



OS FUNDAMENTOS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA FORMAL E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: há alguma limitação ao poder de alteração?

THE FOUNDATIONS OF FORMAL LEGAL INTERPRETATION AND CONSTITUTIONAL CHANGE: Are there any limitations to the power of change?

José Eduardo Sabo Paes*

Júlio Edstron S Santos**

Rogério A Alves Dias***

Resumo: A Constituição do Brasil é rígida e, por isso, os processos de alteração não podem aceitar o distanciamento entre as previsões constitucionais e a realidade social. Alterações do texto constitucional podem ser feitas de modo formal e modo informal. O ponto central desta pesquisa é a demonstração da forma de criação, utilização e limites da mutação constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. O trabalho foi desenvolvido por meio de uma revisão bibliográfica e de uma pesquisa documental. A consideração central é que a mutação constitucional tem limites que devem ser respeitados para que se evitem desgastes ao Direito e à própria sociedade.

Palavras-chave: Interpretação constitucional. Mutação constitucional. Limites da mutação constitucional.

Abstract: Brazil's constitution is rigid and, therefore, the change processes cannot accept the gap between constitutional forecasts and social reality. Changes to the constitutional text can be made formally and informally. The central point of this research is the demonstration of the form of creation, use and limits of constitutional change in the Brazilian legal system. The work was developed through a bibliographic review and documentary research. The central consideration is that the constitutional change has limits that must be respected in order to avoid wearing out the Law and society itself.

Keywords: Constitutional interpretation. Constitutional mutation. Limits of constitutional change.

Recebido em: 23.11.2020

Aprovado em: 11.03.2021

* Pós Doutorando em Democracia e Direitos Humanos pela IGC – Faculdade de Direito em Coimbra, Portugal. Doutor em Direito pela Universidade *Complutense* de Madri. É professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília e coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor (NEPATS) e do Grupo de Pesquisa: Terceiro Setor e Tributação Nacional e Internacional: formas de integração repercussão na sociedade, ambos da Universidade Católica de Brasília. Editor chefe da Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor – REPATS. E-mail: eduardosabo3@gmail.com.

** Professor do IDASP/Palmas. Diretor Geral do ISCON do TCE do Tocantins. Doutor em Direito pelo UniCEUB. Mestre em Direito Internacional Econômico pela UCB/DF. Membro dos grupos de pesquisa NEPATS - Núcleo de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor da UCB/DF, Políticas Públicas e Juspositivismo, Jsmoralismo e Justiça Política do UNICEUB. E-mail: edstron@yahoo.com.br.

*** Advogado. Doutorando em Direito. Mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Violência. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho. Professor Universitário.

SUMÁRIO: introdução – 1 Fundamentos e dificuldades para uso da interpretação constitucional no Brasil – 2 O fenômeno da mutação constitucional – 2.1 Limites da mutação constitucional – Considerações Finais

INTRODUÇÃO

A Constituição é um organismo vivo. Ela precisa ser constantemente decifrada para poder resolver problemas que se impõem em todas as instâncias sociais e jurídicas, desde questões pessoais até os destinos do país. Como documento jurídico, o texto constitucional requer constantes alterações, seja no aspecto formal, executado pelo poder constituinte reformador, seja por processos difusos, como o instituto da mutação constitucional.

A iluminação de muitos problemas jurídico-constitucionais carece de um *background* explicativo e justificativo que só pode ser fornecido por uma reflexão teórica sobre o próprio direito constitucional, (CANOTILHO, 2017, p. 18)

As alterações constitucionais institucionalizadas são necessárias para que haja uma proximidade entre o texto constitucional e a realidade social, ou seja, para que ele possua efetividade normativa. Os processos de alteração da Constituição são realizados de modo formal, tendo como titular do poder constituinte reformador o Congresso Nacional, e de modo informal, que ocorrem, principalmente, por meio da mutação constitucional, cuja primazia de criação é do Poder Judiciário. Tais modificações devem obedecer a parâmetros e a limites.

Tais processos são representativos da evolução do Estado Ocidental e envolvem vários aspectos, como a relação do Estado com o limite imposto pela lei e a elaboração de comandos jurídicos, que deve levar em conta a vontade popular e o império da lei. Por tais razões, é chamado de Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, o objetivo deste artigo é discorrer, no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, sobre os processos de alteração da Constituição e os respectivos contextos teórico e prático do instituto da mutação constitucional.

Os escopos do trabalho são como as alterações constitucionais, se inserem em um quadro amplo, de conotações históricas e de necessidades atuais, são apresentados conceitos de mutação constitucional, bem como descrita sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal (STF), expandindo a proteção conferida pela norma constitucional a casos complexos.

Destaque-se que a mutação constitucional, como todo instrumento jurídico, exige claros limites que devem ser respeitados, seja para se evitarem declarações de

inconstitucionalidade, seja para não causar prejuízos à sociedade, com a imposição de determinações autoritárias e até mesmo ilegítimas.

Fato é que o instituto da mutação constitucional possui apoiadores e ferrenhos e diversos críticos, tendo em vista que, por meio dele, há alteração da interpretação de determinado comando constitucional, mantendo-se intacto o texto, ou seja, modifica-se, apenas, a compreensão do dispositivo jurídico.

A pesquisa ressalta o processo de constitucionalização das demais áreas do Direito a partir da promulgação da Constituição de 1988, além da ampliação de mecanismos sociais de acesso ao Poder Judiciário. Há mais de 80 milhões de processos judiciais tramitando no Brasil, gerando problemas institucionais e um grande sentimento social de insegurança jurídica.

Este trabalho acadêmico também se refere ao fato de, devido a uma persistente crise de âmbito nacional e/ou internacional, haver uma tensão entre as previsões jurídicas e a realidade social, com pontos de distanciamento entre as dimensões sociais e as jurídicas. É uma patologia que deve ser corrigida pelos processos formais e informais de adaptação da Constituição.

Metodologicamente, o trabalho foi desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, respectivamente com fulcro em autores nacionais e internacionais sobre o processo de mutação constitucional, presente na ordem jurídica nacional, e com exemplos conhecidos da jurisprudência. Por último, a pesquisa se justifica por ser a mutação constitucional um fenômeno que vem chamando a atenção da comunidade acadêmica e dos tribunais pátrios.

1 FUNDAMENTOS E DIFICULDADES PARA USO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Do ponto de vista histórico, o Estado Ocidental obteve o reconhecimento de sua soberania apenas em 1648, com os acordos internacionais denominados de “Paz de Vestefália” que terminaram com a Guerra dos 30 anos na Europa, tal como apontou Varela (2019). Significa que, a partir daquele momento, houve centralização da produção do Direito pelos agentes estatais, que passaram a gozar de igualdade jurídica no plano internacional e de superioridade legal dentro de seu território.

O Estado passou a ser o detentor legítimo do uso da força, dentro dos parâmetros das leis, criadas pelas instâncias estatais, sobretudo com fulcro na Constituição do país. Com isso, ele foi denominado Estado de Direito, inferindo-se que “a lei é expressão da vontade do Estado, e tal vontade persiste de modo autônomo, destacada do complexo dos pensamentos e das tendências que animaram as pessoas que contribuíram para sua emanação”. (FERRARA, 2005, 29).

Não se deve olvidar que essa foi uma mudança substancial para a sociedade. Iniciou-se a construção de uma Ciência do Direito. O “modo real como o Direito se manifesta é a linguagem” (SALGADO, 2006, p. 129), ou seja, ao invés da coação arbitrária do soberano, mudou-se para a possibilidade de uma coerção jurídica.

Una norma jurídica es un pedazo de vida humana objetivada. Sea cual fuere su origen concreto (consuetudinário, legislativo regulamentário, judicial, etc), una norma jurídica encarna un tipo de acción humana que, después de haber sido vivida o pensamiento por el sujeto o los sujetos que la produjeron, deja un rastro o queda en el recuerdo como un plan, que se convierte en pauta normativa apoyada por el poder jurídico, es decir, por el Estado. (SANCHES, 1973, p. 135)

Em síntese, pode-se dizer que a evolução histórica do Estado perpassou os modelos liberais, sociais e, atualmente, busca instaurar o complexo paradigma do Estado Democrático de Direito. Lembre-se de que esse último parâmetro estatal envolve uma constante tensão para a tomada de decisão entre os critérios majoritários e contramajoritários, ou seja, de um lado, há a vontade da maioria e, de outro, há a proteção às minorias ou grupos vulneráveis. “É claro que os fatos e o intérprete sempre estiveram presentes na interpretação constitucional. Mas, nunca como agora”. (BARROSO, 2003, p. 333).

Com o aumento da tecnologia e o advento das redes sociais, as demandas reverberam mais rápido. Além disso, muito mais do que em qualquer outra época, as pessoas e os grupos exigem o cumprimento de seus direitos, que estão expressos ou implícitos no ordenamento jurídico. No que diz respeito às questões constitucionais, Konrad Hesse afirma que “[...] a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”. (HESSE, 1991, p. 11). Assim, ao mesmo tempo que a norma ápice é um ponto de partida para as reclamações sociais, é também um ponto de ordem para todo o país.

“A Constituição representa para o espírito entusiástico da época o auge da consagração ideal da liberdade humana, conquistado paulatinamente, através dos tempos” (PEREIRA, 2001, p. 89). Nesse diapasão, compreende-se que o texto constitucional é a base jurídica do Estado e do Direito, detentor da maior hierarquia das leis dentro de um país e, conseqüentemente, gerador do padrão de validade para elaboração de todos os comandos jurídicos produzidos pelas estâncias estatais. Ainda na lição da obra final de Hans Kelsen:

A estrutura hierárquica da ordem jurídica de um Estado é, *grosso modo*, a seguinte: Pressupondo-se a norma fundamental¹, a Constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional. A constituição é aqui compreendida não num sentido formal, mas material². A Constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificada apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas. (KELSEN, 2000, p. 182)

Especificamente no Brasil, após sua redemocratização em 1985, elaborou-se uma norma ápice que foi denominada de “Constituição Cidadã”, por ter contado com a manifestação de diversos segmentos sociais, atendendo, pois, a múltiplos interesses comunitários. Devido a sua abrangência, houve, paulatinamente, o fenômeno da constitucionalização das demais áreas infraconstitucionais, o que o Ministro Barroso explica da seguinte maneira:

A constitucionalização do Direito [...] está associada a efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com sua ordem, unidade e harmonia —, mas também um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito. A constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos com base em uma ótica constitucional. (BARROSO, 2015, p. 28).

A situação de tensão entre os direitos e sua efetividade tende a se agravar em um ambiente globalizado/mundializado, marcado por desigualdades e pela alta volatilidade das

¹ Hans Kelsen recepcionou variações do que seria a norma fundamental em sua obra. Contudo, a explicação mais plausível é trazida por Alexandre Travessoni Gomes (2004), para quem essa espécie normativa seria um pressuposto lógico para a compreensão de todo o Direito.

² Constituição no sentido material refere-se ao conjunto de temas que são clássicos para figurar no rol do próprio texto, tornando-se fundamentais, como por exemplos separação de poderes e declaração de direitos.

relações econômicas, sociais e pessoais, como bem lecionaram Zygmund Bauman (2014) ou mesmo Ulrich Beck (2018). E essa circunstância ainda é agravada pela (persistente) presença de uma crise nacional e internacional sem precedentes, neste novo século.

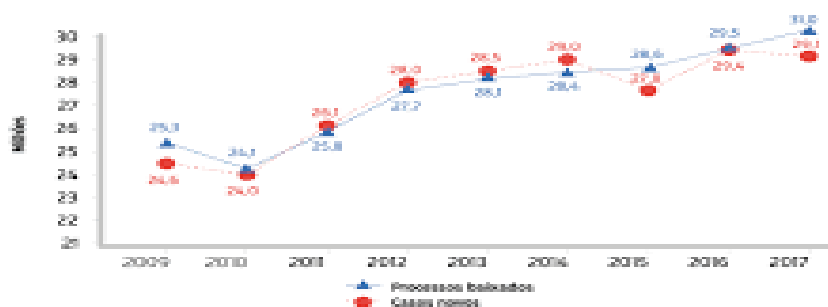
Há, ainda, uma tendência – no plano teórico e com grande aceitação pelos tribunais superiores – de aplicação do entendimento de que há uma “sociedade aberta de intérpretes” (HABERLE, 2003, p.148). Nela, todos podem explicar sobre o texto constitucional, tendo, cada uma das explicações, a mesma validade constitucional. Um exemplo nesse sentido é o uso multiplicado do instituto *Amicus Curiae*.

Além disso, “por ser a Constituição também uma lei, que tem apenas mais força do que as outras as quais sobreleva conflito” (MAXIMILIANO, 2002, p. 249), no ambiente de promoção da democracia, o cidadão é convidado a emitir sua opinião sobre as disposições legais e constitucionais. Devido aos princípios democráticos e ao fundamento republicano essencial da cidadania, o cidadão pode, a depender do caso, ajuizar uma ação até mesmo sem acompanhamento de um advogado, na busca pela prevalência de sua opinião.

Nas sociedades modernas [...] o Direito só cumpre a sua função de estabilizar expectativas de comportamento se preservar uma conexão interna com a garantia de um processo democrático através do qual os cidadãos alcancem um entendimento acerca das normas de seu viver em conjunto, ou seja, justo para todos (as morais), do que seja bom para eles enquanto comunidade concreta (as éticas) e acerca de quais políticas devam ser respondidas da melhor maneira, ainda que sujeitas a diversas interpretações históricas (CATONI DE OLIVERIA, 2002, p. 51).

No Brasil, nessa circunstância complexa e amparado pelo impulso dado pela Constituição de 1988 à ampliação do acesso ao Poder Judiciário, é crescente e rápido o número de demandas judiciais, tal como demonstrou o censo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicado em 2018 (gráfico 1). Gráfico 1: Levantamento de novos casos e de processos baixados

Série histórica dos casos novos e processos baixados



Fonte: CNJ

Fonte: CNJ

Fonte: CNJ/2018

Saliente-se que, mesmo com a realização de constantes campanhas de utilização de meios alternativos de resolução de controvérsias, o número de processos não para de crescer no Poder Judiciário. Atualmente, segundo o próprio CNJ, tramitam em todo o país mais de 80 milhões de processos, todos carecendo de procedimentos próprios e interpretações jurídicas para o seu seguimento normal.

Essa situação gera problemas estruturais, como alocação de pessoas e de recursos financeiros. A isso, adicione-se a demora na prestação jurisdicional, uma situação que gera insegurança jurídica, devido à discrepância entre as decisões concedidas em casos semelhantes. Ou seja, é necessário que acadêmicos e profissionais do Direito harmonizem sua forma de comunicação, tal como ocorre com qualquer ciência, de forma propedêutica.

Cada ciência tem à sua maneira própria de se expressar-se, e isto também acontece com a Ciência do Direito. Os juristas falam uma linguagem própria e devem ter orgulho de sua linguagem multimilenar, dignidade que bem poucas ciências podem invocar. (REALE, 2018, p. 8)

Essa passagem não deve ser entendida como um amor desmedido ao antiquado, como utilização de linguagens arcaicas, estrangeirismos ou de expressões em latim³ desnecessárias ou galicismos. Há de se reconhecer que, como ciência, o Direito tem métodos próprios e um ritual que deve ser seriamente seguido. Não é por outro motivo que as leis de procedimentos no Poder Judiciário recebem o nome de código.

³ Lembre-se de que há uma série de brocardos jurídicos que expressam conceitos científicos e logo facilitam a comunicação entre os operadores do Direito, como por exemplo: *Amicus Curiae*, ou seja, os amigos da corte, que são pessoas convidadas a participar voluntariamente do processo decisório, principalmente em causas complexas, que necessite da opinião de diferentes especialistas.

Diante disso, lembre-se, mais uma vez, que na atual quadra histórica, o Direito é uma ciência que busca, por meio de comandos jurídicos, construídos democraticamente e com base nos fatos, harmonizar comportamentos. Isso, com base em valores e normas e, especificamente, observando o respeito ao “devido processo legislativo” na produção das leis.

O devido processo legislativo é um princípio jurídico e, no Brasil, encontra-se implícito na Constituição que busca garantir o exercício dos direitos fundamentais, inclusive o contraditório e a proteção de grupos vulneráveis (CATONI DE OLIVEIRA, 2012, p 56). Como resultado, os comandos normativos devem ser seguidos, em regra, por todos. Conforme a seguinte lição doutrinária,

[...] fatos, valores e normas se implicam e se exigem reciprocamente, o que [...] se reflete também no momento em que o jurisperito (advogado, juiz ou administrador) interpreta uma norma ou regra de direito (são expressões sinônimas) para dar-lhes aplicação (REALE, 2018, p. 66).

“Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência do Direito” (KELSEN, 2003, p. 79). Nessa esteira de pensamento, restam poucas vozes que duvidam da cientificidade jurídica, como a comunidade científica atual que exige análise de seus métodos e objeto.

Tendo-se firmado a posição de que o objeto do Direito são as normas jurídicas, há de se perceber que tanto a hermenêutica⁴ quanto a interpretação constitucional são métodos, ou seja, caminhos para se aplicarem os comandos jurídicos aos fatos do cotidiano. Dessa maneira, “o método de uma ciência hermenêutica é o operador que unifica e normatiza o processo interpretativo” (MAGALHÃES FILHO, 2004, p. 71), ou ainda, segundo a escola espanhola, *La interpretación no es más que el desarrollo de las posibilidades proyectadas al comprender* (FERNANDES-LARGO, 1995, p.13).

[...] se não existe interpretação sem intérprete e o conhecimento do objeto jamais é igual ao objeto do conhecimento é de se admitir, pelo menos no plano gnosiológico, que o conhecer e o criar não são atos contrapostos, mas antes, complementares. (COELHO, 2011, p. 22)

⁴ Vários autores conceituam a hermenêutica como a arte de interpretar ou como a ciência cujo objeto é a determinação do sentido de um texto. A verdade é que a hermenêutica e a interpretação possuem um substrato semântico comum que faz referência a dizer, a explicar e a traduzir. (MAZOTTI, 2010, 9)

Atualmente, ocorrem celeumas sobre a aplicação do Direito principalmente em casos complexos, como aborto ou redução da idade penal, e sobretudo quanto à constitucionalidade das leis brasileiras. Isso porque a Constituição Cidadã abarcou princípios e regras que, em situações reais, podem ser contrários entre si. Como exemplo da tensão jurídica causada pelo texto constitucional, há o incentivo à livre iniciativa e a proteção social aos trabalhadores, ambos albergados sob o mesmo inciso constitucional, o art. 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]. IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (BRASIL, 2020).

Godoy (2020) afirma que, na contemporaneidade, a interpretação do texto constitucional é inevitável para a efetividade das normas. O tempo atual demanda questões em várias áreas, em situações que envolvem desde a fixação da titularidade até sua interpretação, os métodos usados e outros. Isso, paralelamente à análise do conjunto de postulados, de particularidades e de possibilidades. Segundo ele,

Não se trata de espaço axiologicamente marcado pela neutralidade; esta última é inalcançável: o intérprete não transcende do conteúdo interpretado. A interpretação é produto intelectual de quem interpreta: menos do que truísmo marcado por obviedades, a afirmativa justifica-se pela miríade de interpretações que textos constitucionais engendram e suscitam. Há tantas interpretações quantos intérpretes se tenham (GODOY, 2020, p. 1)

Isso porque “interpretar a constituição é descobrir o significado, o conteúdo e o alcance (expressos e implícitos) dos símbolos linguísticos escritos em seus artigos, parágrafos, incisos e alíneas” (BULOS, 2019, p. 446). Nessa acepção, cada cidadão pode ter um parâmetro diferente para desnudar o texto constitucional, tal como ocorreu com processos sensíveis, como a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 187. Nela, foi liberada a denominada “marcha da maconha”, situação em que o STF enfrentou princípios constitucionais manejados de forma contraditória. Dessa forma,

[...] o que se convencionou chamar de interpretação especificamente constitucional, enquanto objeto, vem a ser apenas um entre vários resultados possíveis – e jamais definitivos, porque o texto constitucional permanecer aberto e receptivo a novas leituras (COELHO, 2011, p.115).

Ainda há de se notar que essa situação é agravada pela crise generalizada e por práticas abusivas de mercado, como por exemplo as reclamações consumeristas, que ocupam o

segundo lugar no *ranking* nacional de ações propostas. Em terceira posição, estão as demandas contra planos privados de saúde. É que há um constante aumento no número de ações ajuizadas, inclusive por meio eletrônico, como apontou o CNJ em seu relatório de 2019 (gráfico 2).

Gráfico 2: Índices de novos casos eletrônicos



Fonte: CNJ/2019

A dúvida sobre a constitucionalidade das leis no Brasil chegou a um patamar ímpar entre os países ocidentais, sendo está utilizada, inclusive, na forma difusa de controle de constitucionalidade, modalidade na qual o juiz singular pode afastar a aplicação de um comando jurídico por entendê-lo inconstitucional, ainda que na regra haja a presunção de constitucionalidade por causa do devido processo legislativo.

Já na via concentrada do controle de constitucionalidade, também se avolumam problemas: há um estoque de processos pendentes e em crescimento no STF, tal como aponta o quadro 1 abaixo. Recorde-se que, constitucionalmente, o Supremo é formado por onze magistrados, cuja convivência nem sempre é harmoniosa, como afirmam Recondo e Weber (2019). Porém, apenas dez ministros efetivamente julgam, cabendo à presidência a condução dos feitos e, em caso de empate, emitir o “voto de Minerva.”

Quadro 1: Demonstrativo da movimentação de processos no STF

Data da última atualização: 25/02/20

Acervo em 31/12/2019	Recebidos em 2.020	Baixados em 2.020	Acervo atual
31.279	9.108	7.164	32.149

Fonte: STF/2020

Apenas na perspectiva aritmética, percebe-se que cada Ministro do STF tem uma cota média de 3.214 processos para julgar, além do constante aumento do número de tutelas de urgência que, diuturnamente, chegam àquela Corte. É uma situação que, no dizer de Ronald Dworkin (2003), apenas um “Juiz Hercules” ou o enredo de um filme “missão impossível” podem sanar.

Contudo, há de se notar a lição do Ministro Luís Barroso, para quem o “Direito é diferente da política. Mas não é possível ignorar que a linha divisória entre ambos, que existe inquestionavelmente, nem sempre é nítida, e certamente não é fixa.” (BARROSO, 2012, p. 258).

Devido as interações entre a políticas e o exercício do controle de constitucionalidade há o agravamento pelos pontos de tensão entre os demais poderes constituídos (Legislativo e Executivo), tendo como ponto exemplificativo o julgamento da Ação Direta e Inconstitucionalidade (ADI) nº 4983. Feito jurídico que declarou inconstitucional, por seis votos a cinco, uma lei do Ceará que regulamentava a enraizada prática nordestina da vaquejada, ou seja, houve uma severa cisão do plenário.

O conflito institucional se consolidou quando o Congresso Nacional, detentor do poder constituinte reformador, único Poder Republicano capaz de alterar formalmente a Constituição, por meio de uma Emenda ou Reforma à Constituição, positivou a vaquejada como uma atividade cultural, logo sendo formalmente constitucional. Configurou-se o efeito *backlash* ou estilingue, como explicado por Wileman (2013) e Fonteles (2019), gerando

dúvidas quanto a que órgão compete a última palavra, em matéria de alteração da Constituição do Brasil.

Para essa dúvida não há uma resposta simples, uma vez que há interação, até mesmo por expressa previsão constitucional, entre os poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário). Essa interação é fundamental para que haja a acomodação necessária aos arranjos institucionais⁵ e para que esses proporcionem condições de governabilidade e de implementação de políticas públicas e dos direitos fundamentais.

No âmbito do processo legislativo constitucional, isso ocorre por meio de um sistema de competências que indica o momento para iniciar, impulsionar, vetar ou mesmo manter um texto aprovado e posteriormente vetado, dentro dos trâmites do devido processo legislativo constitucional.

Certo é que as constituições devem ser alteradas formalmente ou informalmente para atender seus destinatários, como previu o então presidente da assembleia constituinte, Ulisses Guimarães, no histórico discurso de promulgação da Constituição Cidadã em 1988: “A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria” (BRASIL, 1988, p. 2).

Essa afirmativa leva à seguinte conclusão: “Nenhum texto constitucional dispensa interpretação, sob pena de não adaptarmos o dever ser e suas normas ao influxo dos acontecimentos sociais, históricos, políticos, religiosos e econômicos presentes num determinado momento”. (BULOS, 2019, p. 447).

Rememore-se que “o processo legislativo é o mecanismo de formação das leis. Porém, as proposições legislativas podem tomar vários e diferentes caminhos de tramitação, por isso se fala na existência de vários procedimentos legislativos” (CAVALCANTI FILHO, 2020, p. 27). Há necessidade de seu cumprimento integral, tanto para se efetivar o devido processo legislativo constitucional, quanto para se evitar a posterior declaração de inconstitucionalidade formal ou mesmo material.

⁵ Para não haver dúvidas, o que se deduz é que existem canais de comunicação lícitos que devem ser mantidos de forma republicana. De maneira alguma, o Direito, as autoridades e os cidadãos podem coadunar com práticas criminosas ou imorais, como a compra de votos.

De forma abreviada, a Constituição estabeleceu o Congresso Nacional como titular do exercício do poder constituinte derivado reformador, portanto, responsável pela alteração de seu texto. Esse processo está previsto, principalmente, entre os artigos 59 e 69, estabelecendo duas regras bem claras: a primeira é que o texto pode ser emendado pelo rito mais complexo, respeitando-se os preceitos previstos no artigo 60⁶; a segunda é que existe um núcleo material irreduzível que não pode ser atacado por propostas legislativas, com a seguinte previsão: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”. (BRASIL, 2020). Esse é o entendimento também firmado jurisprudencialmente, de forma exaustiva,⁷ pelo STF, tal como demonstra o julgado abaixo:

⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 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; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa

⁷ Por ser um julgado de maior tamanho, mas que expressa exatamente nosso argumento, sobre a interpretação do núcleo material irreduzível também apresentamos o seguinte julgado: É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. (...) não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição. (...) É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (...) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um "engessamento" da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado (...). Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restritiva. Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos. Essa via, em lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas "garantias de eternidade", como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento. Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos (...). (...) Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das "garantias de eternidade" somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. (...) Ao se deparar com alegação de afronta ao princípio da divisão de poderes de Constituição estadual em face dos chamados "princípios sensíveis" (representação interventiva), assentou o notável Castro Nunes lição que, certamente, se aplica à interpretação das cláusulas pétreas: "(...). Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do STF. Quero dizer com estas

O STF já assentou o entendimento de que é admissível a ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF). Precedente: [ADI 939](#) (RTJ 151/755). [ADI 1.946 MC, rel. min. Sydney Sanches, j. 29-4-1999, P, DJ de 14-9-2001.] (BRASILa, 2020, p. 1235)

Fora essas previsões clássicas, a Emenda à Constituição nº 45, de 2004, acrescentou o rito de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, o qual, se for seguido integralmente, estabelecerá sua equivalência ao texto constitucional. Dessa maneira, além do texto constitucional, há possibilidade de existirem outros documentos jurídicos no patamar constitucional, como por exemplo o Pacto de Nova York sobre pessoas deficientes e seus anexos. Esse, após passar pelo rito do artigo 5º, §3º, recebeu estatura constitucional.

O processo formal de mudança da constituição deve ser manejado sob a ótica do “devido processo legislativo”, buscando uma interpretação que possibilite a extensão dos direitos e a garantia de manutenção da democracia brasileira. Segundo o professor Canotilho ((2017, p. 1197), “Uma interpretação objetiva, previsível, democrática, vinculada às regras precisas da constituição é o tema do interpretativismo: uma interpretação”.

Um último tópico dessa parte é que além do processo formal de mudança da constituição, há uma maneira informal de adaptação do texto constitucional, parametrizado pelas mudanças que ocorrem na sociedade e pelas interpretações aceitas pelos tribunais. Esse é um ponto de avanço, mas também de tensões, como se apontará a frente.

2 O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma (LOEWENSTEIN, 1986, p. 164). Ela está exposta a variadas condições históricas, políticas, econômicas, comunitárias e, principalmente, se encontra em constante processo de adaptação às mutáveis necessidades de um país. *Le thème des mutations constitutionnelles*

palavras que a enumeração é limitativa como enumeração. (...) A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados" (Rp 94, rel. min. Castro Nunes, *Archivo Judiciário* 85/31, 34-35, 1947). [ADPF 33 MC, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 29-10-2003, P, DJ de 6-8-2004.] (BRASILc, 2020, 1234)

révèle la “constitution vivante”, adaptable, sortie de sa regité consubstantielle pour s’adapter aux necessites du moment (DRAGO, 2013, p.207).

Por reforma de la Constitución entendo la modificación e los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e interncionadas. Y por mutación de la Constitución, entendo la modificación que deja indemne su texto sin cambio formalmente que se produce por hechos que no tienen que acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación. (JELLINEK, 1991, p.7)

O texto constitucional pode ser alterado democraticamente de duas formas: ou pelo exercício jurídico do poder constituinte reformador pelo Congresso Nacional ou por meio de uma mutação constitucional. Como qualquer instituto jurídico, ambos são apoiados e também fortemente criticados. Quanto ao processo formal, vozes se insurgem contra a quantidade de emendas, tendo em vista que já foi ultrapassada a barreira das cem alterações formais ao texto Constitucional.

Também há críticos quanto à utilização da mutação constitucional: *sin embargo, desde entonces este problema sucitó, cada vez más, la atención em la literatura jurídica y así la problemática del concepto de mutación de la Constitución. (DAU-LIN, 1978, p. 107).*

Outro exemplo de opositores da mutação constitucional são Pedron e Bahia (2017) e Negali Neto (2018), sendo que, em ambos, as construções acadêmicas têm-se como base a discussão sobre o voluntarismo do Poder Judiciário e, conseqüentemente, instauração da insegurança jurídica que pode ser desencadeada pelas ações judiciais extremadas.

As críticas a essa forma de mudança da Constituição também podem ser sintetizadas da seguinte forma, amparada pela comunidade acadêmica: *“Ver la mutación constitucional como un problema es característico de aquellos autores que se percatan de la existencia de una disociación ente la norma y la realidad constitucional”.* (URRUTIA, 2000, p.130)

A mutação constitucional é um fenômeno recorrente em países que adotaram Constituição rígida, ou seja, um documento que possui um processo mais qualificado de alteração do que as demais leis – tal como já referido. Portanto, esse fato ocorre em vários países, como demonstra a lição abaixo:

La mutación constitucional como manifestación de las modificaciones no formales subyace, íntegra o en modalidad, bajo otras denominaciones, es lo que en Francia se ha nombrado costumbre constitucional o lo que en Italia se

refiere como modificaciones constitucionales tácitas; podría ser también lo que Lucciola Trajtman Robles¹⁸ denomina “Constitución implícita”, entendida no como la Constitución histórica sino el texto que rige en la realidad y que se aplica efectivamente, al margen de su propia letra. Constitución que, a su parecer, se funda en los valores de la convivencia social, y por tanto se transforma con los cambios sociales. (SAMBRIA; DUENAS, 2016, p. 87).

Um exemplo do cenário histórico e internacional que também pode ser lembrado ocorreu nos Estados Unidos da América, em 1896, com o princípio da igualdade, previsto na 14ª Emenda à Constituição Americana, através da cláusula *equal protection of the laws*. A Suprema Corte estadunidense, interpretando aquele dispositivo, validou a segregação racial oficial no caso *Plessy vs. Ferguson*.

Contudo, em 1954, a mesma cláusula foi utilizada por aquela Corte Constitucional para fundamentar a supressão da segregação racial nas escolas e determinar a integração racial nessas instituições, devido à provocação do caso *Brown vs. Board of Education*. Abriu-se uma extensão hermenêutica para a mesma previsão constitucional.

A mutação constitucional é um processo delicado, no qual ocorre uma interação entre a força normativa do texto constitucional, que condiciona comportamentos, e a necessidade de sua constante acomodação aos novos fatos, advindos de uma sociedade complexa, plural e líquida, como lecionou Bauman (2007). Na linha de pensamento de Arnaldo Godoy,

A interpretação da Constituição é ato político e cultural que revela atividade intelectual pragmática de fortíssimos efeitos na vida institucional. Muito menos do que mera problematização acadêmica, prenhe de maneirismos e de modismos, a interpretação da Constituição é mecanismo que pode fomentar a imaginação institucional, libertando o jurisdicionado da técnica do impasse, que plasma instrumento de manutenção de estruturas dominantes. A interpretação da Constituição é ato de criação, não obstante realizar-se mediante o uso de fórmulas de suposta revelação. Percepção realista do Direito sugere que a interpretação da Constituição seja atitude política, voltada para fins imediatos. (GODOY, 2020, p. 1)

De forma cristalina, “as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico” (COELHO, 2011, p. 180). Portanto, há uma alteração do sentido da norma, sem que haja uma reforma formal.

[...] fica claro que na ocorrência do fenômeno conhecido como Mutação Constitucional, não há mudança na escrita, na semântica, ou grafia do texto constituinte, mas, tão somente, ocorre uma mudança da forma como este é

interpretado pelo órgão responsável pela leitura e interpretação do mesmo. (FREITAS; OBREGON, 2019, p.6)

Elas também são denominadas de mudanças difusas, porque podem ser provocadas por diversos fatores históricos, sociais, políticos ou econômicos ou por algum fenômeno que introduza uma nova concepção valorativa sobre determinado instituto constitucional. Pode ser provocada pelo Executivo, pelo Judiciário ou mesmo pelo Legislativo.

As mudanças difusas, contudo, não possuem uma sistematização doutrinária uniforme e definitiva, mormente no que concerne às suas categorias ou modalidades. Numa palavra, existem diversos critérios salientados pelos autores com o escopo de estudar o fenômeno. (BULOS, 1996, p.30)

Logo, é necessário se reconhecer que a interpretação da Constituição é uma tarefa do dia a dia jurídico, em que poderão ocorrer embates políticos, ideológicos e jurídicos, sendo essa uma tensão própria da democracia. Deve-se ter em mente a lição doutrinária de que “[...] o intérprete, consciente da fragilidade de todos os métodos de interpretação constitucional, deve, na exegese constitucional, utilizar todos os recursos que estiverem ao seu alcance”. (BULOS, 2019, p.453).

[...] as mudanças informais são difusas, inorganizadas, porque nascem da necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais aos fatos concretos, de um modo implícito, espontâneo, quase imperceptível, sem seguir formalidades legais. (BULOS, 1996, p. 26)

Portanto, além do poder constituinte derivado reformador – que é o método formal de alteração da Constituição, de natureza eminentemente jurídica –, há também um instrumento informal, denominado de mutação constitucional, ou seja, o texto permanece o mesmo, mas o sentido se altera devido a mudanças no contexto social.

En la mutación constitucional,[...] se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social e del equilibrio de intereses, sin que quede actualizar dicha transformación em el documento constitucional: el texto de la constitución permanece o intacto. (LOEWENSTEIN, 1986, p. 165).

O entendimento é o de que a alteração interpretativa de algum dispositivo constitucional, sem modificação do texto, é a base da alteração informal, denominada atualmente de mutação constitucional. Conforme a lição de Clêve e Lorenzetto,

A definição de um novo campo semântico, acessado pela interpretação do texto constitucional, pode decorrer de um conjunto de modificações na

realidade ou como resultado do redimensionamento de certas instituições jurídicas.¹⁶ Tais alterações podem ser acompanhadas de novas concepções dos valores éticos e de justiça da comunidade política. (CLÊVE; LORENZETTO, 2015, p.139).

No Brasil, um exemplo de mutação constitucional ocorreu com a interpretação extensiva do artigo 5º, XI, ao prever que a casa é asilo inviolável. A alteração ocorreu na acepção da palavra casa que, para além de seu sentido literal, expandiu-se para qualquer local onde a pessoa possa exigir sua intimidade, estendendo-se a proteção a esse local. Essa extensão foi firmada no Recursos Extraordinário 331,303, julgado pelo STF.

O que se nota nessa jurisprudência do STF é que o texto constitucional permaneceu intacto, mas a interpretação da norma jurídica foi sensivelmente ampliada para contemplar situações que anteriormente não eram abarcadas pelo preceito constitucional. A base para tal foi a intimidade da pessoa, ou seja, em qualquer local onde ele esteja e sobre o qual possa reclamar sua intimidade, incidirá a proteção constitucional. Como exemplo, cite-se o empresário que dorme em seu estabelecimento comercial, quando fechado ao público, ou se hospeda em um hotel.

Outro exemplo que pode ser lembrado é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ, que diz respeito à união homoafetiva, alargando o conceito previsto na Constituição de família. Era uma posição até então entendida como a união de um homem com uma mulher, com base em uma interpretação literal do texto constitucional.

Essa decisão ampliou o espaço interpretativo para novos arranjos familiares, fundamentados no afeto e não na condição sexual dos envolvidos. Essa ampliação gerou diversas repercussões religiosas, sociais e jurídicas, além de demandas previdenciárias, sucessórias e, até mesmo, novos arranjos como o poliamor, gerando tensão entre a doutrina constitucionalista tal como leciona Magalhães Filho (2020).

Por fim, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro convive, com relativa naturalidade, com os métodos de reforma constitucional formal e informal. Comprova-se que a Suprema Corte brasileira, reiteradamente, vem se utilizando da técnica da mutação constitucional, ainda que tal uso cause tensão institucional e também social.

2.1 Limites da mutação constitucional

Como já mencionado, o processo formal de modificação da Constituição brasileira está positivado no próprio texto magno e, virtualmente, não há dúvidas sobre a forma de sua utilização jurídica, principalmente sobre seus limites expressos e implícitos. Até mesmo, seu desvirtuamento pode causar uma declaração de inconstitucionalidade do comando jurídico, ainda em fase legislativa ou quando já editado em desconformidade com as previsões constitucionais.

“Especial interesse vem despertando [...] o estudo das alterações não formais da Constituição, mas que atingem o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional” (FERRAZ, 2015, p.9). Destaque-se que, com a mutação constitucional, há maior margem para imprecisões, até mesmo porque no julgamento liminar das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nºs 43 e 44⁸, analisadas pelo STF, ficou registrado que os limites ao poder constituinte derivado reformador não se aplicam aos processos difusos de alteração da Constituição, ou seja, aos costumes e mutações constitucionais. De forma clara, para o STF, na liminar daqueles julgados, nem mesmo as cláusulas pétreas são limites à atuação da mutação constitucional.

Nessa esteira, há de se perguntar qual ou quais são os limites da mutação constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, admitindo-se que “[...] essa existência cinzenta da mutação constitucional não tem porque perdurar”. (HESSE, 2012, p. 150).

O tema, que preocupa os juristas em geral, assume especial relevo entre os que trabalham com a Constituição, porque, em razão do efeito irradiante da interpretação constitucional, mesmo as leituras não autorizadas do seu se espraiam por todo o ordenamento jurídico e nele provocam estragos, pelo menos até que sejam retiradas de circulação. (COELHO, 2011, p.183)

Assim, o primeiro limite para a utilização da mutação constitucional no contexto jurídico brasileiro é seu confronto com a própria integridade constitucional. Não são possíveis

⁸ Para além das paixões e posições políticas sobre a ADC n. 44, há uma sóbria lição apresentada pelo jurista Lênio Streck, para quem “o primeiro erro decorre do deslocamento do HC do seu juízo natural da turma para o Plenário. Já ali caberia uma ADPF porque foram violados vários preceitos fundamentais pela caneta do ministro Edson Fachin. Todavia, pôr em pauta no Plenário o julgamento de mérito do HC *antes* de se dar a discussão sobre as teses levantadas nas ADCs 43 e 44, foi a pior estratégia possível no sentido de um desgaste institucional. A discussão tornou-se esquizofrênica, uma vez que a tese da possibilidade do cumprimento de pena antecipado após esgotados os recursos no *segundo grau de jurisdição* é o fundamento da decisão do TRF-4 ao decretar a prisão do réu. E, pior, a partir de uma súmula (122) editada à revelia da própria posição do STF”. (STRECK, 2018, p. 3).

interpretações que enfraqueçam a força normativa própria da Constituição, tendo em vista, que ela é, ao mesmo tempo, início democrático e limite de atuação de toda a sociedade, tal como demonstrou Hesse (2013).

Há [...] uma fissura a ser preenchida pelo intérprete da Constituição brasileira, que precisa se redimensionar no processo de sua aplicação. É compreender, interpretar e aplicar a Constituição de modo a aproximá-la da sociedade, o que se faz pela explicação razoável e com linguagem acessível, sobretudo na hora de expor ao mundo as razões que geram esse ou aquele sentido de Constituição. (COELHO; SIMEÃO, 2018, p. 81)

Um segundo limite é a afronta da mutação constitucional aos princípios estruturantes da Constituição, tal como o princípio democrático ou cidadania. Também não é possível aceitar alterações que ataquem o cerne constitucional, como os parâmetros estabelecidos pelos princípios sensíveis que estabelecem as regras básicas da federação brasileira. Isso, pelo simples fato de que tal ação proporcionaria o enfraquecimento da normatividade constitucional e, conseqüentemente, do próprio Estado brasileiro.

[...] o limite pode ser catalogado e definido como um limite decorrente de princípios, ou seja, preso à teleologia constitucional de um Estado. Ele é lógico por impossibilidade criacional. Com efeito, há uma diferença entre dar sentido e criar. A atividade de criar Constituição é privativa do povo, por meio de revolução legítima (democracia direta) ou Assembleia Nacional Constituinte democraticamente eleita e com liberdade de discussão e deliberação (democracia representativa). Assim, o intérprete da Constituição não pode se afastar de tal forma do “Espírito da Constituição” a ponto de criar uma nova Constituição no plano dos fatos. (COELHO; SIMEÃO, 2018, p. 81)

Ainda sobre esse segundo limite, deve-se lembrar que “uma mutação constitucional pode resultar de uma interpretação incorreta da norma constitucional” (HESSE, 2013, p. 155). Nesse ponto, comparando-se os métodos formais com os informais, nos primeiros, há alguma previsibilidade, e nos parâmetros informais, há uma certa insegurança, tendo em vista que a mutação pode vir da vontade da maioria dos membros do STF. Esses, como seres humanos, são falíveis, apesar de integrarem uma corte considerada suprema.

Um terceiro limite apontado por Coelho e Simião (2018) é a aceitação democrática da mutação constitucional pela população. Esse fato é salutar no sentido de que o STF exerce uma função contramajoritária. Além disso, há decisões que têm o condão de contrariar a maioria da população, como o aborto, a aplicação da pena de morte ou mesmo a aplicação da pena de trabalhos forçados. Deve-se reconhecer que

A verdade da Constituição não está em um pântano de relatividade subjetiva. É preciso fazer uma interpretação da Constituição a partir do texto, e não contra o texto, fazendo a mediação do mesmo pelos fatos determinantes do presente. Todas as vezes que esse processo se repete é aceitável um resultado hermenêutico, mas todos terão de estar dentro da razoabilidade. (COELHO; SIMIÃO, 2018, p. 81)

Logo, há de se notar que o processo formal de adaptação da Constituição brasileira está em constante adaptação, deixando poucos espaços para a mutação constitucional. Vale ainda a lembrança de que o processo legislativo é elaborado por meio de consensos (é preciso uma maioria para a aprovação de uma lei), e temas socialmente complexos encontram dificuldade de aprovação parlamentar, haja vista a representação de interesses sociais contrapostos.

Recorde-se que, “no Brasil a mutação é principalmente consciente, comissiva e realizada por órgãos públicos, tendo por pressuposto a prévia interpretação do texto constitucional. Esse tem sido o caminho mais usual para a definição de novos sentidos para a Constituição do Brasil”. (COELHO; SIMEÃO, 2018, p. 81)

O quarto limite apontado pela doutrina é o tempo. Mais uma vez é necessária uma analogia com o processo legislativo constitucional, que tem prazos para a sedimentação das posições sobre determinado assunto ou, em síntese, “A lei é a razão livre da paixão”. (ARISTÓTELES, 2014, p. 243).

Preocupado com a influência do tribunal constitucional na construção das normas jurídicas, construção essa que pode ocasionar um “governo dos juízes”, Garcia leciona: “Na medida em que se acentue o distanciamento das disposições constitucionais, resultando em sua complementação ou correção, intensifica-se a ingerência de ingredientes políticos nas discussões do Tribunal” (GARCIA, 2008, p. 111). Em termos práticos, em um julgamento, há um espaço menor para que se encontre um ponto de equilíbrio. É necessário tempo para a sedimentação dos argumentos utilizados para a alteração informal.

Recorde-se que os tribunais pátrios já decidiram equivocadamente em casos como o dos irmãos Naves, o da deportação para os campos de extermínio de Olga Benário, o da insegurança causada na situação de Cesari Battisti e, recentemente, o da declaração de inconstitucionalidade da prática da vaquejada. Essa última decisão foi rechaçada pelo Congresso Nacional, inclusive, causando o primeiro efeito *backlash*.

Finaliza-se esse limite com uma frase do Ministro Barroso, em sessão do STF: *“O dia que a Constituição for o que os intérpretes quiserem independentemente do texto, nós vamos cair numa situação muito perigosa”* (BRASILc, 2020, p. 4). Ou ainda, de forma mais assertiva:

Em um primeiro momento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal devem se colocar diante de um decurso tempo necessário à alteração de sentido do texto constitucional. A observação se faz necessária pelo tempo de maturação que a Constituição Federal precisa para se adequar a uma transformação social que, modifique as práticas sociais ou estatais e, por meio da alteração de sentido do texto constitucional, evite o distanciamento do disposto no próprio texto com a nova realidade que se impõe.(CLARINI, 2014, p. 108).

Um último limite à mutação constitucional é dissecado por Anna Cândida da Cunha Ferraz, para quem a mutação constitucional pode ser flagrantemente inconstitucional, desde que contrarie os parâmetros constitucionais. Em termos práticos, aduz-se que, como norma jurídica, a alteração difusa também deve ser amparada pelos parâmetros constitucionais, ainda que, segundo já demonstrado, o STF imponha restrições a essa posição acadêmica, com os julgados anteriormente apresentados.

É possível distinguir dois tipos de processos dessa ordem (alterações informais). De um lado, os que mudam a Constituição contra a sua letra ou o seu espírito. Esses são aqui denominados de processos manifestamente inconstitucionais [...]. (FERRAZ, 2015, p. 213).

Por fim, há de se notar que, mesmo de forma mais ampla, o instituto da mutação constitucional também possui limites que devem ser obedecidos, sob pena de desrespeito aos preceitos constitucionais e, principalmente, de uma interpretação equivocada. Essa pode trazer prejuízos para todo o ordenamento jurídico e mais ainda para a sociedade. Reforce-se esse último limite com a afirmação: *“Mutações inconstitucionais são processos informais de violação da carta magna. Elas desbordam o próprio controle de constitucionalidade”*. (BULOS, 2019, p. 439).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, demonstrou-se, de forma sucinta, que houve uma evolução no Estado ocidental que passou do absolutismo para, paulatinamente, subordinar-se às leis. Com a participação popular, atualmente busca-se instaurar o paradigma do Estado Democrático de Direito, calcado na participação cidadã.

Nesse sentido, o documento jurídico fundamental de um país é sua constituição, considerada um instrumento vivo que deve atuar na proteção e na harmonização do país. Porém, em um ambiente complexo como o do Brasil, marcado por profundas diferenças e desigualdades sociais, além de uma persistente crise, é necessário que o texto constitucional seja alterado para não haver distanciamento entre a realidade e a previsão jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro, há duas grandes formas de alteração do texto constitucional: a primeira é o exercício jurídico do poder constituinte reformador pelo Congresso Nacional, que deve seguir integralmente as previsões contidas na norma ápice. Evitam-se, assim, possíveis declarações de inconstitucionalidade; a segunda é por meio de processos informais, principalmente pelo instituto da mutação constitucional.

Foi dito que a mutação constitucional é um processo interpretativo, com raízes históricas e internacionais, no qual se mantém, integralmente, o texto da constituição, mas concebe-se um novo sentido a seu conteúdo normativo. Ou seja, devido ao distanciamento entre a previsão jurídica e a realidade social, há uma adaptação informal, utilizando-se parâmetros hermenêuticos.

Foi demonstrado ainda que o fenômeno da mutação constitucional vem recebendo atenção tanto por parte da comunidade científica, quanto pelo STF que, em variados casos, se utilizou desse instrumento para afinar a posição constitucional com a necessidade social.

Assim, o cerne da discussão é o entendimento de que uma constituição precisa de constantes ajustes que são feitos por meio de reformas ou emendas (ressalvando que já passamos de cem modificações formais, de 1988 até 2020) e, se necessário, também poderão ser efetuadas alterações difusas por meio de costumes ou pela mutação constitucional. O ponto nevrálgico é que todos os processos de acomodação constitucional possuem limites a sua atuação.

Para os processos formais, há parâmetros jurídicos no próprio texto constitucional que estabelecem um limite. Porém, com fulcro em decisões liminares do STF, essa situação não se repete com as mutações constitucionais que têm alcances mais tênues e discricionários.

Outro ponto destacado foi a série de critérios para utilização da mutação constitucional, a fim de que ela não seja declarada inconstitucional ou ainda, de maneira mais danosa, possa causar prejuízos ao ordenamento jurídico e à sociedade. Sinteticamente, os

limites apontados foram: a integridade constitucional, a afronta a princípios estruturantes, a aceitação democrática, o tempo de acomodação da alteração e, por último, a flagrante inconstitucionalidade da interpretação adotada.

Finalmente, considere-se que, no Brasil, o texto constitucional é o cerne do Direito e não pode, portanto, se distanciar da realidade social. Também não pode ser esvaziado por processos de alterações formais e informais, devendo a mutação constitucional ser utilizada dentro dos parâmetros apresentados.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Da reforma à mutação constitucional. **Revista da Presidência da República**, ano 33, n.129, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

_____. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, ed.especial. 2015.

_____. **A nova interpretação Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2003.

_____. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Biblioteca do Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 fev 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988. **DANC**, 5 de outubro de 1988, p. 14380-82. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/53635.htm>. Acesso em: 2 jan 2019.

BRASIL Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2018**. Disponível em:

_____ **Justiça em Números 2019**. Disponível em:

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Lisboa: Almedina, 2017.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo legislativo constitucional**. 4 ed. Salvador: JusPODYUM, 2020.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

_____ **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires; SIMEÃO, Álvaro Osório. Limites da mutação constitucional pela via da interpretação: uma proposta de catalogação e definição. **Revista da AGU**, v. 18, n. 4. p.75-96, 2019.

CLÊVE, Cleverson Merlim LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutações constitucionais e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v.7, n.2, p.136-146, 2015.

DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución**. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1978.

DRAGO, Guilherme. *Les mutations constitutionnelles: notion, types, causes. Essai de classification. Les Mutations constitutionnelles*. Paris: Centre D'Etudes Constitutionnelles et Politiques, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES-LARGO. Antonio Osuna. **El Debate Filosófico sobre Hermenêutica Jurídica**. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1995.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. 2 ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: JusPODYUM, 2019.

FREITAS, Débora Pauli; OBREGON, Marcelo Fernando Ouiroga. A mutação constitucional in casu: breve análise da mutação constitucional do art. 124 da constituição mexicana. **Derecho y Cambio Social**, n.º 55, 2019.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Verbetes: interpretação constitucional**. Disponível em: <https://www.academia.edu/38024660/> VERBETE_INTERPRETA%C3%87%C3%83O_CONSTITUCIONAL. Acesso em: 20 fev 2020.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do Direito: Kant e Kelsen**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

HABERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Ciudad México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1991.

_____. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o Direito**. 11 ed. Rio de Janeiro: 2007.

JELLINEK, G. **Reforma e mutación de la constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOEWNSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1986.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. A INCONSTITUCIONALIDADE DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO “HOMOAFETIVA” COM A UNIÃO ESTÁVEL. In. PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos; (Orgs). **Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF**. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAZOTTI, Marcelo. **As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei**. São Paulo: Manole, 2010.

MEGALI NETO, Almir. A relativização do princípio da presunção de inocência a partir da mutação constitucional do habeas corpus n. 126.292. **Revista de Ciências do Estado**, v. 3, n. 2, 2018.

PEDRO, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. **Crença da mutação constitucional, aplicada pelo STF, é equivocada.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>. Acesso em: 20 fev 2020.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2018.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANABRIA, José Luis Leal; DUENAS, Carlos Cerda. La mutación constitucional del principio de no intervención. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n.35, 2016.

SANCHES, Luis, Recasens. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho.** Ciudad México: Porrúa, 1973.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Mutação constitucional e realidade social brasileira: como aproximá-las? **Temas de jurisdição constitucional e cidadania: linguagem, racionalidade e legitimidade das decisões judiciais.** Alvaro Luis de A. S. Ciralini. Brasília: IDP, 2014, v.2.

WILEMANM Mariana Montebelo. Constitucionalismo democrático, *backlash* e resposta em matéria constitucional no Brasil. **RDB**, ano 11, n. 40, 2013.

URRUTIA, Ana Victoria Sánches. **Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución.** Una aproximación al origen del concepto. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32740-1.pdf>. Acesso em: 20 fev 2020.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.