pública (FERRAZ, 2015).

Além desses limites e parâmetros relacionados ao âmbito normativo³⁸, Adriano Sant’Ana (2013) aponta ainda alguns limites relacionados a norma de decisão a exemplo da necessidade de racionalidade da decisão e dos efeitos prospectivos da nova interpretação.

³⁷ Marcio Kubliskas (2009) dispõe que a consciência jurídica geral se exterioriza através da ciência jurídica, da bibliografia especializada e da opinião pública.

³⁸ “O âmbito normativo, também chamado de domínio normativo abrange as interferências provocadas na norma pela realidade [...] é o setor da realidade social onde deve ser aplicado o programa normativo” (PEDRA, 2013, p. 57/58).

No que tange a racionalidade das decisões dispõe o autor que esta impõe-se a mutação constitucional para que a concretização realizada por ela opere “um processo de construção do direito aplicável ao caso, à luz do padrão constitucional e mediante um procedimento argumentativo racionalmente controlável” (PEDRA, 2013, p. 425). Desse modo, o novo entendimento precisa ser racional e possuir uma fundamentação constitucionalmente satisfatória.

Nessa mesma linha de raciocínio tem-se o doutrinador e estudioso da temática, Marcio Kubliskas (2009), que aduz que ao lado dos limites de cunho subjetivo (a consciência do intérprete e a consciência jurídica geral) tem-se a necessidade de a mutação ser fundamentada e razoável, como limite objetivo³⁹ a ser observado pelo interprete constitucional.

A obrigatoriedade da motivação está presente em qualquer uma das atividades que potencialmente pode gerar mutação constitucional. Na esfera administrativa, a observância do ordenamento jurídico constitucional e o atendimento ao interesse coletivo comprovam-se pela necessidade de motivação do ato administrativo, seja o praticado no exercício do poder vinculado, seja o decorrente do poder discricionário. No campo jurisdicional, todas as decisões (salvo raras exceções) precisam ser públicas e fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da CF/88). Apenas em relação aos órgãos legislativos o dever de motivação é suavizado, na medida em que apesar dos regimentos das casas parlamentares geralmente exigirem que as proposições legislativas sejam fundamentadas, os votos dos parlamentares não são motivados. [...] Por outro lado, não basta que o ato ou a decisão que introduz uma mutação constitucional seja motivado. Ele também deve ser racional de modo a que seja possível fazer o seu controle (KUBLISCKAS, 2009, p. 155).

Destarte, por força de própria disposição constitucional (art. 93, IX, da CF/88) não restam dúvidas que o Supremo Tribunal Federal, assim como os demais tribunais e juízes, deve fundamentar as suas decisões, sobretudo, e de forma especial, quando se opera a mutação constitucional, uma vez que todo o sistema jurídico será afetado.

Ademais, conforme bem esclarecido por Adriano Sant’Ana (2013) e Márcio Kubliskas (2009), além de fundamentadas as referidas decisões devem ser razoáveis. O referido limite exprimi, pois, todos os outros limites a serem observados pela Suprema Corte.

³⁹ Para Marcio Kubliskas (2009) os limites à mutação constitucional classificam-se em objetivos e subjetivos. Os limites subjetivos se caracterizariam nos limites impostos pela a consciência do interprete e o respeito a consciência jurídica geral, enquanto os limites de cunho objetivo se exteriorizariam na obrigatoriedade da observância e respeito do programa normativo e da necessidade de fundamentação e razoabilidade da decisão que opera a mutação.

Contudo, no que concerne aos efeitos prospectivos da nova interpretação, Adriano Sant'Ana (2013) dispõe que a Mutação Constitucional somente poderá produzir efeitos para frente ao longo do tempo, isto porque na mutação constitucional, "ocorre a criação de uma norma constitucional nova, que, em razão desta situação, jamais poderá produzir efeitos para eventos pretéritos, em homenagem ao princípio da segurança jurídica" (PEDRA, 2013, p. 246).

Em síntese, fora do programa normativo as mutações constitucionais também encontram limites, nos quais, se não observados acarretariam a ilegitimidade das mutações. Conforme o explanado seriam limites à mutação constitucional, embora não previstos no programa normativo: i) as restrições de natureza transcendentais; ii) a integração com o consenso internacional; iii) a aceitação legítima pela sociedade; iv) a necessidade de racionalidade e fundamentação das decisões; e v) os efeitos prospectivos da nova interpretação.

Por fim, ressalta-se que se o intérprete constitucional, e isso se aplica a atuação do Supremo Tribunal Federal, desrespeitar qualquer desses limites impostos, seja pelo programa normativo, seja pelos valores transcendentais ou pela realidade fática social, estaríamos de uma alteração informal sem legitimidade, isto é, estaríamos diante de uma Mutação Inconstitucional, ou seja, uma alteração indesejada.

Entretanto, diante da ausência de um controle efetivo, o que decorre da própria natureza das mutações constitucionais e da forma pelas quais elas ocorrem, os desrespeitos aos referidos limites e a operação de mutações inconstitucionais acontecem e geram efeitos na vida constitucional do Estado (PEDRA, 2013).

Contudo, apesar da dificuldade de controle efetivo sobre tais mutações é necessário que se imponha limites e se insista na sua imprescindibilidade, para que "não se tenha uma situação de ausência de normatividade mesmo na presença de um texto constitucional vigente, o que seria inadmissível em uma democracia constitucional" (PEDRA, 2013, p. 246).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Mutação Constitucional, estudada pela primeira vez pela Escola Alemã de Direito Público, é entendida na contemporaneidade como o processo de modificação informal da constituição, que altera o sentido ou alcance das normas constitucionais sem, entretanto, gerar modificações no seu texto. É, pois, um processo desejável e querido pelo ordenamento jurídico, ao passo que garante maior efetividade e possibilita o perpetuamento de uma constituição no tempo.

Quanto mais rígida for uma Constituição, mais sujeita ela estará ao fenômeno da mutação constitucional. Isto ocorre porque com o passar dos anos, as compreensões e realidades de uma sociedade vão se alterando, o que requer uma atualização do texto normativo. Contudo, a reforma constitucional, processo formal de alteração da constituição, por si só, não é capaz de conjugar a realidade com o programa normativo.

Uma constituição imutável, ou seja, que não possui a capacidade de acompanhar as mudanças sociais, corre o risco de se tornar inoperante, sem eficácia ou legitimidade, pois se distanciaria muito da realidade a qual pretende regular. Assim, as mutações constitucionais surgem como uma alternativa que se coloca neste espaço entre o texto e a realidade social.

Destarte, a mutação constitucional pode ocorrer através do costume ou da interpretação constitucional. Na primeira hipótese a mutação ocorre em virtude de uma prática reiterada, que tenha sido reconhecida como válida, ou até mesmo como obrigatória. Já no segundo caso esta pode se dar pela interpretação administrativa; legislativa ou judicial.

A mutação constitucional pela interpretação administrativa realiza-se mediante atos, pareceres, resoluções ou disposições que não tenham por objetivo a elaboração de leis integrativas ou complementares à Constituição ou à decisões jurisprudenciais visando à aplicação da Constituição a casos concretos ou à declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

Por outro lado, a mutação pela interpretação legislativa ocorre quando, na hipótese de existência de uma determinada interpretação sobre uma específica norma constitucional, o Poder Legislativo por meio da edição de uma lei vier a alterá-la.

Por fim, a mutação constitucional operada pela via interpretativa judicial é aquela pela qual o Poder Judiciário opera mudança do sentido, do significado ou do alcance de determinada norma constitucional, por meio de interpretação conforme a Constituição.

Conforme Bulos (1997) a atividade de interpretação judicial é um dos processos que mais acentua a existência de mutações constitucionais, devido à repercussão das decisões judiciais e suas características, quais sejam: a obrigatoriedade da interpretação, a sua primariedade, devido ao fato de ocorrer por meio de provocação e o caráter definitivo sobre a matéria decidida.

No Brasil tem sido cada vez mais presente o fenômeno da mutação constitucional operada pela via interpretativa judicial, sobretudo, através da recorrente mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal.

A Suprema Corte tem sido constantemente palco de debates de temas polêmicos como aborto, legalização da maconha, pesquisas com células tronco, etc. Tal atuação merece destaque e estudo específico, uma vez que suas decisões afetam milhões de brasileiros.

A mutação constitucional operada pelo Supremo Tribunal Federal, quando da mudança de entendimento, afeta todo o ordenamento jurídico ao passo que as suas decisões têm o condão de vincular todo o Poder Judiciário. Isto ocorre porque algumas de suas decisões são dotadas de efeito vinculante e *erga omnes*, a exemplo das Súmulas Vinculantes, dos recursos Extraordinários e das decisões proferidas nas ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Ademais, mesmo aquelas decisões, a exemplo daquelas proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso, que não são dotadas de força vinculativa, costumam ser seguidas pelos tribunais pátrios. Isto ocorre devido à autoridade natural de suas decisões, sobretudo quando reiteradas, e pela possibilidade de reforma mediante recurso. Aliás, frisa-se que esta uniformização da jurisprudência nacional tem sido a proposta do novo código de processo civil.

No presente trabalho foram analisados alguns casos concretos em que o Supremo Tribunal Federal ao adaptar o texto normativo as novas exigências acabou operando a mutação constitucional, o que acabou tendo repercussão geral e direta perante as decisões de todos os juízes e tribunais do país, a exemplo da nova interpretação dada ao art. 5º da Constituição Federal, que garante aos estrangeiros

em transito, isto é, os não residentes no país, a mesma tutela e proteção dos direitos fundamentais, bem como o mesmo direito de acesso aos remédios constitucionais.

Outro caso analisado foi à mudança de compreensão em relação ao termo racismo. Antes da ocorrência da mutação constitucional o referido termo era utilizado apenas para classificar a atitude discriminatória em razão da raça. Entretanto, mudança recente na medicina que apontou que não existem subdivisões biológicas na espécie humana, fez com que o STF atualizasse este entendimento para incluir no conceito de racismo qualquer discriminação contra todo e qualquer indivíduo pertencente a um grupo distinguível por suas características.

Da mesma forma o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, interpretação esta em conformidade com os novos conceitos de família que já vinham sendo definidos desde a promulgação da constituição de 1988, garantiu a proteção do estado às inúmeras famílias formadas por casais homoafetivos.

Desse modo, evidencia-se que o STF, através da interpretação evolutiva sobre determinados dispositivos têm o condão de efetivar direitos, atualizar a constituição de acordo com as novas realidades sociais, bem como garantir a eficácia e permanência das normas constitucionais, ao passo que essas mutações não desrespeitam o sentido e espírito da Constituição.

Todavia, é bem verdade que existem mutações que contrariam o texto da Constituição, são as chamadas mutações inconstitucionais, frutos de um ativismo judicial, pelo qual o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, tem deixado a posição de intérprete da constituição e se colocado na posição de legislador, criando situações antes não reguladas e algumas vezes em confronto com o que dispõe o programa normativo.

Exemplos de entendimentos que geraram mutação inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro é a instituição da fidelidade partidária e a possibilidade de cumprimento provisório de pena, em contrariedade ao principio constitucional da presunção de inocência.

Tais mutações inconstitucionais são ilegítimas e merecem ser afastadas do ordenamento jurídico, uma vez que estas põem em cheque a própria força normativa da Constituição, bem como geram uma instabilidade jurídica.

Assim, importa dizer que para que a alteração informal da Constituição seja recebida como legítima é necessário que esta respeite alguns parâmetros e limites que devem ser observados pelo intérprete constitucional.

O primeiro limite que se impõe as mutações constitucionais é o próprio programa normativo. Dessa forma a alteração informal do texto da Constituição: a) deve respeitar o grau de elasticidade e as possibilidades semânticas do texto normativo; b) não pode abolir cláusulas pétreas; e c) não pode operar retrocessos no que tange aos direitos e garantias fundamentais.

Fora do programa normativo há ainda outros parâmetros a serem observados pelo intérprete constitucional, como: a) a necessidade da observância e respeito aos valores de natureza transcendente, a exemplos dos valores morais e éticos; b) a observância dos valores internacionais, ou seja, a integração com o consenso internacional, especialmente no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana; c) a aceitação legítima pela sociedade, isto é, a real alteração do contexto social; d) a fundamentação e racionalidade da decisão que opera a mutação; e e) a adoção de efeitos prospectivos a nova interpretação, o que consiste dizer que a mutação não poderá afetar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

Destarte, diante da análise de casos concretos onde o Supremo Tribunal Federal operou a chamada mutação constitucional, restou evidenciada que, em decorrência do efeito vinculante das suas decisões, o seu entendimento possui repercussão por todo o ordenamento jurídico, o que importa dizer que, afetará diretamente as relações sociais e os direitos individuais. Percebe-se, pois, que pela mudança de entendimento a Suprema Corte pode tanto pode criar como restringir direitos.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, intérprete por excelência das normas constitucionais, tem a incumbência de manter o texto constitucional atual e vigente, porém não pode sob este pretexto sedimentar entendimentos que contrariem o espírito da constituição.

Assim, embora existam doutrinadores, a exemplo de BULOS (1997) que defendem a impossibilidade de se estipular limites às mutações constitucionais, é patente a necessidade de parâmetros a vincular a atividade interpretativa da Suprema Corte, uma vez que sua ausência poderia gerar uma atuação desarrazoada e legitimar entendimentos contrários ao texto constitucional.

Desse modo, tanto o Supremo Tribunal Federal, como os demais aplicadores do direito, encontram limites diante do programa normativo, bem como diante de valores de natureza transcendente. Limites este que irão balizar a sua atuação e conferir legitimidade as suas decisões.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAÚJO, Anarda Pinheiro e SAMPAIO, Jéssyca Figueiredo. **O fenômeno da modificação informal da Constituição: a mutação por interpretação Constitucional**. Revista Controle. Fortaleza. V. 1, n. 2, p. 261-281, jun./dez. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/constituicao_demo_cracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em 07 de junho de 2018.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/313_Parecer%20Barroso%20-%20Uniao%20homoafetiva.pdf. Acesso em 15 de junho de 2018.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 08 de junho de 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.

_____. Lei nº 13105, de 2015. Vade Mecum Saraiva OAB . São Paulo, SP: Saraiva, 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1397, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 28.4.1997, DJU 27.6.1997. RDA 210, out/dez 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347029>. Acesso em 16 de junho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC: 74051 SC, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 18/06/1996, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 20-09-1996 PP-34538 EMENT VOL-01842-03 PP-00533. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2874051%2E+OU+74051%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hpepvk7>. Acesso em 23 de junho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882424%2EENUME%2E+OU+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zms3otf>. Acesso em 14 de junho de 2018.

BRASIL. Suprema Tribunal Federal. HC 94016 MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 7/4/2008. EMENT VOL-02350-02 PP-00266. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2894016%2EENUME%2E+OU+94016%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jeyq7tb>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. APL: 13135470 PR 1313547-0 (Acórdão), Relator: Humberto Gonçalves Brito, Data de Julgamento: 28/06/2016, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1835 06/07/2016. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/358403250/apelacao-apl-13135470-pr-1313547-0-acordao>. Acesso em: 04 de julho de 2018.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª Região. AG 2005040132106/PR, j. 29/8/2006. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1231416/agravo-de-instrumento-ag-32610>. Acesso em: 04 de julho de 2018.

BROCHADO, Mariá. **O direito como mínimo ético e como Maximum ético**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 237-260, jan./jun. 2008.

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

CASTRO, Vitória Izabel Silva Souza. **Limites às mutações constitucionais: revisão e cláusula pétrea**. Brasília. n. 10, v. 3, p. 657-7702. 2014. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/> ISSN: 2182-7567. Acesso em: 04 de maio de 2018.

CELSONETO, João. **Efeitos erga omnes de decisões do STF. Uma decisão, sua abrangência e seus efeitos**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 50, 1 abr. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1971>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Paraná, v. 2, n. 7, p.136-146, maio/ago. 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Poder constituinte e patriotismo constitucional**. Revista do curso de mestrado em ciência jurídica da Fundinopi / Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Jacarezinho. n. 8, v.8, p. 9–55, jan./jun. 2008.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Nota breve sobre o efeito vinculante**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n.130, v. 33, abril/junho. 1996. Senado Federal. Brasília, DF, 1996.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**. 2ª Edição. Osasco: EdiFIEO, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

KAMPMANN, Fábio Roberto et al. **A teoria da constituição na obra de Carl Schmitt**. In: **ix simpósio nacional de direito constitucional**, 9, 2010, Curitiba. **Anais**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010. p. 292 - 309.

Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009.

LANÇA, João André Alves. **MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: fundamentação e limites à luz da hermenêutica filosófica e da teoria estruturante do direito**. 2014. 161 f. dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional**. Revista DIREITO PÚBLICO Nº 4 – Abr-Maio-Jun/2004 – DOCTRINA BRASILEIRA.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13ª. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

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 Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 10, n. 4, p.2256-2277, set./dez. 2015. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 25 maio 2018.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil: **O caso da fidelidade partidária**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 51, n. 201, p.97-128, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/502954>>. Acesso em: 13/06/2018.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusula pétrea**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da constituição: uma análise da experiência latino americana**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 101, p. 7-36, jul./dez. 2010.

PEDRA, Adriano Sant'ana. ***Mutação Constitucional: Interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional.*** São Paulo. Lumen Juris, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. ***Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.*** São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. ***Reconstruindo o conceito de mutação constitucional.*** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p.80-91, 23 fev. 2015. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos. <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2015.71.08>.

SILVA, Diogo Bacha e. ***Os contornos do ativismo judicial no Brasil: O fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes.*** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 50, n. 199, p.97-128, 1 jul./set. 2013.

SILVA, José Afonso da. ***Poder Constituinte e poder popular.*** São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Lucas Gonçalves da. ***Mutação constitucional pela justiça constitucional: tipologia e limites.*** 2009. 160 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2009.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. ***Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política.*** 2010. 206 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Instituto de Estudos Sociais e Políticos (iesp), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, 2010.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. ***Mutação constitucional e ativismo judicial.*** Cadernos Jurídicos,, São Paulo, v. 40, n. 16, p.115-130, abr./jun. 2015. Trimestral.

TREVISAM, Elisaide. ***O ativismo judicial e a efetividade dos direitos fundamentais no estado democrático de direito.*** Revista Acadêmica Direitos Fundamentais, Osasco, v. 6, n. 6, p.125-140, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/733-2290-1-pb.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

WELSCH , Gisele Mazzoni. ***A interpretação integrativa e a revisão judicial dos contratos.*** Disponível em <http://giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Artigo%206%20%20A%20interpretacao%20integrativa%20e%20a%20revisao%20judicial%20dos%20contratos.pdf>, acesso em 14 de junho de 2018.

ZANDONADE, Adriana. ***Mutação Constitucional.*** Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n.35, abr./jun. 2001. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: RT, 2001.