

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**(IR)REDUTIBILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUA
MUTABILIDADE**

Lucas Octávio Noya dos Santos

Presidente Prudente/SP

2014

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**(IR)REDUTIBILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUA
MUTABILIDADE**

Lucas Octávio Noya dos Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Ms. Marcelo Agamenon Goes de Souza.

Presidente Prudente/SP

**(IR)REDUTIBILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUA
MUTABILIDADE**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Marcelo Agamenon Goes de Souza

Examinador: Sérgio Tibiriça Amaral

Examinador: Márcio Agamenon Goes de Souza

Presidente Prudente/SP, 07 de novembro de 2014.

“E quando o Filho do homem vier em sua glória, e todos os santos anjos com ele, então se assentará no trono da sua glória; E todas as nações serão reunidas diante dele, e apartará uns dos outros, como o pastor aparta dos bodes as ovelhas; E porá as ovelhas à sua direita, mas os bodes à esquerda. Então dirá o Rei aos que estiverem à sua direita: Vinde, benditos de meu Pai, possuí por herança o reino que vos está preparado desde a fundação do mundo; Porque tive fome, e destes-me de comer; tive sede, e destes-me de beber; era estrangeiro, e hospedastes-me; Estava nu, e vestistes-me; adoeci, e visitastes-me; estive na prisão, e foste me ver. Então os justos lhe responderão, dizendo: Senhor, quando te vimos com fome, e te demos de comer? ou com sede, e te demos de beber? E quando te vimos estrangeiro, e te hospedamos? ou nu, e te vestimos? E quando te vimos enfermo, ou na prisão, e fomos ver-te? E, respondendo o Rei, lhes dirá: Em verdade vos digo que quando o fizestes a um destes meus pequeninos irmãos, a mim o fizestes.”

(Matheus 25:31-40)

“O medo é do tamanho que ‘a gente’ faz.”

Eutímia Paulo dos Santos

Dedico este trabalho aos meus pais, minha irmã e meu sobrinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que me dá vida, força e sabedoria para atravessar os caminhos mais difíceis. Ao meu avô José Elias dos Santos (*in memoriam*), o homem mais sábio que conheci e que me inspirou em sua humildade. À minha avó Eutímia Paulo dos Santos, que mesmo acamada, resguarda humildade e sabedoria, e me ensina a ter coragem e perseverança. Aos meus pais, por me darem apoio, carinho e a direção do rumo certo. A minha irmã Letícia Noya, que acreditou em mim quando nem mesmo eu acreditava. Ao meu sobrinho, que me proporciona os momentos mais felizes da minha vida. Ao meu amigo, orientador e mentor Marcelo Agamenon Goes de Souza e a Guiomar Goes, sem os quais jamais teria chegado a cursar o 4º ano da graduação. Aos demais amigos e familiares que, de forma coadjuvante, me auxiliam no cotidiano a entender o mundo jurídico e sua razão de ser.

RESUMO

O estudo faz uma análise entre a relação entre a rigidez constitucional, o controle de constitucionalidade, irreducibilidade das normas constitucionais e as novas formas de modificação da Constituição. Perguntas como “o que é uma Constituição Rígida?”, “qual é a relação entre a irreducibilidade das normas constitucionais e a classificação da Constituição quanto à sua mutabilidade?” e “quais os efeitos da rigidez constitucional no controle de constitucionalidade?” foram as premissas norteadoras do presente estudo.

O trabalho norteia-se no campo da relação entre a mutabilidade constitucional e o controle de constitucionalidade, chegando a afirmativas muito produtivas no sentido de que muito embora a classificação Constitucional quanto à sua mutabilidade seja tratada como sendo um tema didático, é necessário destacar que há uma estreita relação entre a mutabilidade da Constituição e o controle de constitucionalidade de forma que, quanto mais rígida, mais acirrado deverá ser controle de constitucionalidade.

Delimitadas as relações entre a mutabilidade da constituição e o juízo de adequação das Leis às normas constitucionais, podemos perceber que a influência do princípio da rigidez constitucional começa a criar determinados fenômenos constitucionais que põem em xeque a função dos três poderes da República Federativa do Brasil. Eis que, fácil é perceber os constantes intentos do Poder Legislativo, por exemplo, contra o Poder Judiciário, quando lemos a exposição de motivos da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011, que determina a submissão das decisões do Supremo Tribunal Federal à deliberação do Congresso Nacional.

Por outro lado, as súmulas vinculantes, como a nº 25, por exemplo, são diversas vezes questionadas tanto pela doutrina, como pela jurisprudência e até mesmo pelos parlamentares.

Com este intuito, a pesquisa deparou-se com fatos singulares e promissores que podem envolver o estudo da sociedade e a mutabilidade da constituição de maneira informal, como é o fenômeno da mutação constitucional. Conclui-se portanto, que a Constituição como uma norma viva que acompanha a evolução da sociedade torne a modificação informal da Constituição algo constante.

Palavras-chave: Rigidez Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Mutação Constitucional. Hermenêutica Constitucional.

ABSTRACT

The study is an analysis of the relationship between constitutional rigidity, control of constitutionality, irreducibility of constitutional norms and the new ways of altering the constitution. Questions like "What is a Rigid Constitution?", "What is the relation between the irreducibility of constitutional norms and the classification of the Constitution as to its mutability?" And "what are the effects of constitutional rigidity in control of constitutionality?" Were guiding assumptions of the present study.

The work is guided in the field of constitutional relationship between mutability and control of constitutionality, reaching very productive affirmative in the sense that although the Constitutional classification as to their mutability be treated as a didactic theme, it is necessary to emphasize that there a close relationship between the changeability of the Constitution and constitutional adjudication so that the more rigid, should be tougher control of constitutionality.

Defined relations between the changeability of the constitution and the judgment of suitability of Laws constitutional norms, we can see that the influence of the principle of constitutional rigidity begins to create certain constitutional phenomena that call into question the role of the three branches of the Federative Republic of Brazil. Behold, it is easy to realize the constant attempts of the legislature, for example, against the judiciary, when we read the Explanatory Memorandum to the Proposal for a Constitutional Amendment No. 33/2011, which requires the submission of the decisions of the Supreme Court for deliberation the National Congress.

On the other hand, the binding precedents, such as No. 25, for example, are repeatedly questioned both by doctrine and the case law and even by parliamentarians.

With this objective, the research was faced with natural and promising facts that may involve the study of society and the mutability of the constitution in an informal way, as is the phenomenon of constitutional mutation. It is therefore concluded that the Constitution as a living standard that follows the evolution of society become the informal amendment of the Constitution something constant.

Keywords: Constitutional Rigidity. Judicial Review. Constitutional mutation. Constitutional hermeneutics.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DAS CONSTITUIÇÕES	13
2.1 Conceito	13
2.2 Origem e Evolução Histórica	15
2.3 Classificações Gerais das Constituições	16
2.3.1 Quanto à forma	17
2.3.2 Quanto à origem	18
2.3.3 Quanto à extensão	19
2.3.4 Quanto à mutabilidade	19
3 MUTABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	24
3.1 Princípio da Rigidez Constitucional	25
3.1.1 Conceito	26
3.1.2 Da positivação no ordenamento jurídico brasileiro	27
3.1.2.1 Processo legislativo da proposta de emenda constitucional	28
3.1.2.2 Processo legislativo do projeto de lei	31
3.2 Relação entre Cláusulas Pétreas e a Mutabilidade da Constituição	33
3.2.1 Confusão entre mutabilidade e procedimento de reforma	34
4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	36
4.1 Evolução Histórica	37
4.2 Conceito	40
4.3 Controle Preventivo e Repressivo de Constitucionalidade	41
4.4 Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade	43
4.5 Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade	46
5 EFEITOS DA IRREDUTIBILIDADE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	49
5.1 Relativização da Tripartição dos Poderes ante a Rigidez Constitucional	50
5.2 Mutação Constitucional como Forma de Poder Constituinte Derivado	52

5.2.1 Poder constituinte.....	52
5.2.2 Espécies de poder constituinte.....	53
5.2.3 Mutação constitucional.....	57
5.2.3.1 Conceito e características	57
5.2.3.2 Elementos da mutação constitucional	60
5.2.4 A mutação constitucional e a tripartição dos poderes	61
5.2.4.1 Ativismo/positivismo judicial e o controle de constitucionalidade	64
5.3 Mutação Constitucional e os Efeitos Vinculante e Erga Omnis	66
6 CONCLUSÃO	68
BIBLIOGRAFIA	71

1. INTRODUÇÃO

Na iminência da aprovação de um Projeto de Emenda à Constituição que prevê a submissão das decisões do Supremo Tribunal Federal que dizem respeito ao Controle de Constitucionalidade ao Congresso Nacional, começamos a nos questionar se o Princípio da Tripartição dos Poderes está sendo ferido por este ou aquele órgão estatal.

Diariamente, os operadores do Direito questionam-se se determinado dispositivo ou norma é ou não constitucional. Isto devido a um complexo sistema normativo que rege a vida em sociedade o que, por consequência, leva diariamente questões em sede de controle de constitucionalidade à Suprema Corte do país.

Diante deste panorama, o presente trabalho teve como objetivo principal contextualizar o Controle de Constitucionalidade ao Princípio da Rigidez Constitucional de forma a deixar inequívoca a principal finalidade daquele instituto.

A priori, a pesquisa buscou conceituar o instituto da Constituição e o que ela representa para todo o ordenamento jurídico e, em seguida, propôs uma análise criteriosa acerca da origem e evolução histórica tendo, ao final do segundo capítulo um panorama geral dos métodos de classificação das constituições.

Ainda no capítulo inicial, o trabalho expôs de forma concisa e pragmática um estudo de um ponto específico, que é a classificação das constituições na Teoria da Constituição. Tal estudo se deu de forma linear sem adentrar, portanto, na classificação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, observando que este tópico é um dos pontos principais da linha de pesquisa.

Utilizando-se de pesquisa bibliográfica a partir da qual se pode notar a grande divergência doutrinária que envolve a classificação da Constituição brasileira de 1988 especificamente quanto à sua mutabilidade, o capítulo seguinte pôs em xeque todas as afirmações sobre a didática de classificação da Constituição atual, bem como a própria razão de ser das classificações.

Seguindo essa linha de raciocínio, o presente estudo aduziu sobre a classificação real da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 perpassando pelo conceito do Princípio da Rigidez Constitucional, sua origem histórica de forma breve e sua disposição legal dentro da vigente Lei Magna.

Dissociar os limites materiais expressos ao poder de modificação formal da constituição da mutabilidade das normas constitucionais proporcionou à pesquisa a capacidade de estabelecer os critérios de classificação de forma clara, bem como, trouxe ao trabalho a possibilidade de levar ao campo da hermenêutica constitucional a relação entre as cláusulas pétreas e a mutabilidade da Constituição e mostrou os reflexos dessa associação no ordenamento jurídico.

No mais, pôde-se observar que o conteúdo político contido dentro da Constituição, tendo em vista a discussão aberta por José Afonso da Silva em sua obra Aplicabilidade das Normas Constitucionais foi de extrema relevância para a construção do raciocínio teórico da pesquisa.

A posteriori, o presente trabalho propôs uma análise acerca do Controle de Constitucionalidade, estudando sua evolução histórica, seu conceito, e suas várias formas de se exteriorizar no mundo jurídico, estabelecendo um parâmetro inicial que é a classificação quanto ao momento do exercício e quanto ao órgão que o exerce.

Com isto, foi possível estabelecer a utilização do controle preventivo e repressivo pelo ordenamento jurídico do Brasil, bem como os dois sistemas de

controle difuso e concentrado, quais sejam, o sistema norte americano e sistema austríaco de controle de constitucionalidade.

Encerrando o quarto capítulo, o trabalho se propôs a situar brevemente o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, suas peculiaridades e similaridades em relação ao sistema norte americano e sistema austríaco, bem como a análise e resolução de situações hipotéticas que poderiam gerar complicações ao Supremo Tribunal Federal se concretizadas.

No quinto e último capítulo do desenvolvimento, a pesquisa concentrou-se em estabelecer um dos principais efeitos causados pela inter-relação do princípio da rigidez constitucional com o controle de constitucionalidade adotado pelo sistema brasileiro, que gera a irredutibilidade das normas constitucionais, materializando-se, especificamente, na hermenêutica constitucional, criando o chamado fenômeno da mutação constitucional que é tido como um poder de reforma informal dado ao intérprete da Constituição.

O trabalho, neste capítulo, teve como principal objetivo a análise crítica das formas de modificação da constituição, em especial o processo de mutação constitucional, e sua crescente manifestação na jurisprudência brasileira.

Para tanto, foi necessária a dissociação entre a reforma constitucional e a mutação constitucional, comparando tal instituto aos meios ordinários de reforma de modo a expor suas convergências e divergências, atentando para a crescente e polêmica questão que é a chamada interferência e consequente violação do Princípio da Tripartição dos Poderes.

No início do capítulo, a pesquisa apresenta de forma substancial, mas contundente, a conceituação, a partir das várias teorias filosóficas historicamente reveladas, da forma a partir da qual emana a Constituição, que é o principal meio de estruturação do Estado.

Partindo-se desse estudo, inobstante saber que a Constituição foi criada para perdurar, e percebendo que é preciso que as normas constitucionais acompanhem a evolução da sociedade, o trabalho passou a analisar, particularmente, o instituto da mutação constitucional, seus conceitos, elementos e características.

Em uma análise da atual jurisprudência da Suprema Corte do Brasil, constatou-se que o referido instituto está presente no Direito brasileiro.

Por fim, no sexto capítulo, o autor estabeleceu seu ponto de vista acerca de todo o trabalho desenvolvido, bem como pontuou as constatações às quais chegou o presente trabalho.

Na realização da presente pesquisa na modalidade bibliográfica, foi utilizado o método indutivo na medida em que as variáveis surgiram no terceiro e quarto capítulo, chegando-se ao resultado que é um dos reflexos da relação entre controle de constitucionalidade e mutabilidade da constituição: a irreduzibilidade das normas constitucionais como um fenômeno amplo, e sua correlação com a mutação constitucional.

2. DAS CONSTITUIÇÕES

Para conceituarmos o instituto ora em pontual análise, precisamos estabelecer algumas premissas a partir das quais se pode delinear o objeto do presente estudo.

Devemos deixar claro, contudo, o fato de que esse estudo não está diretamente ligado à análise da essência sociológica ou não da constituição como um instituto estruturador da própria sociedade.

Porém, alguns apontamentos nesse sentido são, em síntese, essenciais para o completo desenvolvimento do presente trabalho.

Algumas questões que se transformam em verdadeiros dilemas devem servir de principal norteador ao presente capítulo. Então, o que é uma constituição? Qual é a sua natureza jurídica? Qual é a sua finalidade?

A importância dessas perguntas se dá a partir do momento em que se esclarece que a partir delas é que se estrutura toda a interpretação normativa da constituição.

2.1. Conceito

A constituição, do latim *constituire*, antes de tudo, é um fruto da criação humana para reger a si mesmo.

Então, quase como uma percepção artística da obra “constituição”, é possível vislumbrar o reflexo da vontade humana esculpido nesse instrumento de

regramento da sociedade, dando vida ao que conhecemos por Interpretação Teleológica das normas constitucionais.

Basta imaginarmos que um homem médio está para assinar um determinado documento. Se esse homem tem um acesso de raiva, a assinatura sairá mais expressiva, com mais intensidade, enquanto que se estiver com medo, sua assinatura sairá trêmula e assim por diante.

Com isso, podemos perceber que a Constituição refletirá em suas normas os sentimentos de seu criador no momento de sua criação. Em outras palavras, a constituição trará em seu arcabouço jurídico as normas que condizem com determinados ideais políticos do Legislador em certo momento da história.

A partir daí, podemos conceituar a constituição como sendo um instrumento fruto de ideais políticos que estrutura o convívio da sociedade no momento em que passa a ser aplicável (BULOS, 2007, p. 27).

Dessa forma, a Constituição irá refletir em suas normas o contexto histórico ao qual o Legislador Constitucional estará inserido.

Assim sendo, antes de auferir os reflexos normativos da Constituição de 1988, sua mutabilidade e interpretação, necessária é contextualização da Constituição como instrumento normativo em sua origem e evolução histórica.

Eis então que, no próximo subitem, far-se-á um breve estudo que se mostra relevantíssimo na medida em que, conhecendo a história da Constituição de 1988, será possível auferir ao certo a contextualização normativa.

2.2. Origem e Evolução Histórica

Devemos ter em mente que nenhum doutrinador se arrisca pontuar qual a primeira constituição do mundo. Contudo, podemos vislumbrar o que seriam períodos constitucionais que nos ajudam a compreender o possível surgimento do estudo constitucional e da constituição propriamente dita.

Muito antes da *Magna Charta Libertatum*, de 1215, já se pensava na Constituição como algo que constituiria um determinado corpo normativo que regeria a vida em sociedade, filosoficamente seremos remetidos a um passado no qual Platão, em sua obra *A República*, preconizaria como sendo a Constituição dos antigos.

Tal fenômeno é explicado por Guilherme Peña de Moraes (2012, p. 58-59) como sendo um instituto dotado de toda moral e ética aos moldes da época, 427 a. C., de tal forma que, se fosse concebida de forma violenta se afastaria completamente dos ideais propostos por Platão, logo, não seria uma Constituição.

Ainda nos ensinamentos de Moraes, posteriormente as sociedades começa a elaborar o que é conhecido por Constituição Medieval, inspirada nas escolas de filósofos como Tomás de Aquino, Marcílio de Pádua e Henry Bracton.

Nesse período, tinha-se por constituição aquele instrumento que institucionalizaria o poder público voltado exclusivamente para a satisfação da ordem do príncipe.

Percebemos então, que a constituição teria evoluído ao ponto de solidificar as ideias filosóficas em um instrumento político. Contudo, por vezes relutamos a perceber a semelhança entre a Constituição e este determinado

instrumento político, haja vista que os ideais neles impressos muito mais se parecem com os ensinamentos de Nicolau Maquiavel, em sua obra *O Príncipe* (2008, p. 48).

Por fim, Guilherme Peña de Moraes estabelece uma outra “geração de constituições” tida como Constituição dos Modernos, que, por sua vez, quando assimilada à atual Constituição se assemelhará aos ideais preconizados por John Locke, Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau.

Tal pesquisa histórica elaborada por Guilherme Peña de Moraes nos parece muito adequada, tendo em vista que, quando a confrontamos aos ensinamentos de André Ramos Tavares (2012, p. 86), podemos perceber que há um silogismo entre a análise da primeira constituição e das suas sucessoras, pois, em seu estudo, Tavares sinalizava algo chamado de *constitutiones principum*, que, embora seja um conjunto de leis assinadas pelo imperador, não seria o instrumento que hoje estabelece as normas de estruturação do Estado.

2.3. Classificações Gerais das Constituições

Didaticamente, a doutrina estabelece uma série de classificações para as constituições contemporâneas para que seu estudo seja mais produtivo.

Contudo, este estudo se atém àquelas classificações que realmente influenciarão de alguma forma no resultado da pesquisa.

Dessa forma, teremos as classificações das constituições quanto a sua forma, origem, modo de elaboração, mutabilidade e extensão.

2.3.1. Quanto à forma

Essa classificação leva em consideração a formalidade por meio da qual se utiliza o legislador constitucional para criar o instrumento estruturador do Estado.

Nesse âmbito, as constituições podem ser escritas (ou instrumentais) ou não escritas.

Como a própria nomenclatura sugere, as constituições escritas são aquelas em que as normas, regras e princípios constitucionais estão todos relacionados e redigidos.

A nossa Constituição Federal de 1988 é classificada como uma constituição escrita.

Por outro lado, temos as constituições não escritas, as quais são criadas a partir dos costumes, legislações esparsas e jurisprudência.

Doutrinadores como Luis Roberto Barroso (2009, p. 80) e Kildare Gonçalves Carvalho (2004, p. 195), elencam as Constituições da Inglaterra, Iraque e Nova Zelândia como sendo não escritas, atualmente não podemos fazê-lo com tranquilidade, pois, segundo Alexandre de Moraes (2012, p. 08) e Jorge Miranda (1990, p. 126), a atual Constituição inglesa não pode mais ser considerada como sendo não escrita, vez que está bem delineada em um único documento.

2.3.2. Quanto à origem

Sob este prisma, as constituições podem ser classificadas a partir da origem, ou seja, o processo pelo qual passa o Legislador Constitucional.

Neste caso, existirão as Constituições promulgadas ou democráticas, e as constituições outorgadas.

As Constituições promulgadas são criadas a partir de um processo democrático em que o povo de determinado Estado elege seus representantes no que será chamada de Assembleia Constituinte e a ela conferirá o poder constituinte originário.

No Brasil, nós temos como referência de constituições democráticas as de 1891, 1934, 1946 e 1988.

Já as Constituições outorgadas são aquelas que são elaboradas sem a participação do povo, por imposição do regime ao qual o país é adepto, como é o caso das Constituições brasileiras de 1824, 1937, 1967 e a de 1969.

Existem também as Constituições chamadas “cesaristas” as quais não são completamente outorgadas, mas também não são completamente promulgadas. O que ocorre, na verdade, é que essas constituições são criadas sem a participação popular e, só após a sua elaboração, são submetidas a referendo popular, o que daria a falsa sensação de que representa-se a vontade da população.

2.3.3. Quanto à extensão

Quando falamos em classificara as constituições conforme a sua extensão, devemos levar em consideração, como a própria nomenclatura sugere, a extensão de suas normas.

As Constituições podem ser classificadas como sendo analíticas (ou de conteúdo formal) e sintéticas (ou de conteúdo material).

Aquelas que são tidas como sintéticas são as constituições que carregam em seu arcabouço normativo apenas as regras que dizem respeito à estruturação do Estado e nada mais, como ocorre com a atual constituição dos Estados Unidos e do Estado do Vaticano.

Por outro lado, temos as Constituições analíticas, nas quais o Legislador não se absteve somente às normas de estruturação do Estado, incluindo em sua carta todas as normas possíveis, tendo como principal exemplo dessa classe de constituições, nós temos a atual Constituição Federal de 1988.

2.3.4. Quanto à mutabilidade

Essa classificação, em especial, talvez seja a mais relevante para o desenvolvimento deste trabalho, por isso, deve ser analisada mais atentamente.

Pode-se falar em três espécies de constituições, sendo, flexíveis, rígidas e semirrígidas ou semiflexíveis.

Nesse contexto, Alexandre de Moraes (2012, p. 10) explica que “por sua vez, as constituições *flexíveis*, em regra não escritas, excepcionalmente

escritas, poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário”. Entendemos que este fato coloca em risco o próprio processo democrático e as bases da estrutura do Estado.

Ainda no mesmo raciocínio, Pedro Lenza (2013, p. 92) categoricamente afirma que,

(...) em se tratando de **constituição flexível**, não existe hierarquia entre constituição e lei infraconstitucional, ou seja, uma lei infraconstitucional posterior altera texto constitucional se assim expressamente o declarar, quando for com ele incompatível, ou quando regular inteiramente de que tratava a Constituição.

Dessa forma, verificamos que tal modelo de constituição abre um precedente perigoso para a reforma constitucional que visa menosprezar, não apenas os direitos fundamentais, mas também a democracia como um todo. Logo, constatamos que a Constituição Federal de 1988 não se amolda a esta classificação, pois, não há no seu corpo nenhum de seus dispositivos que possa ser alterado pelo modo simples de Lei Ordinária, mesmo aquelas normas não consideradas de Direito Constitucional.

É importante explicar que nem todos os dispositivos existentes em nossa Constituição são normas de **DIREITO** constitucional, qual seja, não tratar de regra de estruturação do Estado, e.g., aquela elencada no §2º do artigo 242 que diz “*O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.*”

Mesmo nestes casos, a alteração de referido dispositivo somente pode ocorrer pelo sistema rígido descrito no artigo 60 da Constituição Federal. Assim, sejam de DIREITO CONSTITUCIONAL (regras de estruturação do Estado) ou NÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL (não trata de regra de estruturação do Estado) a forma de alteração do dispositivo será o mesmo.

Então, sendo que as normas constitucionais podem ser alteradas pela legislação ordinária, isso influirá diretamente no processo de controle de constitucionalidade. Por exemplo, temos a Constituição Italiana de 1848, conforme lição de Guilherme Peña de Moraes (2012, p. 71):

A segunda é a mudável por processo legislativo ordinário, em decorrência do exercício do poder constituído, de modo que as eventuais colisões entre normas constitucionais e normas legais são solucionadas pelo critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), tal como a Constituição italiana de 1848.

Desta feita, as constituições flexíveis são destituídas de qualquer controle de constitucionalidade acirrado, seja ele difuso ou concentrado.

Já as Constituições rígidas, são aquelas em que o Legislador Constituinte previu um complexo processo legislativo no tocante a reforma formal das normas constitucionais.

Em quase que total contraponto às constituições flexíveis, as constituições rígidas são aquelas em que suas normas somente podem ser emendadas por processo legislativo único, específico e exclusivo, sejam normas de direito constitucional ou não.¹

Conforme estabelece Walber de Moyra Agra (2002, p. 36), “*É aquela que exige um procedimento mais dificultoso para a sua modificação do que o exigido para as normas infraconstitucionais.*”

No caso das constituições rígidas, existem dois processos legislativos diferentes, em que, quando se trata de reforma formal das normas constitucionais

¹ Há que se observar que o Brasil não adota a Teoria Alemã quanto a possibilidade de se reconhecer como inconstitucionais texto original de uma Constituição, qual seja, normas constitucionais inconstitucionais. Todavia, isto deve ser observado com ressalvas em relação as Constituições dos Estados Federados (Poder Constituinte Decorrente – artigo 11, *caput* do ADCT).

nós temos uma complexidade maior, enquanto que quando se trata de alteração da norma legal (infraconstitucional), seu processo legislativo se mostrará mais simples.

Como exemplo vivo de Constituição rígida temos a atual Constituição da República Portuguesa (Lei Constitucional nº 1/2005, de 12 de agosto), que em seus artigos 284 e 285 estabelecem uma votação de dois terços dos deputados para aprovação de iniciativa de revisão e, posteriormente, uma segunda votação de quatro quintos para a reforma formal da Constituição, bem como pode ser verificado em seu artigo 286º, item 1².

Outros exemplos podem ser citados, a Constituição Política da Colômbia, de 1991, que especifica no artigo 375³ e a Constituição da Nação Argentina, de 1853, em seu artigo 30⁴.

A atual Constituição dos Estados Unidos da América estabelece que, para a reforma formal da Constituição, é necessário que, no mínimo dois terços dos membros dos órgãos legislativos proponham um projeto de emenda à constituição e, só então, submetida à aprovação mínima de três quartos dos entes federados.

Por último, mas não menos importante, temos as constituições semirrígidas ou semiflexíveis, que são aquelas que estabelecem dois processos legislativos distintos para reformar formalmente a mesma Constituição, devendo observar-se apenas que o processo mais complexo é reservado àquelas normas de

² Artigo 286.º - (Aprovação e promulgação)

1. As alterações da Constituição são aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções.

³ Artículo 375. Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.

El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. *Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara.* (grifo nosso)

En este segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.

⁴ Artículo 30 - La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. *La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuara sino por una Convención convocada al efecto.* (grifo nosso).

núcleo rígido das normas de estruturação do Estado, enquanto que o outro processo se dá para aprovação de emendas às normas que não são consideradas como de Direito Constitucional.

Para melhor explicar, nos socorremos da classificação das constituições quanto à sua extensão, pois, como dito no tópico anterior, existem constituições que são feitas puramente de normas que dizem respeito à estruturação do Estado, enquanto que existem outras constituições que mesclam as normas de estruturação do Estado com outras não tão relevantes assim.

Neste contexto, a classificação de Constituição semirrígida ou semiflexível resguarda mais afinidade às constituições de conteúdo formal, o que ocorre, por exemplo, com a Constituição Política da República do Chile, de 22 de setembro de 2005.

Quando combinados os artigos 66 e 127⁵, a Constituição chilena especifica de forma clara procedimentos diferentes para alteração de determinados assuntos, como por exemplo, os assuntos relacionados a Bases da Instituição, dos Direitos e Deveres Constitucionais, do Tribunal Constitucional, sobre as Forças Armadas, a Ordem e a Segurança Pública, sobre a Segurança Nacional, necessitará de aprovação da terça parte dos Deputados e Senadores em exercício enquanto que as demais matérias serão aprovadas por três quintos.

Isto posto, é necessário entender a discussão que se estabeleceu na doutrina moderna e sua razão de ser quando se trata da classificação da atual Constituição brasileira de 1988 quanto à sua mutabilidade.

⁵ Artículo 127. Los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 65.

El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. ***Si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VII, XI, XII o XV, necesitará, en cada cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.*** En lo no previsto en este capítulo, serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley, debiendo respetarse siempre los quórum señalados en el inciso anterior. (grifo nosso)

3. MUTABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Após a análise dos exemplos de classificação de constituições quanto a sua mutabilidade e as diferenças entre elas, passamos a analisar a pátria Lei Magna.

A luz de um primeiro contato com a norma disposta no art. 60, em seu §3º, da Constituição Federal⁶, diremos que ela é rígida, por estabelecer um criterioso e dificultoso processo legislativo no que concerne às Emendas Constitucionais e em concordância com Paulo Bonavides (2003, p. 83), Pedro Lenza (2013, p. 92) e Walber de Moura Agra (2002, p. 36). Entretanto, ao olharmos cuidadosamente o §4º do mesmo dispositivo legal⁷, as chamadas Cláusulas Pétreas, percebemos que, dentro das normas constitucionais, existem outras normas que são imutáveis, ou seja, não podem ser alteradas sob um ângulo.

Por esse prisma, Alexandre de Moraes (2012, p. 10) classifica a Constituição Federal de 1988 como sendo “*super-rígida*, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4ª – cláusulas pétreas).”

Contudo, ao analisarmos o atual art. 5º, §2º da Constituição Federal⁸, entraremos em um embate, visto que não se pode reduzir os direitos e garantias ali expostos, todavia se pode ampliá-los, com Tratados Internacionais ou outras normas na própria Constituição originária ou ainda em Emendas Constitucionais.

⁶ Art. 60.....
 § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

⁷ Art. 60.....
 § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

⁸ Art. 5º.....
 § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Com isto, se percebe ser um erro dizer que as cláusulas *pétreas* não admitem emenda constitucional. É certo que admitem sempre que o legislador buscar ampliar estes direitos, como, por exemplo, ocorreu com a inclusão de direitos/garantias junto ao *caput* do artigo 6º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 64/2010.

Então, por essa linha de raciocínio, mais correto seria dizer que a Constituição Federal de 1988 repousa entre as super-rígidas e rígidas, conforme entendimento de André Ramos Tavares (2012, p. 96) “Rigorosamente falando, a Constituição brasileira de 1988 seria exemplo de Constituição super-rígida e rígida, concomitantemente”.

Logo, ao expor a corrente situação, percebemos que a Constituição Federal brasileira é um modelo diferenciado das classificações expostas até então, se fazendo de maior importância a sua guarda.

Contudo, devemos fazer uma análise mais a fundo para chegar à uma conclusão mais concreta.

3.1. Princípio da Rigidez Constitucional

Se analisarmos o princípio da rigidez constitucional como sendo algo criado pela Constituição Federal de 1988 e que só pode ser estudado conjuntamente com a própria constituição, chegaremos à falsa percepção de que este instituto depende da existência da Lei Magna de 1988.

Para não incorrer neste equívoco, antes de dizer que a Constituição Federal de 1988 é ou não classificada como rígida, devemos conhecer o instituto do princípio da rigidez constitucional com certa independência, para, só então, concluirmos se ele se aplica ou não à Constituição Federal de 1988.

3.1.1. Conceito

O princípio da rigidez constitucional é um vetor muito importante para a concretização e efetivação do controle de constitucionalidade sendo que este vive para servir àquele.

Se observarmos o que diz Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 92), “Rígidas são as constituições que preveem processo legislativo solene e mais rigoroso para a modificação de suas normas”.

Dessa forma, o princípio da rigidez constitucional estaria ligado às normas que regem o processo de alteração formal da Constituição. Basta, dessa forma, que se estabeleça um processo mais rigoroso para alteração formal das normas constitucionais.

Contudo, André Ramos Tavares (2012, p. 95) afirma que

A Constituição flexível prevê, para si alteração, processo legislativo idêntico ao da lei ordinária. Esta, por ser posterior, revoga a Constituição Federal que lhe seja contrária. Assim, o processo da emenda constitucional é igual ao da feitura das leis ordinárias. Não há, em síntese, maiores formalidades na alteração da Constituição do que para a alteração das leis.

Sendo assim, então o Controle de Constitucionalidade seria quase que inexistente em tais sistemas constitucionais.

No sentido inverso, se uma Constituição é rígida, então o seu controle de constitucionalidade será bem mais acirrado em relação às Constituições flexíveis. Logo, não faria sentido haver um controle de constitucionalidade para proteger as normas constitucionais flexíveis.

Agora, quando falamos em uma Constituição rígida, ainda que, expressamente se diga rígida, se suas normas Constitucionais não forem guarnecidas por um poderoso sistema de controle de Constitucionalidade, aconteceria o fenômeno da flexibilização das normas constitucionais rígidas.

Assim, podemos dizer que o princípio da rigidez constitucional é o princípio que, por meio de um processo legislativo mais complexo para alteração de suas normas constitucionais e de um controle de constitucionalidade intensivo, mantém a estabilidade inicial da Constituição.

3.1.2. Da positivação no ordenamento jurídico brasileiro

Feitas as considerações acerca do conceito de princípio da rigidez constitucional, o estudo agora deve procurar, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, as normas que se tornam relevantes para tentar apurar a real classificação constitucional.

O Princípio da Rigidez Constitucional não está positivado no ordenamento jurídico brasileiro de forma literal. Logo, é impossível de se encontrar na Constituição Federal de 1988 qualquer dispositivo que faça menção a este princípio ou estabeleça a rigidez da Constituição.

Contudo, em uma interpretação teleológica e sistemática das normas contidas no artigo 60, *caput*, que trata exclusivamente das emendas à Constituição e seu processo formal de modificação, percebe-se que há uma clara distinção de processo de votação entre as Emendas Constitucionais e as outras espécies de leis.

3.1.2.1. Processo legislativo da proposta de emenda constitucional

Para vislumbrar de forma coesa o que se entende por rigidez implícita, é necessário esmiuçar o processo legislativo da proposta de emenda constitucional para que se estabeleça uma diferença entre este ou aquele processo.

A priori, a própria forma de iniciativa de propostas de emenda já são, em si, flagrantemente mais complexa do que os projetos de lei.

No que concerne à iniciativa, as propostas de emenda à Constituição deverão obedecer: a) mínimo de um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; b) a iniciativa do Presidente da República; ou c) a iniciativa de mais da metade das Assembleias Legislativas⁹ das unidades da Federação, desde que a vontade de cada uma delas represente pelo menos a maioria relativa de seus membros. (TAVARES, 2012, p. 1293).

Contudo, é no campo da votação que aflora a grande diferença entre a proposta de emenda constitucional e os projetos de lei.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 60, § 2º, que as propostas de emenda à Constituição só poderão ser aprovadas com uma maioria qualificada de 3/5 de seus membros. Essa maioria deverá ser obtida em duas votações, tanto em uma casa quanto em outra¹⁰.

⁹ Aqui cabe observar que a legitimidade conferida às Assembleias Legislativas pelo artigo 60, inciso III não é algo exclusivamente da Constituição de 1988. Em verdade, a Constituição brasileira de 1891 já trazia, em seu artigo 90, a legitimidade àqueles órgãos legislativos em poder propor a modificação formal da Constituição. O mesmo se diz da Constituição de 1934, em seu artigo 289, § 1º, alínea “b” e §2º, da Constituição de 1946, no artigo 217, §1º e da Constituição de 1967, em seu artigo 50, inciso III e § 4º.

¹⁰ Segundo Vicente Paulo (2006, p. 359) é tecnicamente incorreto usar os termos “casa iniciadora” e “casa reformadora” quando concernente às propostas de emenda à Constituição, pois, tem-se que a segunda casa recebe o texto com ampla liberdade de alteração e não limitada aos parâmetros estabelecidos para a reforma do projeto de lei ordinária.

Desta forma, chega-se à conclusão de que são necessárias quatro votações nas quais a proposta de emenda só será aprovada se obtiver, em cada uma, a maioria qualificada de 3/5 de seus membros.

Há que se observar ainda que existe um determinado limite às propostas de emenda à Constituição, quais sejam, as limitações expressas e implícitas.

Segundo André Ramos Tavares (2012, p. 1295),

As limitações expressas subdividem-se em: 1º) formais (processo legislativo); 2º) materiais (cláusulas pétreas); 3º) circunstanciais; e 4º) temporais.

As limitações implícitas podem ser relativas: 1º) à supressão das limitações expressas (inclusive formais); 2º) ao titular do poder constituinte originário; 3º) ao titular do poder constituinte derivado; 4º) à relação das regras formais de aprovação das emendas constitucionais (que, em qualquer caso, poder-se-ia considerar como limitação contida já no item 1 — supressão das limitações expressas).

Portanto, podemos observar que várias são as limitações ao poder de modificação. Mas, à presente pesquisa, e isso se revelará no momento oportuno, mais importante do que conhecer exaustivamente quais as limitações ao poder de modificação é saber o momento legislativo em que elas se dão.

A questão que deve ser suscitada é relativa ao significado da expressão “não será objeto de deliberação” contida no § 4º do artigo 60 e é nesse âmbito que se deve ponderar a incidência de toda e qualquer limitação que venha recair sobre o processo de modificação formal da Constituição.

Cumpra observar que a Constituição de 1969¹¹ trazia a mesma expressão no seu art. 47, § 1º.

Eis que, pela primeira vez, em 1980, o Supremo Tribunal Federal, por meio do Ministro Moreira Alves no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.257-DF¹², se pronuncia e firma seu entendimento sobre o momento em que incide a inconstitucionalidade da proposta de emenda à Constituição:

Diversa, porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua apresentação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. (grifo nosso).

Tal entendimento foi corroborado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Mandado de Segurança nº 32.033-DF¹³, fazendo com que, dessa forma, a Suprema Corte pacificasse seu posicionamento de que a inconstitucionalidade incide antes mesmo de a proposta de emenda ou o projeto de lei entrar no ordenamento jurídico.

Tendo tal entendimento como ponto inicial à devida comparação entre o processo legislativo de proposta de emenda constitucional e projeto de lei, passemos a analisar esta última.

¹¹ Art. 47.....
§1º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República. (grifo nosso).

¹² Cf. STF, **MS 20.257-DF**. Rel. Min. Décio Miranda. Julgado em 08-10-1980.

¹³ Cf. STF, **MS 32.033-DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 20-06-2013.

3.1.2.2. Processo legislativo do projeto de lei

Em uma comparação com a proposta de emenda à Constituição, o processo legislativo do projeto de lei evidentemente é um pouco mais simples, o que não significa que seja fácil.

Após o estudo concreto do processo de modificação constitucional formal de várias Constituições é possível dizer que, substancialmente, não é o quórum em si que dirá se a Constituição é rígida ou não, mas sim, uma série de fatores que se agregam ao quórum. Dentre eles, a diferenciação de tratamentos entre o processo para aprovação de projeto de lei e proposta de emenda constitucional. Eis então que surge a necessidade de um breve apontamento sobre o processo legislativo no que tange aos projetos de lei, sejam elas complementares ou ordinárias.

A começar pela iniciativa, o projeto de lei ordinária ou lei complementar é bem mais amplo quanto às possibilidades de iniciativa de ambos, bastando observar o que dispõe expressamente o artigo 61 da Constituição de 1988¹⁴.

É de suma importância ressaltar que aqui a Constituição prevê expressamente a possibilidade de o projeto de lei ordinária ou lei complementar ser criado por iniciativa popular, nos termos do § 2º do artigo já citado¹⁵.

Embora haja na doutrina aqueles que defendam o contrário (LENZA, 2011, p. 504), entendemos que em respeito ao próprio princípio da rigidez constitucional não é possível a iniciativa popular para elaboração de propostas de

¹⁴ Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

¹⁵ § 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

emenda constitucional, o que não obsta, contudo, qualquer reforma das normas constitucionais nesse sentido.

Além da iniciativa, outra divergência bastante relevante ao estudo é o quórum para aprovação dos projetos de lei ordinária e de lei complementar, sendo, respectivamente, maioria simples ou relativa e maioria absoluta, conforme os artigos 47 e 69 da Constituição Federal¹⁶.

Inobstante serem diferentes os quóruns de aprovação dessas espécies de projetos de lei, ambos não se comparam ao mínimo necessário para aprovação de proposta de emenda constitucional.

Outra grande diferença entre os projetos de lei e a proposta de emenda constitucional é que naquela haverá a possibilidade do veto presidencial. Contudo, não deverá ser levado, em última instância, como sendo uma maior dificuldade criada pelo Constituinte nos processos de aprovação de leis ordinárias ou complementares, haja vista que, uma vez vetado o projeto de lei, em seu artigo 66, § 4º, a Constituição dá ao Poder Legislativo a última palavra no que tange à aprovação de leis podendo, no prazo de trinta dias, promover o Congresso Nacional, pela maioria de seus deputados e senadores, a derrubada do veto presidencial.

Delimitadas as diferenças entre o processo de aprovação de propostas de emendas constitucionais e projetos de leis ordinárias ou complementares, é necessário que, por último, se estabeleça uma relação entre os limites materiais à reforma da Constituição (cláusulas pétreas) e a classificação da Constituição de 1988 quanto à sua mutabilidade.

¹⁶ Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.
Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.

3.2. Relação entre Cláusulas Pétreas e a Mutabilidade da Constituição

O disposto no § 4º do artigo 60 da Constituição Federal resguarda grande relevância para o estudo do processo de aprovação das propostas de emenda constitucional e a sua constante citação nas classificações da Constituição de 1988 pela doutrina moderna.

Haverá, contudo, de se fazer uma ressalva quanto à interpretação do disposto na Constituição e suas limitações materiais ao poder de reforma.

Seguindo a linha de pensamento do Ministro Gilmar Mendes expressado no julgamento do Mandado de Segurança nº 32.033-DF já citados, as cláusulas pétreas devem ser entendidas de forma extensiva, nunca o contrário. De outro modo, estaremos privilegiando o direito de regresso na proteção das cláusulas imutáveis trazidas pela vontade do Legislador Constituinte de 1988. Deve-se sempre ter em mente que, quanto maior a extensão material das cláusulas pétreas, maior será a proteção dada ao instituto jurídico.

Partindo dessa premissa, e como já dito, as cláusulas pétreas, contidas no § 4º e, conseqüentemente, expandidas pelo § 2º do artigo 5º, definem a principal característica que classifica a Constituição Federal de 1988.

Todavia, a doutrina moderna, muito bem representada por Alexandre de Moraes e até mesmo André Ramos Tavares, classifica a Constituição Federal de 1988, com a máxima *venia*, de forma equivocada devendo ser dissociadas as confusões entre as cláusulas pétreas e o sua classificação quanto à mutabilidade.

Nesse contexto, é possível perceber certa confusão entre a mutabilidade e o procedimento de reforma da Constituição que deverá ser sanada.

3.2.1. Confusão entre mutabilidade e procedimento de reforma

Importante ressaltar que, ao contrário do que se pode afirmar no sentido de tornar a discussão acerca do tema algo temerário por estarmos tratando apenas de classificação didática da Constituição, há extrema relevância e pertinência em definir claramente a linha de raciocínio a qual se deseja chegar. Afinal, tal classificação, como já vimos, cria o princípio basilar da rigidez constitucional e, nele, como veremos, está baseado todo o sistema de proteção da Constituição que deverá se dar por meio do Controle de Constitucionalidade.

Muito embora exista na doutrina moderna quem classifique a Constituição Federal como sendo rígida e super-rígida concomitantemente (MORAES, 2012, p. 10), como que em uma criação pragmática (em seu sentido gramático da palavra) do que se tem por irredutibilidade constitucional, com o pleno respeito aos afamados autores, é de suma importância ressaltar que tal classificação está, de forma equivocada, calcada na incidência dos limites materiais dentro do procedimento de reforma.

Os limites materiais expressos incidem, em verdade, a qualquer momento do processo legislativo da proposta de emenda constitucional, conforme amplo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal já esposado.

Nesse contexto, no entender de José Afonso da Silva (2008), em sua obra “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, e isso será detalhado no capítulo seguinte, as normas declaradas inconstitucionais são atingidas no campo de sua eficácia, não de sua aplicabilidade. Portanto, haverá de ter uma norma constitucional que, ainda que não tenha aplicabilidade, tenha a eficácia de tornar inconstitucional qualquer norma que com ela se confronte. No nosso caso, as normas protegidas pelas cláusulas pétreas.

É bem da verdade que as cláusulas pétreas fazem parte do processo legislativo para norteá-lo quando da inconstitucionalidade daquela norma elaborada pelo Constituinte Derivado.

O que não poderá, entretanto, levar o intérprete constitucional ao ponto de imaginar que, por informar o processo de elaboração e aprovação de propostas de emenda constitucional, as cláusulas pétreas devem ser consideradas no momento de classificação da constituição.

Justamente pelo fato de incidir a qualquer tempo e, inclusive, atacar a eficácia da norma quando do Controle de Constitucionalidade, os limites materiais expressos nos levam a concluir que qualquer norma editada e que com eles se confrontem não é capaz de produzir sequer eficácia, logo, inexistente no mundo jurídico¹⁷.

Ora, se a proposta de emenda constitucional está para criar uma norma inconstitucional e inexistente, a própria proposta está fadada ao fracasso. Uma proposta de emenda constitucional suicida.

Para melhor entendimento, *mutatis mutandis* a proposta de emenda constitucional suicida está para o processo de reforma da Constituição como a sentença suicida está para o processo judicial.

Dessa forma, se a proposta de emenda constitucional (assim como a norma nela contida) inexistente, sequer haverá processo legislativo. Se não há processo legislativo, não há que se falar em nova forma de classificação da constituição.

¹⁷ Tal discussão é de grande relevância à presente pesquisa, portanto, eis que será estudada em capítulo autônomo.

Elucidando, ou teremos a proposta de emenda constitucional dentro dos limites materiais expressos e, por conseguinte, o próprio processo legislativo de reforma, ou então não haverá o processo legislativo de reforma.

Diante desses termos, é insustentável a classificação da Constituição quanto à sua mutabilidade como sendo irreduzível.

Deve-se deixar claro, contudo, que tal afirmação dissocia-se da existência de normas constitucionais irreduzíveis.

Conforme já nos posicionamos anteriormente, as normas constitucionais às quais se estabeleceram os limites materiais expressos de reforma são irreduzíveis na medida em que não se permite a deliberação de propostas de emenda constitucional tendentes a abolir tais limites.

Assim, a classificação idônea a expressar o conteúdo de suas normas, tanto em uma interpretação teleológica quanto em interpretação sistemática, será a rígida.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No capítulo anterior, após ampla discussão doutrinária, pudemos classificar a atual Constituição Federal de 1988 quanto à sua mutabilidade, qual seja, rígida. Apesar de, como vimos, não constar expressamente uma cláusula de rigidez, o processo legislativo de reforma da Constituição foi crucial para tal entendimento.

Nesse sentido, Pedro Lenza (2011, p. 219) explica que:

A ideia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema.

A partir de tal afirmação, várias outras questões emergem obrigando-nos a tomar como relevante ao estudo explicar, neste capítulo, o controle de constitucionalidade. Dentre as várias questões estão: qual é a relação entre o controle de constitucionalidade e a rigidez constitucional? Tal relação é capaz de produzir algum efeito no campo da interpretação das normas constitucionais?

Se bem observado, tais questões norteadoras são de extrema importância para o desenvolvimento deste estudo. Contudo, não há como as responder sem antes solucionar outra questão de igual importância: o que é controle de constitucionalidade? Como surgiu?

Sendo assim, eis que o estudo do presente capítulo é fundamental para delinear as principais consequências da rigidez constitucional e irredutibilidade de suas normas.

4.1. Evolução Histórica

Os primeiros momentos do Controle de Constitucionalidade efetivo foram no julgamento do caso *Marbury Vs. Madison*, em 1803, nos Estados Unidos da América.

Naquele período da história, não se falava em controle de constitucionalidade, mas tratava-se apenas de um conflito entre normas que deveria ser dirimido.

Eis que, em sábia decisão o juiz John William Marshall afirma que cabe a todo e qualquer magistrado defender a Constituição e afastar a incidência de normas que com ela conflitem. Tal decisão acabou por preconizar o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, que se assemelha ao controle difuso de constitucionalidade.

Posteriormente, por volta de 1920, influenciada por, Hans Kelsen que trouxe à discussão seu ponto de vista acerca do controle de constitucionalidade, a Constituição Austríaca define o chamado sistema austríaco de controle de constitucionalidade (LENZA, 2011, p. 220-221). O sistema austríaco *mutatis mutandis* é similar ao controle concentrado de constitucionalidade e pode ser vislumbrado no artigo 58.1 da Constituição Austríaca de 1920.

Na história brasileira, apenas a Constituição Federal de 1891¹⁸, em seu artigo 60, §1º, alínea “b”, trazido pela Emenda Constitucional nº 03 de 1926, que começou a tratar do assunto. A Lei Magna da época dava a todo e qualquer magistrado o poder de dirimir conflitos entre normas constitucionais e infraconstitucionais, aproximando o Brasil do controle difuso de constitucionalidade.

A mudança de maior relevância foi a que trouxe a Constituição Federal de 1934¹⁹, que, no seu artigo 12, inciso V e § 2º, passou a prever o controle de constitucionalidade na hipótese de intervenção da união, por meio da Suprema Corte, quando provocada pelo Procurador Geral da República.

¹⁸ Artigo 60.....
 § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
 b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas;

¹⁹ Art. 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:
 V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a a h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais;
 § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

Tal evolução foi freada pelo parágrafo único do artigo 96 da chamada Constituição Polaca²⁰ (alusão à Constituição Polonesa), de 1937, que previa a possibilidade de o Presidente da República submeter as decisões do Supremo Tribunal Federal novamente ao parlamento, enfraquecendo o Controle de Constitucionalidade.

Já na vigência da Constituição de 1946, com o advento da Emenda Constitucional nº 16 de 1965²¹, trazendo ao artigo 101, inciso I, alínea “k” a ação direta de inconstitucionalidade.

Ainda que em um regime ditatorial, o controle de constitucionalidade fora mantido intacto com as Constituições de 1967 e 1969.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 trouxe as mais numerosas mudanças no processamento das ações declaratórias de inconstitucionalidade, podendo ser ajuizadas por um rol significativamente maior de legitimados e com campos materiais dos mais diversos possíveis, indo desde omissões até Leis Municipais.

Após os breves apontamentos acerca da evolução histórica no que concerne ao Controle de Constitucionalidade, surge o momento de estudar o instituto em si.

²⁰ Art. 96.....
Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

²¹ Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;

4.2. Conceito

De início, vale ressaltar que existem dois pressupostos a partir dos quais são estruturados e desenvolvidos o controle de constitucionalidade, quais sejam, a hierarquia das normas e a rigidez constitucional.

Na obra “Teoria Pura do Direito”, a hierarquia normativa é explicada por Hans Kelsen (1998) como a estruturação normativa, fazendo com que, no topo esteja a Constituição e, abaixo dela, as outras Leis.

Por lógica, se a Constituição está no topo da hierarquia normativa²², as Leis que vêm abaixo dela deverão estar em perfeita conformidade com o que dispõem as normas constitucionais.

Então, se pode definir o Controle de Constitucionalidade como sendo o juízo de adequação das normas infraconstitucionais a partir do que dispõem as normas constitucionais (LENZA, 2013, p. 257).

Esse juízo de adequação chamado Controle de Constitucionalidade possui várias classificações didáticas. Contudo, as classificações mais relevantes são basicamente duas: a) quanto ao momento em que é exercido; e b) quanto ao órgão que o exerce.

Quando falamos em controle de constitucionalidade quanto ao momento em que é exercido, estamos delineando duas espécies de controle de constitucionalidade, quais sejam, o controle preventivo e o controle repressivo.

²² Conforme se poderá observar no item 5.3.2, existe a divergência doutrinária quando da limitação ou não do Poder Constituinte Originário.

Por outro lado, ao classificar o controle de constitucionalidade quanto ao órgão que o exerce nos é fornecido duas outras espécies: controle difuso e controle concentrado.

Ao delimitar estes pressupostos, devemos analisar as diferentes espécies de controle de constitucionalidade.

4.3. Controle Preventivo e Repressivo de Constitucionalidade

Como já mencionado anteriormente, uma das classificações do controle de constitucionalidade se dá na ordem do momento em que é exercido, surgindo as modalidades de controle preventivo ou repressivo.

O controle de constitucionalidade preventivo é característico pelo fato de que o juízo de adequação é exercido antes de a norma adentrar o ordenamento jurídico sem, contudo, ser submetido ao Poder Judiciário, em regra.

O artigo 58 da Constituição Federal, estipula que sejam criadas as Comissões Permanentes de Constituição e Justiça que emitirão pareceres acerca do conteúdo dos projetos de Lei a serem aprovados na Câmara dos Deputados ou Senado Federal.

Assim leciona Alexandre de Moraes (2012, p. 742):

A primeira hipótese de controle de constitucionalidade preventivo refere-se às comissões de constituição e justiça cuja função precípua é analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentados com o texto da Constituição Federal.

Outra modalidade de controle preventivo é aquela que é exercido pelo Chefe do Poder Executivo por meio do veto jurídico, conforme preceitua o artigo 66, § 1º da Constituição Federal.

Embora a doutrina não estabeleça claramente, conforme os entendimentos esboçados no Mandado de Segurança nº 32.033-DF, o Supremo Tribunal Federal se posiciona no sentido de que o Controle de Constitucionalidade preventivo pode ser exercido pelo Poder Judiciário, desde que a norma atacada confronte com o que expõe o artigo 60, § 4º da Constituição Federal.

Por outro lado, temos o Controle de Constitucionalidade Repressivo, cuja característica principal reside no fato de que o juízo de adequação é exercido, em regra, pelo Poder Judiciário e após a norma adentrar o ordenamento jurídico.

Há que se observar que, na hipótese do artigo 49, inciso V da Constituição Federal de 1988²³, o Constituinte confere ao Poder Legislativo o controle repressivo. Trata-se da hipótese de sustação dos atos do Poder Executivo que extrapolem as suas atribuições do poder regulamentar.

Outra forma de exercício do controle repressivo dado ao Poder Legislativo se dá na incidência do disposto no artigo 62 da Constituição Federal, qual seja, na rejeição de medida provisória inconstitucional.

Insta salientar que a Medida Provisória, embora não seja Lei, terá vigência e eficácia imediata, bem como força de Lei. Como será suscitado posteriormente, a declaração de inconstitucionalidade atinge o plano da eficácia da norma, configurando o controle de constitucionalidade repressivo.

²³ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Quanto ao exercício do controle de constitucionalidade repressivo pelo Poder Judiciário, estes se dão nos moldes dos artigos 97, 103 e 103-A da Constituição Federal, bem como das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99.

Sabendo que o Poder Judiciário, por excelência, exerce o controle de constitucionalidade repressivo, conforme já vimos, o controle de constitucionalidade pode ser classificado conforme o órgão jurisdicional que o exerce, qual seja, controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

4.4. Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade

A bem da verdade, sendo difuso ou concentrado, os controles de constitucionalidade mencionados, em sua essência, destonam do modelo adotado no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser analisados de forma autônoma para, em seguida, serem comparados ao que se adota no sistema pátrio.

Contudo, ainda assim, necessário se faz o estudo dos modelos de controle de constitucionalidade difuso e concentrado.

O controle difuso, também chamado de Sistema Norte Americano de controle de constitucionalidade, é o controle exercido por todo e qualquer magistrado estando ele em primeira ou em última instância.

Conforme, acima afirmado o controle difuso surgiu com o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, no qual o juiz da Suprema Corte Americana John William Marshall decidiu que cabe a todo juiz defender a Constituição.

Mas, mais que isso, o controle difuso de constitucionalidade guarda uma característica muito singular, que é o fato de ser um controle *incidenter tantum*,

ou seja, trata-se de um controle incidental que é suscitada como matéria de defesa em meio a um processo judicial.

Com muita propriedade, Vicente Paulo (2006, p. 453) assim leciona:

No âmbito do controle difuso qualquer órgão do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, possui competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo conflitantes com a Constituição, com o fim de afastar a sua aplicação ao caso concreto.

Uma determinada formalidade a ser observada é a reserva de plenário estabelecida pelo artigo 97 da Constituição Federal²⁴. Somente pelo voto da maioria absoluta é que se poderá declarar a inconstitucionalidade da Lei atacada.

É imperioso salientar que o controle difuso, por ser incidental, não possui força de vincular outros casos, destacando-se que apenas gera efeito entre as partes, a menos que seja declarada inconstitucionalidade pela Suprema Corte²⁵.

Conforme Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 113) explica:

Lembre-se do *stare decisis*. Por este princípio, os juízes de instâncias inferiores seguem as decisões proferidas nos Tribunais Superiores. É o que acontece com a Suprema Corte. Seus vereditos apresentam *efeito vinculante*, em virtude da força dos *precedentes* do Direito americano, verdadeiros *paradigmas* que vinculam o entendimento de todos os órgãos judiciais. Trata-se de um mecanismo fiscalizatório da supremacia da Carta americana de 1787, porque, quando a Suprema Corte declara uma lei inconstitucional, todos os juízes passam a considerá-la letra morta.

²⁴ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

²⁵ Como já explicado, este subtópico estuda a essência dos sistemas de controle de constitucionalidade. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro será estudado em momento oportuno.

Com a afirmação de Bulos, é possível identificar outra peculiaridade que há no controle difuso, qual seja, a norma é atacada no plano de sua eficácia, portanto, será declarada inconstitucional com efeito *ex tunc*.

Feitas essas considerações, destacamos que o controle difuso, ou sistema norte americano de controle de constitucionalidade, gera efeito *inter partes* quando declarada por juízo de primeira instância e *erga omnes* quando declarada por Tribunal Superior e, por fim, tem efeito *ex tunc* por atacar a Lei no plano de sua eficácia.

Já o controle concentrado, também chamado de sistema austríaco de controle de constitucionalidade, representa o extremo oposto do controle difuso.

Preconizado por Hans Kelsen, o controle concentrado tem a principal característica de apenas poder ser exercido pela Suprema Corte, ocasião em que o controle de constitucionalidade concentra-se nas mãos de apenas um órgão jurisdicional, eis então que surge a própria nomenclatura do instituto.

Diferente do controle difuso, não existe uma pessoa que figura no polo passivo da ação judicial, sendo que a própria Lei que figurará no polo passivo das ações de inconstitucionalidade (BULOS, 2007, p. 113).

No caso do controle concentrado segundo o sistema austríaco de controle de constitucionalidade, outra grande diferença é que a norma é atacada no plano da aplicabilidade, tendo a sentença que declara sua inconstitucionalidade uma espécie de tutela constitutiva, não declaratória. Assim, a regra é de que a norma será inconstitucional do momento da prolação da sentença em diante, *ex nunc*.

Seguindo essa linha de raciocínio, chegaremos à origem do Princípio da Presunção de Constitucionalidade. Conforme leciona Vicente Paulo (2006, p. 442):

As leis e os atos normativos editados pelo Poder Público são protegidos pelo princípio da presunção de constitucionalidade das leis, segundo o qual esses atos deverão ser considerados constitucionais, válidos, até que venham a ser formalmente declarados inconstitucionais por um órgão competente.

As leis presumem-se constitucionais, vale dizer, enquanto não reconhecidas como inconstitucionais deverão ser cumpridas, presumindo-se que o legislador agiu em plena sintonia com a Constituição. (grifo nosso)

É preciso deixar claro que, embora o princípio da presunção de constitucionalidade tenha origem no sistema austríaco de controle de constitucionalidade, esta norma não possui relação com o efeito constitutivo ou declaratório da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei.

Por esta razão, ao tratar do referido princípio a doutrina usa o termo “reconhecer a inconstitucionalidade” e não “declarar a inconstitucionalidade”.

Isto posto, evidenciamos que o sistema austríaco resguarda uma relação de completo antagonismo frente ao sistema norte americano de controle de constitucionalidade. Porém, ambos possuem estreita relação com o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Assim, passamos a pontuar referido sistema.

4.5. Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade

Não há obrigatoriedade em se estabelecer e seguir rigorosamente este ou aquele sistema, razão pela qual, o Brasil mesclou ambos os sistemas de controle de constitucionalidade e criou sua própria regra para realizar o juízo de adequação

constitucional. Por isto o sistema brasileiro é também chamado de sistema híbrido de controle de constitucionalidade.

Via de regra, para que a norma seja declarada inconstitucional é necessário que se ajuíze uma das ações de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Excepcionalmente, qualquer magistrado poderá declarar a inconstitucionalidade de uma norma quando, de forma incidental, for levantada a questão em um processo judicial como matéria de defesa.

Inobstante a regra ser da declaração de inconstitucionalidade via controle concentrado, a inconstitucionalidade no Brasil atinge o campo da eficácia. Ou seja, o sistema brasileiro mescla o efeito *ex tunc* ao controle concentrado austríaco.

Excepcionalmente, é dado ao magistrado modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que este apenas inicie posteriormente à prolação da decisão. Mas, a regra é de que, por ter conteúdo declaratório, os efeitos são *ex tunc*.

O Supremo Tribunal Federal poderá exercer o controle difuso de constitucionalidade por força do artigo 102, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c” da Constituição Federal.

Outra característica importante adotada pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é que o controle difuso de constitucionalidade, ainda que exercido pelo Supremo Tribunal Federal, gera efeito apenas *inter partes*. Logo, não vincula o magistrado de primeira instância.

Importante destacar, contudo, algumas exceções. Uma delas é a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmula vinculante sobre o

assunto e, ainda que em controle difuso, fazer vincular sua decisão aos Tribunais subordinados a ela.

Regulamentadas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e pela Lei nº 11.417/06, mediante aprovação de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, o artigo 103-A da Constituição Federal²⁶ prevê a possibilidade de edição de súmula vinculante uma vez debatidas mais de duas decisões sobre matéria constitucional.

Dessa forma, é possível que o Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com mais de dois casos semelhantes, crie uma súmula vinculante objetivando o efeito *erga omnes* no controle difuso de constitucionalidade.

Em um rápido cálculo matemático, deduzimos ser necessário que oito ministros votem a favor da criação da súmula. Contudo, se houver um assunto acerca da inconstitucionalidade que envolve a atuação do Ministério Público, *e.g.*, então teremos três ministros que se declararão suspeitos, quais sejam, Ministro Marco Aurélio, Ministro Gilmar Mendes e Ministro Celso de Mello. Como temporariamente uma das cadeiras está vaga, a do Ministro Joaquim Barbosa, teremos um total de sete ministros para julgar a matéria.

Neste caso, entendemos ser necessária a nomeação de um ministro *ad hoc* do Superior Tribunal de Justiça, com base no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Outro caso importante que se deve analisar é a competência exclusiva do Senado Federal, conforme o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal para

²⁶ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

suspender no todo ou em parte a vigência da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Nestes casos, o Supremo Tribunal Federal deverá comunicar o Senado Federal que deverá tomar as providências que entender cabível, inclusive não sendo obrigado a suspender a Lei atacada.

Segundo Vicente Paulo (2006, p. 457):

Para evitar que outros interessados, no amanhã, tenham de recorrer ao Poder Judiciário, para obter a mesma decisão, a Constituição Federal atribuiu ao Senado Federal a faculdade de suspender o ato declarado definitivamente inconstitucional pelo STF (CF, art. 52, X)

Portanto, verificamos que o Poder Legislativo será a última palavra na suspensão da norma, ainda que o Supremo Tribunal Federal já tenha se posicionado sobre o assunto.

5. EFEITOS DA IRREDUTIBILIDADE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Vimos que a Constituição é um instrumento que contém normas de estruturação do Estado e que, tais normas são criadas pelo povo, por meio de seus representantes, seja legitimamente ou não.

Mais do que didática, a classificação da Constituição cria um princípio basilar da estruturação do Estado que é o princípio da rigidez constitucional, sob o qual é calcado todo o sistema de controle de constitucionalidade, tendo em vista que o controle de constitucionalidade está para servir a rigidez constitucional.

Em sua obra “A Constituição Viva”, Adriano San’Ana Pedra (2005) teoriza a partir da própria nomenclatura e propõe ser a Constituição um organismo vivo que deve ser aprimorado ao longo do tempo para acompanhar a evolução da sociedade.

Portanto, com o aprimoramento da Constituição e a regulamentação de suas normas, torna-se crescente o número de questionamentos quanto a constitucionalidade desta ou daquela Lei e principalmente a hermenêutica Constitucional.

Assim, devemos analisar a atual Constituição Federal de 1988 e os reflexos da irredutibilidade das normas constitucionais na aplicação do controle de constitucionalidade.

5.1. Relativização da Tripartição dos Poderes ante a Rigidez Constitucional

Com o advento do instituto da súmula vinculante, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, muito se questiona acerca da violação do princípio da Tripartição dos Poderes. Portanto, surge a necessidade de analisar a polêmica do instituto.

Há que se observar que, atualmente, muito se critica quanto à incidência do princípio da tripartição dos poderes no Estado moderno. Conforme a afirmação de Vicente Paulo (2006, p. 88-89),

Esse princípio, erigido ao *status* de verdadeiro dogma constitucional pela Revolução Francesa, na voz de Montesquieu, tem sido cada vez mais flexibilizado no Direito Constitucional contemporâneo. Assim, a separação rígida, inicialmente defendida, é tida hoje como inadequada aos Estados modernos.

Em verdade, a ampliação das atividades do Estado impôs a necessidade de uma nova visão de separação de Poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos Legislativo e Executivo e

destes com o Judiciário, desenvolvendo-se a idéia de colaboração e harmonia entre eles.

Nesse contexto, é possível delinear que a separação dos poderes de Montesquieu que cada vez mais sucumbe ante a interpretação constitucional fruto do controle de constitucionalidade que protege a rigidez constitucional.

Talvez até de forma implícita, existe uma comunicação entre a nova forma de interpretação da constituição e a flexibilização da tripartição dos poderes. Tanto é verdade que a interpretação constitucional, quando do controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte pode ser capaz de dar novo sentido à norma contida na Constituição sem sequer alterar a sua literalidade.

Tal fenômeno jurídico, que será estudado no momento oportuno, é conhecido pela doutrina como mutação constitucional, ou seja, uma forma de modificação informal da constituição por meio da interpretação do judiciário.

Óbvio que se ficarmos adstritos à rígida visão de tripartição dos poderes, chegaremos à errônea conclusão de que trata-se de uma violação cabal ao referido princípio constitucional.

Lênio Luiz Streck (2002, p. 403) reconhece que, na questão das tão polêmicas súmulas vinculantes, frutos da incidência da objetivação do efeito *erga omnes* no controle difuso de constitucionalidade e também bem fonte maciça da modificação informal da Constituição, as súmulas são a programação e reprodução do sistema em paradoxo jurídico.

Desta forma, não haverá outro caminho senão reconhecer que a irreduzibilidade constitucional influi diretamente na criação releitura das normas constitucionais fazendo com que, sem que se possa ferir a constituição, seja na tripartição dos poderes, na rigidez constitucional ou mesmo no limite material de

reforma o Poder Judiciário comece a reprogramar o sistema de controle de constitucionalidade e a própria constituição de forma a dar vida ao instrumento “Constituição”.

5.2. Mutação Constitucional como Forma de Poder Constituinte Derivado

Diante de afamados julgamentos dos quais obteve-se uma modificação do Texto Constitucional, bem como, Projetos de Emendas Constitucionais justificados na crescente interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo por meio do Ativismo Judicial, é preciso saber o que substancialmente interfere ou não na Constituição Federal de forma a extrapolar os limites impostos pelo Princípio da Tripartição dos Poderes, Rigidez Constitucional ou nas normas constitucionais propriamente ditas.

Partindo dessa polêmica acerca da interpretação normativa, utilizando-se da doutrina e em uma comparação entre os institutos de modificação da norma constitucional, é possível observar com maior profundidade a mutação constitucional e seus reflexos no ordenamento jurídico, percebendo que o referido instituto altera a norma constitucional sem, contudo, modificar o seu texto positivado, concluindo, dessa forma, ser um instituto que se manifesta por meio da interpretação constitucional podendo ser afastado quando manifestamente inconstitucional.

5.2.1. Poder constituinte

A Constituição, sendo um poderoso instrumento que traz em seu arcabouço normativo a força de instituir, em todos os seus aspectos e pormenores, um novo Estado ou alterar o vigente, emana do poder constituinte.

Direcionado pelo Princípio da Soberania Popular, descrito no parágrafo único do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, percebe-se a

imprescindibilidade de uma concisa análise do Poder Constituinte em suas modalidades e suas características.

Segundo leciona Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 67), “*Poder constituinte é o destinado à criação do Estado, dotando-o de estrutura peculiar por meio de uma constituição, e o de alteração das normas constitucionais da sociedade política.*”

Em seguida, o autor supracitado perpassa as raias do positivismo e do jusnaturalismo, evidenciando a discussão acerca da natureza fática ou jurídica do Poder Constituinte, ocasião em que, enquanto os jusnaturalistas defenderão a juridicidade do instituto, os positivistas dirão que trata-se de um fenômeno fático.

Partindo dessa lógica, abstraímos a ideia de que Constituição é o meio do qual o Poder constituinte se vale para manifestar sua expressão de vontade.

5.2.2. Espécies de poder constituinte

O poder constituinte comporta dois grandes institutos, quais sejam, o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado.

Partindo da própria terminologia, que, por sua vez, já é objeto de discussão doutrinária, conforme se denota do capítulo seguinte, poder constituinte originário, é o poder pelo qual se materializa a Constituição de um Estado. Dessa forma, já podemos vislumbrar a sua característica principal, qual seja, a inicialidade.

Em uma busca histórica, André Ramos Tavares (2012, p. 52) afirma que, “(...) o poder constituinte manifesta-se, originariamente, na famosa Convenção da Filadélfia, em maio de 1787, quando dezenas de delgados das ex-colônias britânicas reúnem-se em Assembléia”.

E, ao fazer isso, André Ramos Tavares não afirma que o poder constituinte tenha sido criado na ocasião. Ele apenas propõe a manifestação do instituto criador das Constituições, tendo em vista que, na mesma obra, nos remete à velha república romana ao tratar das origens da Constituição. Logo, o ano de 1787, manifesta o poder constituinte como nós o conhecemos, e não como instituto jurídico propriamente dito.

Tal estudo começa a tomar força com a Teoria do Terceiro Estado, de Emmanuel Joseph Sièyes.

Outra característica muito marcante no poder constituinte originário é a sua ilimitação, que segundo Guilherme Peña de Moraes (2012, p. 17), “deve ser entendido que o poder constituinte originário não é submetido a restrições prescritas pelo Direito Positivo.”

Há que se observar também que o poder constituinte originário não se condiciona a qualquer outra norma de direito positivo, podendo se manifestar sem uma forma anteriormente definida, conforme veremos posteriormente, convalida a tese de que a constituição não possui uma data cabal para sua existência.

Por outro lado, no tocante ao poder constituinte derivado, uma distinção que se deve, de plano, deixar bem claro é que a Constituição, inicialmente, emana do poder constituinte originário. Portanto, o questionamento que se passa a fazer é: o que é o poder constituinte derivado?

Como sabemos, o Direito, de forma geral, é a ciência que estuda as normas que regem o convívio em sociedade. A sociedade constantemente passa por mudanças, adaptações e avanços em todos os aspectos. Logo, a Constituição, sendo o fenômeno político que é, deve acompanhar essas mudanças e caminhar lado-a-lado com a evolução da espécie humana.

Observando a lição de Carlos Ayres Britto (2006), na qual nos ensina que “(...), nenhuma Constituição nasce para morrer”, é de suma importância pontuar a finalidade do Poder Constituinte Derivado, ocasião em que, segundo Manoel Jorge Silva Neto (2013, p. 36) possuem duas subespécies, quais sejam, o poder reformador e o poder revisional.

Tais poderes se revelam em dois aspectos e em um deles a jurisprudência da Suprema Corte se inclina no sentido de que cuida-se de revisão do poder decorrente perante as normas da Constituição Federal de 1988, conforme se denota do julgamento da ADI nº 1722/TO²⁷, em que entendeu-se que “ao Poder Legislativo, Federal ou Estadual, não está aberta a via de introdução, no cenário jurídico, do instituto da revisão constitucional”.

Outro aspecto, e o que nos parece mais relevante na presente pesquisa, refere-se ao poder de reforma dado ao Legislador decorrente do poder constituinte originário.

A discussão doutrinária, nesse contexto, se pauta no argumento de que, segundo André Ramos Tavares (2012, p. 74), quando falamos em “constituinte”, estamos designando à determinado órgão, no nosso caso o Congresso Nacional, um ato que *de per se* equivale à própria Constituição já instituída. E mais, afirma que, como a Competência Reformadora encontra respaldo e limite, no Poder Constituinte Originário, por lógica, não pode ser ao mesmo tempo Constituído e Constituinte.

Por outro lado, Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 72-73) com mais propriedade expõe que não se pode atrelar o Poder Constituinte a uma entidade única e exclusivamente criadora, tendo em vista as constante transformações pelas

²⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.722-0/TO. Relator: Min. Marco Aurélio, Data do Julgamento: 10/12/1997.

quais se submete o Estado e a conseqüente reforma constitucional que visa adequar-se às novas realidades sociais.

Isto posto, podemos deduzir que o Poder Constituinte Derivado está condicionado à algumas limitações impostas pelo Constituinte Originário.

Tendo em vista que o Princípio da Rigidez Constitucional impõe a Constituição certa formalidade para que se altere as suas normas, podemos perceber a existência de um processo legislativo mais rigoroso quando tratamos de reforma constitucional.

Equidistante, vemos o artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelecendo uma série de formalidades para a aprovação das Emendas Constitucionais e, dentre elas, o *quorum* mínimo de aprovação, qual seja, maioria de 3/5 em cada casa do Congresso Nacional.

Insta ressaltar a existência do § 4º do mesmo dispositivo legal que, de forma categórica, impõe a proibição de deliberação de propostas que venham a abolir o seu rol de cláusulas pétreas.

Portanto, podemos perceber as limitações formais e materiais, ambas estabelecidas ao poder constituinte derivado e manifestadas pelo artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Há também outra gama de limitações, mas, agora respaldadas na forma como as quais são expressas pelo Legislador Constituinte Originário. Nesse contexto, temos as limitações explícitas e implícitas.

As limitações explícitas são aquelas que se manifestam como cláusulas pétreas que, conforme acima mencionado, estão elencadas entre o rol do artigo 60, § 4º da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, temos as limitações tidas como implícitas, ou seja, são aquelas que não se encontram expressas na Constituição, mas que, por força da interpretação constitucional impõem a mesma força limitativa ao poder reformador, tendo como principal exemplo trazido pela doutrina, uma emenda constitucional que tente revogar o próprio § 4º do artigo 60 da Lei Magna.

5.2.3. Mutação constitucional

Antes de tudo, é preciso estabelecer que, conforme já explicitado no capítulo anterior, o Estado, assim como a sociedade, está em constante progresso, avanço, o que exige que Constituição assim suceda, razão pela qual se manifesta o Poder Constituinte Derivado.

Com isto, devemos analisar o instituto da mutação constitucional em seus aspectos pormenorizados.

5.2.3.1. Conceito e características

Após a Constituição Alemã de 1871, o assunto surgiu entre os doutrinadores alemães, quando constatou-se que a Lei Suprema começava a divergir da realidade fática alemã . Desta forma, segundo Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 54-55).

(...) denomina-se mutação constitucional o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e

métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais. (BULOS, p. 57)

Em um outro aspecto, há uma confusão a ser doravante afastada é a que se refere à natureza normativa ou interpretativa do instituto.

Segundo Luis Roberto Barroso (2009, p. 123), podemos ter a modificação constitucional por via formal ou informal, na qual,

A via formal se manifesta por meio da *reforma constitucional*, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a *rigidez constitucional*. Já a alteração por via informal se dá pela denominada *mutação constitucional*, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à *plasticidade* de que são dotadas inúmeras normas constitucionais.

Quando falamos em modificação constitucional, podemos ter a espécie formal, da qual obtemos a reforma constitucional que segue a formalidade exigida pelo Constituinte Originário, bem como, temos a espécie informal, da qual se abstrai a ideia da mutação constitucional, dotada de seus elementos, caracteres e forma própria.

Portanto, podemos vislumbrar um dos primeiros caracteres da mutação constitucional, qual seja, a informalidade.

Em outra vertente, na busca em um dicionário de sinônimos, encontraremos a palavra “mutação” descrita como “mudança, alteração, volubilidade, inconstância, variação devida a alguma alteração da constituição hereditária com aparecimento de caráter inexistente nas gerações anteriores”. Contudo, não devemos nos ater à literalidade do instituto.

Em uma apertada síntese, Gustavo Just da Costa e Silva (2000, p. 80) conceitua o instituto como sendo “(...) a modificação da norma constitucional cujo texto permaneça inalterado”.

Em acautelada análise, tal afirmação nos parece em conformidade com a realidade prática do instituto, tendo em vista que, conforme estudado no capítulo seguinte, o próprio Supremo Tribunal Federal entendeu se tratar o julgamento do HC 90450-5 MG de mutação constitucional, ocasião em que se entendeu pela ilegalidade da prisão civil por depositário infiel, editando, assim, a Súmula Vinculante nº 25.

Conforme amplamente difundido, a Súmula Vinculante nº 25 restringiu a aplicação da norma disposta no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988²⁸, o que fulmina qualquer dúvida acerca da disposição doutrinária acima explicitada.

Ainda nesse sentido, o mesmo autor traz a afirmação interessante de que

Se as estruturas materiais integradas ao âmbito normativo – e portanto componentes da normatividade – estão sujeitos às transformações históricas, é possível que concretizações, separadas pelo tempo, de uma determinada norma constitucional conduzam a resultados diferentes embora o programa normativo (o texto) continue o mesmo. (COSTA E SILVA, 2000, p. 80)

Tal enunciado doutrinário traz consigo uma interpretação bastante contundente com os reflexos do tempo na norma jurídica, o que, talvez, possa trazer relação da mutação constitucional com a aplicação da norma no tempo.

Desta forma, pensemos em uma norma que, e.g., entra em vigor no ano de 2014 e que no ano de 2034, vinte anos depois, continue em vigência. Por

²⁸ Não é objetivo deste trabalho questionar a constitucionalidade ou não da Súmula Vinculante nº 25.

óbvio, muitas evoluções no mundo fático, não previstas pela norma, poderão alterar a visão interpretativa dada ao dispositivo legal ou até mesmo deturpando o dispositivo.

No mais, é possível concluir que a mutação constitucional possui como caracteres a intermitência, informalidade e imprevisibilidade, tendo em vista a própria natureza do instituto como sendo norteador para tais definições.

5.2.3.2. Elementos da mutação constitucional

Em obediência às próprias características do instituto da mutação constitucional, dentre eles a própria intermitência, é possível vislumbrar o fator temporal como um elemento marcante da mutação constitucional, o que, por constatação sistêmica no estudo do direito, abre precedente para o subjetivismo. Contudo, o que é a mutação constitucional senão a influencia do próprio subjetivismo no direito constitucional.

Para ter uma visão mais clara, devemos ter em mente que, como já muito afirmado, a constituição não deve padecer sob influência da mudança de comportamento social do homem, seja ela de pequena ou grande relevância, tendo em vista que a constituição não tem prazos de validade. Contudo, por mais rígida que seja, a Constituição deve acompanhar a evolução da sociedade como um todo, por mais infinitesimal que possa parecer frente ao Direito.

Por essa razão é que se fala em mutação constitucional como reforma da Constituição, tendo dois veículos que são a interpretação da norma constitucional e os atos elaborados por órgãos estatais no âmbito administrativo e legislativo.

Cabe salientar que quando o Legislador atua utilizando-se do poder constituinte derivado não se trata de mutação constitucional.

Por outro lado, é possível que o Legislador ordinário exerça a mutação constitucional, bastando somente que não se altere a letra da lei, mas somente dê à norma constitucional interpretação divergente.

Uma hipótese, *e.g.*, de mutação constitucional exercida pelo Legislador por meio de vias ordinárias seria se o Legislador, a despeito do artigo 226, § 3º da Constituição Federal, quando em interpretação literal proíbe a união estável de pessoas do mesmo sexo, criasse uma lei ordinária que permita o que, segundo interpretação literal, seria vedado pela Constituição Federal de 1988.

No que concerne ao meio interpretativo, cumpre advertir que a interpretação da norma constitucional não cria a mutação constitucional e nem tampouco a impulsiona. A interpretação simplesmente traz a lume do Direito o que na realidade fática já ocorre.

5.2.4 A mutação constitucional e a tripartição dos poderes

Um grande debate é atualmente travado tanto na doutrina, jurisprudência, entre os parlamentares e até mesmo entre a população em geral: o Supremo Tribunal Federal está, cada vez mais, interferindo na Tripartição dos Poderes, trata-se de ativismo judicial ou simplesmente Controle de Constitucionalidade?

Devemos ponderar primeiramente que, conforme explicação de Roger Stiefelmann Leal (2004, p. 7-13), em sua tese de doutorado, Montesquieu, criador da teoria da tripartição dos poderes na obra “Do Espírito das Leis”, não separa os poderes²⁹ da mesma forma como os conhecemos dispostos no artigo 2º da Constituição Federal de 1988.

²⁹ Devemos considerar, inclusive, que não se separa os poderes do Estado, haja vista que o poder é uno e indivisível, o que se separa são as funções do poder estatal.

Montesquieu (2004) traz em seu rol de poderes o poder legislativo, o poder executivo do direito das gentes e poder executivo das coisas que dependem do direito civil.

O poder executivo do direito das gentes seria responsável pelo que hoje conhecemos como relações exteriores, enquanto que o outro poder executivo se empenharia em fazer se aplicar as normas de direito interno, conhecido pelo poder judiciário.

O grande problema na concepção de Montesquieu seria a ideia de que o julgador não passa de um ser que executa as leis do legislativo e àquele não é dado interpretar as normas a serem por ele aplicadas.

Tal entendimento foi modificado pelo movimento constitucionalista em que se defendia a jurisdição constitucional do magistrado.

Não muito longe, podemos perceber tal entendimento incorporado em nossa legislação atual. Contudo, a mutação constitucional influencia e fere o princípio da tripartição dos poderes?

Primeiro, há que se observar que, conforme entendimento de Roger Stiefelmann Leal (2004, p. 139 - 140),

É lícito, portanto, ao Legislativo ignorar as interpretações e os fundamentos deduzidos pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade e reiterar preceitos normativos materialmente semelhantes a outros declarados inconstitucionais. (...) Trata-se aqui de evoluído mecanismo de abertura ao desenvolvimento da jurisprudência constitucional, na medida em que, no caso, o legislador somente poderá manter viva sua discordância com o Supremo Tribunal Federal se confirma-la em duas rodadas de votação. Prestigia-se, assim, a estabilidade da interpretação constitucional, viabilizando, todavia, a reapreciação de determinadas questões, desde que o legislador reafirme a sua certeza em persistir na controvérsia.

Ao analisarmos tal afirmação, podemos concluir que o Legislador não fica impedido de legislar matéria já pacificada na jurisprudência da Suprema Corte ainda que em caráter de Controle de Constitucionalidade.

Neste contexto, muito maior será o seu poder quando da divergência da mutação constitucional positivada pelo Supremo Tribunal Federal.

Cabe também salientar, portanto, que não há que se falar em ofensa ao Princípio da Tripartição dos Poderes quando o magistrado, em sede de interpretação, modifica a norma Constitucional.

Tal conduta deve apenas se resguardar na observância dos limites da interpretação impostos ao mesmo julgador quando da mutação inconstitucional. Mas, nesse caso, Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p. 222) com propriedade já ensinava que:

As Constituições, em regra, demandam uma intensa e profunda atividade do Poder Legislativo para sua aplicação efetiva, não somente através da função legislativa propriamente dita, mas, também, mediante a prática de atos não legislativos pelo órgão de representação popular.

Destarte, a inércia do Poder Legislativo tanto ocorre quando esse poder deixa de legislar, isto é, não edita a lei necessária para complementar a eficácia das disposições constitucionais e para permitir sua plena aplicação, como quando se omite na prática de atos de controle, fiscalização, ou de natureza que deve, por força de disposição expressa, praticar.

Nesse caso, Ferraz também leciona que qualquer dos poderes estatais pode cometer esse tipo de omissão, Legislativo, Executivo ou Judiciário, ressaltando também a inconstitucionalidade do ato. Assim, em sede de mutação inconstitucional, há a característica da notoriedade.

Ou seja, são manifestamente inconstitucionais as mutações que transbordam o limite da atuação interpretativa ou da legislação interpretativa, ocasião em que, nada impedirá um controle de constitucionalidade nesse aspecto.

Partindo dessa premissa, passemos então a analisar alguns casos que constatarem o surgimento da mutação constitucional no entendimento da Suprema Corte.

5.2.4.1. Ativismo/positivismo judicial e o controle de constitucionalidade

Muito além do que simples teoria constitucional, é possível vislumbrar a aplicação *pari passu* da mutação constitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como reflexo da sociedade contemporânea e seus avanços.

Conforme já citado, podemos elencar o julgamento dos RExt nºs 349.703-1/RS³⁰ e 466.343-1/SP³¹, como precursores da Súmula Vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente a aplicação nos *Habeas Corpus* nºs 90450-5/MG³² e 96772-8/SP³³, como precursores da mutação constitucional no direito brasileiro após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em referido julgamento, devemos pontuar que, usando do Controle de Convencionalidade³⁴, a Suprema Corte decidiu pela inaplicabilidade de uma norma frente a um Tratado Internacional, qual seja, o Pacto de San José da Costa Rica.

³⁰ Cf. Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS, Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Data do Julgamento: 03/12/2008.

³¹ Cf. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data do Julgamento: 03/12/2008.

³² Cf. Habeas Corpus nº 90.450-5/MG, Relator: Min. Celso de Mello, Data do Julgamento: 23/09/2008.

³³ Cf. Habeas Corpus nº 96.772-8/MG, Relator: Min. Celso de Mello, Data do Julgamento: 09/06/2009.

³⁴ Controle de Convencionalidade, conforme ensina José Francisco Rezek (2008, p. 96), é o juízo de adequação das normas de Direito Interno frente às disposições das normas de Direito Internacional.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, sem sequer reduzir uma vírgula do inciso LVII do artigo 5º da Lei Magna, imobilizou sua aplicação frente a um Tratado Internacional que prevê a ilicitude da prisão civil por depositário infiel.

Outro célebre caso, já mencionado, que culminou na mutação constitucional nas normas descritas nos §§ 3º, 4º e 5º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foram os julgamentos da ADI nº 4.277³⁵ e da ADPF nº 132³⁶ ajuizadas contra ato do poder público que não reconheceu a união estável de pessoas do mesmo sexo.

Por último, mas não menos importante, outro caso que recentemente foi calorosamente assistido pela grande população foi o julgamento da ADPF nº 54³⁷, que teve por objeto a discussão sobre a possibilidade de aborto do feto mesoanencéfalo ou anencéfalo sem qualquer punição do Direito Penal, ocasião em que, a maioria da Suprema Corte entendeu pela procedência do pedido.

Em todos os casos, podemos perceber que o Supremo Tribunal Federal interpreta a Constituição dando-lhe voz e aplicando seus preceitos de forma a por em xeque o que diz o constituinte originário sem, contudo, alterar a letra da Lei Magna.

A grande questão que preocupa a doutrina e até mesmo a própria Suprema Corte é se, agindo desta forma, o Supremo Tribunal Federal não estaria deturpando o instituto da mutação constitucional de forma atuar no campo do legislativo quando aquele a quem realmente compete atuar não o faz. Em outras palavras, estará o Supremo Tribunal Federal legislando nas omissões do poder legislativo?

³⁵ Cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Data do Julgamento: 05/05/2011.

³⁶ Cf. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Data do Julgamento: 05/05/2011.

³⁷ Cf. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Data do Julgamento: 12/04/2012.

5.3. Mutação Constitucional e os Efeitos Vinculante e *Erga Omnis*

Antes mesmo de concluir pela abertura de precedentes no que se refere à estruturação estatal a partir da mutação constitucional, é preciso saber se a modificação informal da constituição está adstrita ao efeito vinculante e efeito erga omnis das decisões do Supremo Tribunal Federal. E mais, a mutação constitucional é uma prerrogativa exclusiva da Suprema Corte?

Tais perguntas devem ser respondidas tendo em mente que, por mais errôneo que possa parecer tal afirmação, a mutação constitucional está associada ao controle de constitucionalidade.

Por outro lado, o próprio controle de constitucionalidade não é uma prerrogativa do Supremo Tribunal Federal. Basta ter em mente a decisão do juiz John William Marshall no caso *Marbury vs. Madison* (LENZA, 2011, p. 247), ocasião em que entendeu-se que compete a todo e qualquer juiz defender as normas constitucionais. Pela lógica, portanto, a mutação constitucional estaria presente também no controle difuso de constitucionalidade.

Quando analisamos tal afirmação com mais cautela, contudo, percebemos um pequeno obstáculo que pode ser cabal na construção da teoria da mutação constitucional.

A *priori*, como já afirmado e aqui repetimos, cabe ressaltar que a mutação constitucional não é criada pelo órgão jurisdicionado ou qualquer outro órgão estatal. A mutação constitucional emana da evolução da sociedade e que, portanto, reflete na máquina estatal.

Partindo dessa premissa, devemos ponderar que o controle difuso de constitucionalidade, *ipsis litteris*, não é um controle de constitucionalidade, mas sim um conflito de normas de forma incidental a ser solucionado pelo magistrado.

Outro não é o entendimento de Lenio Luiz Streck (2013, p. 584) ao inflamar a questão:

Em sede incidental – *ratio* do controle difuso -, pode ser “declarada constitucional” uma lei? Os efeitos cruzados previstos no art. 24 da Lei 9.868/199 se aplicam ao controle difuso, inclusive dos Tribunais? A resposta é negativa. Uma coisa é a dispensa da suscitação do incidente quando já houve julgamento no próprio Tribunal ou de Tribunal Superior acerca da inconstitucionalidade. Outra é a “transformação” do julgamento improcedente do incidente em uma “declaração de constitucionalidade”.

Desta forma, podemos denotar que os magistrados não controlam a constitucionalidade em sua plenitude, mas apenas resolvem um incidente processual no curso do processo.

O que, não ocorre contudo, em sede de controle difuso quando este chega ao Supremo Tribunal Federal. Conforme a letra da Lei Magna no artigo 103, inciso III, alíneas “a” e “b”, o Supremo Tribunal Federal dará a última palavra quando o objeto da discussão do recurso extraordinário contrariar o que dispõe a Constituição ou declara-se a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada Lei.

Portanto, impera a assertiva de que a mutação constitucional terá a última palavra, em controle difuso ou não, ao Supremo Tribunal Federal.

E, ainda, existe a possibilidade de interpretação que modifica a constituição em sede de controle difuso, conforme se pode perceber dos próprios julgamentos trazidos no início do capítulo.

Logo, não há que se falar em adstrição da mutação constitucional ao efeito vinculante ou *erga omnis* dado pelo Supremo Tribunal Federal.

6. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 é um instrumento democrático extremamente poderoso. Ao contrário do que se afirma de que a Carta Magna está desatualizada, a bem da verdade é que se trata de algo que está além da compreensão da percepção da hermenêutica jurídica, social e constitucional.

Tamanha é a potencialidade da Constituição que passados 26 (vinte e seis) anos de sua existência, tal lei continua causando embaraços no entendimento de seu intérprete. Criam-se leis, questionam-se a sua constitucionalidade e a cada dia fenômenos jurídicos surgem a partir destes questionamentos.

Constatadas as diversas formas de classificação da Constituição, ainda assim existe divergência doutrinária quanto à qual classificação quanto à sua mutabilidade melhor se amolda à atual Constituição.

Contudo, a grande importância da discussão surge não pela classificação em si, mas, pelos reflexos e implicações que isso gera no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Na medida em que o princípio da rigidez constitucional se perpetua no ordenamento jurídico, mais incisivo deverá ser o controle de constitucionalidade e, por consequência, cada vez mais evidenciam-se os limites materiais expressos ao poder de reforma da constituição.

Evidenciando-se os limites materiais expressos, vários fenômenos surgem a partir da hermenêutica constitucional conforme a interpretação do Texto Constitucional.

Nesse contexto, vários questionamentos começam a aflorar o ordenamento jurídico.

O que é mutação constitucional? A mutação constitucional, como o Poder Constituinte Derivado, altera a Constituição interferindo de forma crítica na tripartição dos poderes?

Tais questionamentos foram elementares para a conclusão da pesquisa, convergindo para a reflexão acerca dos conceitos e características que envolvem o elemento da mutação constitucional.

Dessa forma, é possível concluir que a mutação constitucional realmente altera as normas contidas na Constituição e, muitas vezes, de forma substancial. Contudo, não se trata de uma alteração tal qual o Poder Constituinte Derivado, que se manifesta a partir de uma modificação no texto da Lei Magna.

A mutação constitucional, além de não possuir uma formalidade definida, não ocorre instantaneamente. Obviamente, o Poder Constituinte Derivado não é imediato. Contudo, o tempo não influencia na elaboração das Emendas Constitucionais e por outro lado, o tempo é elementar para a manifestação da mutação constitucional.

Há que se observar também que o instituto da mutação constitucional não é criado pelo agente interpretador da norma, de forma que se trata apenas de sua manifestação no mundo do Direito. Trata-se de uma modificação criada pela

própria evolução ao longo do tempo, fazendo com que a sua exteriorização seja, por vezes, incompatível com a norma vigente.

Por último, como se pôde observar na pesquisa, não há que se falar em violação ao princípio da Tripartição dos Poderes por parte deste ou daquele poder quando da manifestação ou exteriorização da mutação constitucional, tendo em vista principalmente que a interpretação, quando emanada do Poder Legislativo, pode ser submetida ao Controle de Constitucionalidade e, quando inconstitucional, retirada do ordenamento jurídico.

A recíproca é verdadeira, quando a interpretação emanar do Poder Judiciário, o Poder Legislativo poderá, em suas funções ordinárias, afastar a aplicação da interpretação advinda do poder Judiciário quando esta, manifestamente, estiver em desacordo com a Constituição vigente.

Há que se observar também que o princípio da tripartição dos poderes encontra-se cada vez mais relativizado pela doutrina moderna na constatação do ordenamento que regulamenta a estruturação do Estado moderno.

Conforme já fora explanado anteriormente, já foi constatado pela atual doutrina que a Constituição é um instrumento vivo e que acompanha a evolução da sociedade não só porque o Poder Judiciário vem inovando em sua interpretação, mas também porque assim ela foi concebida.

Somente nessa linha de raciocínio é possível entender a crescente modificação informal da Constituição perpetrada pelo Poder Judiciário e auferir que este ato precipuamente condiz com os preceitos constitucionais estabelecidos pelo Legislador Constituinte.

BIBLIOGRAFIA

ÁUSTRIA. Constituição (1920). **Constituição da República Federativa da Áustria de 1920**. Viena: Senado, 1920.

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 2 ed., São Paulo: FTD, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Mutação constitucional**. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo**. 10 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 195.

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. 2 ed., Buenos Aires: Grafica Sur Editora srl, 2005.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 27 ed., Bogotá: Legis, 2012.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. 4 ed., Coimbra: Almedina, 2012.

COSTA E SILVA, Gustavo Just da. **Os Limites da Reforma Constitucional**. 1 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial nas Omissões do Poder Público**. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 1 ed, São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. 1 ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: USP, 2004. 189 fl. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHIAVELLI, Niccolò. **O Príncipe**: Com comentários de Napoleão Bonaparte. 1 ed., São Paulo: Martin Claret, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4 ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1990, p. 126.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 08.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2012.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras, Vol. 1, 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras, Vol. 2, 1891**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras, Vol. 3, 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras, Vol. 4, 1937**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras, Vol. 5, 1946**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras, Vol. 6, 1967 e EC nº 01**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**. 8 ed. Niterói: Impetus, 2006.

_____. ALEXANDRINO, Marcelo. **Reforma Constitucional**. 1 ed. Niterói: Impetus, 2003.

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

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario. DEL RÍO, Alberto Naudon. **Constitución Política de La República de Chile anotada y concordada**. 1 ed., Santiago: Thomson Reuters, 2011.

CASO MARBURY VS. MADISON. **Site da Universidade de Direito de Cornell: Cornell University Law School**. Disponível: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137#writing-USSC_CR_0005_0137_ZO> Acesso em: 20 out 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministros do Supremo Tribunal Federal. **Currículos – Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=36>>. Acesso em: 22 out 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministros do Supremo Tribunal Federal. **Currículos – José Celso de Mello Filho**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=28>>. Acesso em: 22 out 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministros do Supremo Tribunal Federal. **Currículos – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=30>>. Acesso em: 22 out 2014.