

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE PODER CONSTITUINTE DERIVADO
PELO PODER JUDICIÁRIO**

Aline Léa Barbosa

Presidente Prudente/ SP

2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE PODER CONSTITUINTE
DERIVADO PELO PODER JUDICIÁRIO**

Aline Léa Barbosa

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.^o Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/ SP

2015

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE PODER CONSTITUINTE
DERIVADO PELO PODER JUDICIÁRIO**

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

SERGIO TIBIRIÇÁ AMARAL

Orientador

JURANDIR JOSÉ DOS SANTOS

MAURI BUZINARO

Presidente Prudente/ SP

2015

BARBOSA, Aline Léa.

Mutação Constitucional como forma de Poder Constituinte derivado pelo Poder Judiciário/ Aline Léa Barbosa: - Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo". 2015.

Nº. de folhas:81

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2015.

1. Direito Constitucional: Legalidade da Mutação Constitucional pelo Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal.

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho primeiramente a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como universitária, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer.

Agradeço a minha mãe Antônia, um exemplo, que me deu apoio, incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço.

Ao meu pai Ivanil, que apesar de todas as dificuldades me fortaleceu e que para mim foi muito importante.

Obrigada meus irmãos Adriele e Anderson, que nos momentos de dificuldades do estudo superior, sempre fizeram entender que o futuro é feito a partir da constante dedicação no presente.

Agradeço a todos os meus professores por terem proporcionado conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de minha formação profissional, pelo tanto que se dedicaram, não somente por terem me ensinado, mas por terem me feito aprender.

A estes dedico meu trabalho, sem a ajuda, confiança e compreensão de todos, este sonho não teria se realizado.

RESUMO

RESUMO: O presente trabalho busca analisar a origem e constitucionalidade das mutações constitucionais que se traduz nos meios de mudança informais da Constituição, por meio de interpretação _ especificamente aquela feita pelo Poder Judiciário_ que leva a mudança de sentido dado anteriormente ao mesmo texto constitucional, sem que não haja nenhuma mudança no texto da norma. A Constituição é considerada um organismo vivo, e deve ser moldada conforme as necessidades da sociedade em que convive, e é por meio do Poder Judiciário que os grandes conflitos entre o texto constitucional e os casos em concreto são solucionados, pois compete a este órgão julgar os conflitos constitucionais já que a ele é instituído o poder de guarda da constituição. Ocorre que na grande maioria dos casos, a norma expressa não se enquadra perfeitamente na resolução do conflito, fazendo com que o Poder Judiciário como órgão jurisdicional crie uma norma para se amoldar ao caso concreto, ocorrendo as chamadas alterações informais constitucionais, que traduz o fenômeno da Mutação Constitucional. Como a Constituição de 1988, é considerado o estatuto concentrado de garantias no nosso ordenamento jurídico, uma das principais medidas de efetivação das garantias e direitos, foi oportunizar ao Poder Judiciário maior prestígio, para assegurar a norma constitucional idealizada pelo constituinte aos casos de afronta ao direito garantido ao cidadão; ocorre que essa medida, acaba por criar ilimitação das atuações do Poder Judiciário especificamente em sede de controle difuso de constitucionalidade, criando desmedidas mutações, que quando retarda os princípios informadores da constituição, constroem as chamadas mutações inconstitucionais, que violam o princípio fundamental do Estado Democrático de direito.

Palavras-chave: Constituição. Poder Constituinte. Interpretação Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Mutação Constitucional. Mutação Inconstitucional.

ABSTRACT

The current research aims to analyze the origin and constitutionality of constitutional changes that translates the informal meaning of the change of the Constitution through interpretation _ specifically one made by Judiciary Power leading to change the direction previously given the same constitutional text without any change in the text of the standard. The Constitution is considered a living organism and it must be shaped according to the needs of society which is through the Judiciary Power to great conflicts between the Constitution and the cases in concrete that are solved because this organ is made to judge the constitutional conflicts since it is set up the power to guard the Constitution. It turns out in most of the cases, the legal norm expressed does not fit perfectly in resolving the conflict, making the Judiciary Power act as a court to create a rule to conform to the particular case, occurring what is called the constitutional informal changes which translate phenomenon of Constitutional Changes. As the 1988 Constitution is considered a collateral concentrate status of our legal system, one of the main measures of effectiveness of the guarantees and rights was to create opportunities to the courts with prestige, to ensure constitutional rule devised by constituent to cases towards to rights guaranteed to the citizens; However, it creates immediately a limitation of the Judiciary Power to perform specifically in the head office of the diffuse control of constitutionality, creating unreasonable mutations when retard the informative principles of the constitution, they build what is called the unconstitutional mutations which violate the fundamental principle of a democratic state right.

Key-words: Constitution. Constituent Power. Constitutional Interpretation. Supreme Court. Constitutional Changes. Unconstitutional Changes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
2 HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	9
2.1 Classificação Das Constituições	12
2.2 Rigidez Constitucional	15
2.3 Princípios Constitucionais	16
3 PODER CONSTITUINTE	20
3.1 O Poder Constituinte Originário.....	21
3.2 Poder Constituinte Derivado.....	23
3.2.1 Reforma constitucional (Emenda Constitucional E Revisão Constitucional)	25
4 O CARÁTER LIMITADO DO PODER REFORMADOR	28
4.1 Limites Expressos	28
4.2 Limites Formais	29
4.3 Limites Circunstanciais.....	29
4.4 As Cláusulas Pétreas Como Limites Materiais.....	30
4.4.1 Reformulação das cláusulas pétreas	33
4.5 Limites Implícitos.....	35
5 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	38
5.1 Peculiaridades Da Constituição.....	39
5.2 Teoria Da Argumentação	40
5.3 Princípios da Interpretação Constitucional	41
5.3.1 Princípio da concordância prática ou da harmonização	43
5.3.2 Princípio da correção funcional	43
5.3.3 Princípio da máxima efetividade.....	44
5.3.4 Princípio da interpretação conforme a constituição	44
5.3.5 Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade	45
5.4 Limites da Interpretação Constitucional	46
6 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	49
6.1 Mutação pelas práticas Constitucionais	52
6.2 Mutação por Interpretação Constitucional	53
6.3 Mutação por Construção Constitucional.....	54
7. MUTAÇÃO POR CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL FEITA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	56
7.1 Legitimidade da mutação pelo Supremo Tribunal Federal	57
7.2 Hipóteses De Mutação Constitucional Pelo Supremo Tribunal Federal	59
8 INCONSTITUCIONALIDADE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	67
9 CONCLUSÕES	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para esta pesquisa bibliográfica e jurisprudencial foi o fenômeno jurídico denominado mutação constitucional, com um recorte para três casos. Para tanto, usando o método histórico buscou-se definir o constitucionalismo e a Constituição como manifestação da vontade do povo. Constituição é a lei maior de um Estado, possui o maior nível hierárquico em relação às demais leis de um Estado, pois nela está contido descritivamente os temas de maior relevância para uma sociedade num determinado período. A presente monografia também fez uma abordagem jurisprudencial que usou os métodos dedutivo e indutivo. O ser humano para conseguir sobreviver em comunidade precisa ter leis para regulamentar a convivência entre os seres. E a constituição de um Estado é a base de toda essa organização, pois nela será tratado os assuntos de como se organiza o Estado, como este trabalhará para o seu desenvolvimento, fundamentos e objetivos do Estado, ou seja é a expressão maior do povo, e a fonte de legítima soberania, e cada Estado tem suas regras, a constituição é baseada nas necessidades do meio em que sobrevive.

Na constituição encontram-se as regras de estruturação da sociedade, acompanhando as necessidades e as situações da comunidade que a regula, por isso constata-se que a constituição de um Estado é como um organismo vivo, pois expressa a real necessidade que se encontra o meio em que se encontra, sendo então passível de mutabilidade para se adequar com as reais necessidades de quais determinadas épocas que esta se encontra, mantendo um vínculo dialético com o meio em que se encontra, conforme a sociedade passa por transformações, esta se adequa a essas mudanças, transformações estas que podem ser por convicções, os anseios populares, a economia, burocracia, política, religião, educação, saúde, e muitas outras formas de mutações do meio em que vive a constituição. Tendo em vista essa concepção, é possível afirmar que o legislador se encontra destinado a prever mudanças nas normas que abrange a constituição, confere-se então a chamada elasticidade as normas constitucionais, abrindo-se a chance de recepção à constituição para fatos novos que ocorrem após a sua criação.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi concebida logo após o período da ditadura militar, em que todas as garantias individuais e sociais eram restritas, e ignoradas pelo governo autoritário. Com o fim da ditadura o Brasil entrou em um processo chamado de redemocratização, portanto a constituição de 1988 foi criada com o objetivo de assegurar diversas garantias constitucionais para a efetivação de um Estado democrático de direito recém-saído de um regime autoritário de governo, portanto a constituição brasileira é repleta de normas que asseguram direitos absolutos a sociedade que necessitava de amparos legais para efetivação da democracia, encontra-se um extenso rol de direitos e garantias fundamentais expressos logo no início da carta magna, comprovando que a constituição é o texto normativo criado conforme as necessidades que provem a sociedade em que subsiste.

No penúltimo capítulo, discorreu-se sobre os tipos de interpretação, a importância do estudo da interpretação constitucional se faz presente pelo fato de ser a interpretação o principal meio que gera a mutação constitucional. O intérprete atua compatibilizando o texto de lei, com as demais normas e princípios existentes no ordenamento jurídico, de tal forma que a aplicação de qualquer texto de lei, se faz mediante a análise de um conjunto que completam o ordenamento aplicando ao caso em concreto.

É importante destacar, que como o presente trabalho irá discutir sobre as polêmicas mutações constitucionais, há um estudo focado sobre a interpretação constitucional, já que a interpretação da Constituição comporta particularidades por ser o texto maior, e o parâmetro para qualquer interpretação conforme a as demais leis infraconstitucionais, havendo parâmetros dos quais o intérprete tem que seguir.

No capítulo derradeiro, a abordagem foi do tema escolhido e ainda dentro da delimitação do tema houve a descrição das hipóteses de mutação ocorridas da vigente constituição de 1988, hipóteses essas advindas de atuação do Poder Judiciário pelo Supremo Tribunal Federal, percorrendo a crítica sobre as pretensas mutações inconstitucionais que violam os princípios do Estado democrático de direito, finalizando com a indagação de que seria possível ou não a hipótese dessa mudança constitucional, e se possível quais os limites de atuação do Poder Judiciário ao praticar esta conduta, evitando com isso a eterna crise democrática que a Constituição Federal de 1988 tentou cessar.

2 HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A primeira constituição brasileira foi escrita em 1824, logo após a independência do Estado brasileiro, outorgada por Dom Pedro I, tendo uma grande influência europeia em seu modelo de constituição já que logo após a independência conquistada foi a nação a qual era mais propícia se inspirar. Foi considerada uma constituição moderna em relação ao tempo em que foi criada, já que todo Estado que sai de um período de escravidão qualquer direito consagrado é considerado um grande avanço. Moderna, porém controversa, pois a constituição de 1824 foi moderna em institucionalizar e idealizar dividindo os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, entretanto ao mesmo tempo criou-se o chamado poder moderador do qual condicionava todo o poder de veto e escolha ao monarca, interferindo em todos os Poderes já garantidos na constituição, estes então ficando tecnicamente sem autonomia, consagrando então uma constituição monárquica. A monarquia no Brasil teve um período de longa duração, o que faz com que a constituição de 1824 seja o texto legal que mais perpetuou no nosso ordenamento jurídico. Sobre esta constituição um trecho de Raul Machado Horta (2002,p.53/54):

A constituição de 1824 se distinguia por três características principais, na sua concepção da dupla dimensão da matéria constitucional. A primeira consistiu na incorporação constitucional do Poder Moderador, “chave de toda a organização política”, “delegado privativamente ao Imperador, como chefe Supremo da Nação e seu primeiro representante”(art.98). A segunda característica residiu na flexibilidade constitucional da Constituição semirrígida, pois nela se perfilhou a regra de que “e só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos”. Tudo o que não fosse relativo à matéria constitucional poderia ser alterado, sem as formalidades da reforma constitucional, pelas legislaturas ordinárias (art.178). A terceira característica é a liberal Declaração de Direitos e Garantias Individuais, amplamente desenvolvida nos 35 incisos do art.179. A constituição de 1824 disciplinou na norma jurídica a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

Após, houve a promulgação da constituição de 1891, esta foi um grande marco para o Estado brasileiro, pois marca a transição de um Estado monárquico para uma república. Enquanto a constituição de 1824 foi inspirada nas constituições europeias, esta constituição em especial, teve forte influência na constituição dos Estados Unidos da América; percebemos esta influência até mesmo

no nome, que passou a ser chamada de Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, essa inspiração se deu, pelo fato de que à época os Estados Unidos, era o único Estado do qual concedia garantias aos seus cidadãos, e democracia, da qual nenhum outro Estado conseguia, e também pelo êxito que o Estado conseguia por ter sido republicano desde o momento em que teve sua independência. Esta constituição também estabelece uma forma federativa de Estado, deixando de ser este um Estado unitário, constituindo independência entre a união e os Estados-membros, instituindo então, o federalismo dualista.

A constituição de 1934 proporcionou grandes marcos históricos para a República do Brasil, pois esta Carta Magna veio a institucionalizar grandes direitos fundamentais e essenciais a evolução da sociedade brasileira, pois esta constituição foi o primeiro texto legal que tinha como objetivo principal a função social, criando o voto secreto e garantiu-se pela primeira vez o direito das mulheres ao voto, também criou-se a Justiça do Trabalho, dando relevância pela primeira vez a classe trabalhadora, e a Justiça Federal, criando responsabilidades aos cargos executivos que antes detinha grande autonomia; foi a constituição de período mais curto durando apenas 3 anos. Sobre essa constituição Raul Machado Horta faz algumas considerações (2002, p.55/56):

A constituição de 16 de julho de 1934 é verdadeiro marco no território constitucional brasileiro. Manteve a República, o Federalismo, o Presidencialismo, a Declaração de Direitos, matérias que exauriam os temas constitucionais da Constituição liberal de 1891[...]. O alargamento da matéria do texto constitucional é outro aspecto significativo na mudança de rota desencadeada pela Constituição de 1934. O documento de 1934 não repudia a estrutura clássica das Constituições liberais dos séculos XVIII e XIX. É Constituição que contém a organização dos poderes e assegura os direitos individuais. Todavia, não permanece estática nessa dupla dimensão, para nela esgotar a matéria constitucional. Alarga o campo da matéria constitucional, para nele introduzir, ambiciosamente, a ordem econômica e social, a família, a educação e a cultura, registrando, assim, o ingresso do constitucionalismo brasileiro na era dos direitos econômicos e sociais.

O Estado estava vulnerável, e em um momento de instabilidade, deu-se abertura a realização de um golpe de Estado, que foi a criação da Constituição de 1937, conferindo poderes absolutos ao presidente do país, Getúlio Vargas, e a criação desta constituição desconstituiu a divisão de poderes já adotada pelo Estado como forma de governo.

Após a queda do ditador Getúlio Vargas do Poder houve a chamada redemocratização do país e foi promulgada a Constituição de 1946, buscando consagrar e recuperar o estado liberal e democrático objetivando a função social que havia sido instituída anteriormente, e também constituindo novos direitos e garantias em seu texto legal, restaurando-se a democracia novamente ao Brasil.

O grande impasse nesta constituição, é que esta se submeteu a um profundo processo de revisão do qual comportava várias Emendas Constitucionais que davam nova configuração a estrutura da Constituição, além disso, também reconhecia atos institucionais, do qual afetavam drasticamente a concepção da Constituição. E foi mediante um ato institucional que o país em 1964 sofreu um golpe militar instaurando uma nova ordem revolucionária no país. Aos dizeres de Raul Machado Horta sobre o golpe (2002, p.59/60):

Não foram unicamente as emendas constitucionais, no inerente poder de reforma do Congresso Nacional, que afetaram a estrutura da Constituição de 1946. A vigência da Constituição conheceu a interrupção de suas normas pela ação dos chamados atos institucionais, que invocaram, a partir de 9 de abril de 1964, o exercício do poder constituinte revolucionário. O preâmbulo do Ato Institucional de 9 de abril de 1964, denunciando a inspiração decisionista e autocrática de sua fonte, estendeu-se na fundamentação desse poder originário, que deslocou da soberania popular, para ser localizado, por usurpação fática, no titular do Poder Executivo. Os atos institucionais, numa cadeia de outorgas sucessivas, sobrepuseram-se à Constituição Federal, desfigurando os fundamentos do regime democrático nela organizado, para alterar a estrutura dos órgãos, dos Poderes e das competências constitucionais e instaurar o regime da insegurança a da negação de direitos políticos, de direitos e garantias individuais.

A Constituição de 1964 permaneceu em vigência por mais de vinte (20) anos, havendo então a necessidade da promulgação de uma nova carta magna, que foi a Constituição de 1967, que não inovou nada quanto aos direitos fundamentais, e instaurou um grande período de ditadura no país, com emendas à constituição formuladas de forma abusiva sem qualquer consulta ao povo, perdurando um regime duro, e autoritário.

Por fim, veio à promulgação da constituição de 1988 para saciar as necessidades da sociedade após longo período de ditadura militar e de violação aos direitos humanos, tendo como característica principal a consagração de direitos individuais, caracterizada pela constituição mais completa em relação à garantia de direitos a cidadania, concedendo direitos significativos como as eleições diretas, o

direito ao voto secreto até para os analfabetos e o fim da repreensão política e de expressão. No anseio de elaborar esse texto legal, a Assembleia Constituinte foi convocada para a criação de uma constituição que garantisse todos os direitos que necessitavam a sociedade após anos de repreensão provocada pelo período de ditadura militar, e pelo fato da extrema necessidade é que a Carta Magna foi amplamente escrita garantindo todos os direitos reprimidos na sociedade, tornando-se então o texto constitucional mais prolixo que já se teve na história do país, esta constituição também instituiu que as mudanças a serem realizadas em seu texto, somente serão válidas se forem realizadas através de emenda constitucional, cujos requisitos e condições estão expressos no próprio texto legal.

2.1 Classificação Das Constituições

Como já dito anteriormente, a constituição é composta de normas que estruturam o Estado, e neste sentido vale destacar, que conforme a composição e objetividade de cada Estado, o seu texto constitucional revela-se em formas distintas, por isso há a classificação para distinguir as constituições de acordo com as suas características, da sociedade e do Estado que a possui.

Quanto a sua origem, as constituições podem ser: Históricas costumeiras; democráticas ou promulgadas, outorgadas e Cesaristas, segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2013, p.6).

A constituição histórica costumeira é aquela que originam da tradição e costumes da sociedade, que se protraem no tempo, e não se modificam, são imutáveis.

A constituição democrática ou promulgada, é aquela que se legitima por excelência da participação popular, é o povo quem a constrói, de modo indireto, já que é feito através de seus representantes legais, eleitos especificamente para se tornarem a assembleia constituinte e criar a constituição.

A constituição outorgada é aquela imposta pelo governante do Estado, sem a participação do povo propriamente, as constituições brasileiras de 1824, 1937 e 1967 são exemplos de constituições outorgadas, feitas autoritariamente pelo governante do Estado, e imposta ao povo.

A constituição cesarista é semelhante à constituição outorgada, pois deriva também de uma imposição do governante, mas este se justifica como sendo a vontade do povo, dando a ideia de que a população participou.

A constituição brasileira quanto a sua origem é democrática ou promulgada, pois o povo é quem participou originariamente para a criação da Constituinte de 1988 através dos representantes eleitos pelo povo para a elaboração da mesma.

Quanto ao conteúdo as constituições podem ser: materiais ou substanciais e formais ou procedimentais

A constituição material é aquela que traz a matéria de organização ou estruturação do Estado.

A constituição formal é aquela que trata de todos os tipos, e todos os assuntos, constitucionais ou não, também chamadas de procedimentais, pois o rito para serem reformuladas vem disciplinado nelas mesmas.

A constituição Brasileira é formal por excelência, pois o Estado é organizado formalmente, a partir do exercício de poder constituinte originário, por uma constituição escrita e solene, e apenas alterável por meios expressamente por ela trazidos.

Quanto a forma, as constituições podem ser escritas, ou não escritas:

A constituição escrita ou também chamada de instrumental é aquela que vem codificada por meio de um documento solene, portanto se encontram positivada através de um texto normativo, a constituição brasileira de 1988 é por excelência escrita.

A constituição não escrita é aquela em que não vem expressamente redigida em um texto normativo, esta é positivada nos usos e costumes no meio em que se encontra, portanto não vêm descrita e codificada em documento solene; Normalmente essa constituição é encontrada em Estado regido pelo sistema *Commun Low*, baseado no direito consuetudinário, direito este que advém de usos e costumes, das práticas reiteradas e aceitas pela comunidade.

Quanto a extensão as constituições podem ser Sintéticas e Analíticas:

Segundo Luís Roberto Barroso, constituições sintéticas são (2010, p.82):

Quando se limitam a traçar as diretrizes gerais da organização e funcionamento do Estado e de sua relação com os cidadãos, em geral como uso de uma linguagem mais aberta, marcadamente principiológica. Esse formato tende a garantir-lhes maior estabilidade, na medida em que se abrem mais facilmente à evolução interpretativa, sem necessidade de modificações formais.

Portanto constituição sintética é aquela composta por um texto objetivo, tornando o documento conciso e sucinto, todo o conteúdo do texto normativo vem predisposto de modo resumido e objetivo.

Portanto, a constituição sintética apresenta maior abstração no conteúdo de suas normas, em menor detalhamento em seu texto, o que dá a possibilidade de uma interpretação mais extensa por seu intérprete.

Constituição analítica nas palavras de Luís Roberto Barroso (2010, p.82): “Quando desenvolvem em maior extensão o conteúdo dos princípios que adotam, resultando em um aumento do seu texto e em uma redução de espaço de conformação dos Poderes constituídos.

A constituição analítica é aquela oposta ao conceito de concisão, é caracterizado por um texto normativo complexo, prolixo, pois é uma constituinte ampla, e minuciosamente detalhada, contendo todos os anseios e objetivos da sociedade no momento de elaboração do texto, e previsão de outras normas que não necessariamente precisariam estar expressas no texto constitucional. A constituição brasileira de 1988 é propriamente uma constituição analítica e prolixa, pois é extensa, e contém minuciosamente todos os objetivos traçados no momento de sua elaboração.

Quanto à mutabilidade ou processo de mudança, as constituições podem se caracterizar em: Rígidas, Semirrígidas, flexíveis e Imutáveis, de acordo com Uadi Lammêgo Bulos (2010, p.117).

A constituição rígida é aquela que para sua mudança exige um processo solene e rigoroso, bem mais complexo do que o processo de alteração de leis comuns, permitindo apenas a alteração do texto constitucional desde que seja observado o procedimento único e previsto no próprio texto constitucional.

A constituição semirrígida é aquela dividida em duas partes, a primeira parte exige uma rigidez para sua alteração, e segunda parte é flexível podendo ser alterada pelo mesmo procedimento de alteração de uma lei comum, a constituição brasileira de 1824 foi um exemplo de constituição semirrígida.

A constituição flexível é aquela que permite a alteração da mesma forma que é feita a alteração de lei comum, adotando um procedimento único para a criação de leis ou alteração da constituição.

A constituição imutável ou permanente é aquela que na sua criação tem-se a concepção de que será eterna, portanto há uma ideia de que não poderia ser alterada ou revogada já que seria eterna, por toda a concepção de sociedade e constituição como organismo vivo; esta forma de mutabilidade já não é adotada em nenhuma constituição.

A constituição brasileira de 1988 tem como método de processo de mudança a constituição rígida, pois para alterá-la é preciso legitimidade e de um procedimento específico rígido, sendo preciso concorrer todos os requisitos impostos pelo próprio texto constitucional para a mudança.

A Carta Magna de 1988 é uma constituição dirigente, pois estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil em seu texto legal, como o próprio termo já diz, dirige a ação governamental do Estado é como se fosse um projeto que estabelece os objetivos a ser enfrentados pelo Estado como uma direção política permanente.

“Assim, no sentido dirigente, a constituição é o ‘estatuto jurídico do político’, o plano global normativo de todo o Estado e de toda a sociedade, que estabelece programas, definindo fins de ação futura” (LAMMÊGO, 2010 p.110).

É como se a constituição fosse um caderno de planejamento de metas para um determinado projeto, como estratégia de política, para que o Estado não perca o rumo dos seus objetivos propostos na criação do texto constitucional, assim, os programas e princípios são propriamente as metas e o “passo a passo” que o Estado deve seguir para que não perca a real intenção formulada a princípio do texto constitucional.

2.2 Rigidez Constitucional

A rigidez constitucional tem um papel de extrema importância no ordenamento jurídico frente à Constituição Federal, pois é através desse instrumento que ocorre o controle de constitucionalidade das leis, e dos atos normativos, impedindo violações a supremacia dos preceitos constitucionais, leva-se como

analogia o princípio do direito adquirido, em que já está expresso e garantido na constituição a título de direito e garantia como preceito constitucional, a rigidez constitucional tem o papel de velar esse preceito.

A constituição brasileira de 1988 é considerada uma constituição rígida, pois há um quórum específico, solene e difícil para que haja modificação em seu texto em relação à Lei Ordinária. Esse quórum foi formulado analisado por ponderação entre dois lados opostos, conciliando os requisitos de progresso com os de estabilidade, em que ao mesmo tempo funciona como uma “trava de segurança” para alterações inoportunas e inconstitucionais, e também funciona na eficácia de reformas significativas, acompanhando a evolução e necessidade da sociedade.

Tem como objetivo dar estabilidade a Constituição, de forma que para sua alteração através de revisões e emendas exige a compreensão de um procedimento específico para isso, pois está garantido na carta magna os direitos e garantias fundamentais, e por isso há um significado para que a constituição seja rígida, para a proteção do que está garantido em seu texto, no entanto é possível a mudança, porém deve ser respeitado um procedimento solene e rígido para a modificação. Há especificamente um quórum necessário para os assuntos que pretendem ser modificados, funcionando como uma medida de proteção rígida, mas sem com isso, impedir reformas, pois a reformas são necessárias já que a constituição tem principalmente como objetivo acompanhar o ritmo da sociedade em que habita.

2.3 Princípios Constitucionais

Os princípios constitucionais são aqueles que norteiam o texto constitucional pensado no ordenamento jurídico vigente, são as máximas que procuram estabelecer os valores essenciais que comportam a Constituição, dos quais trataremos os relevantes princípios para o assunto em questão:

Princípio da Supremacia Constitucional: É a constatação de que a Constituição é soberana dentro do ordenamento, diz-se suprema, porque não há outras normas jurídicas superiores a Constituição.

Portanto a constituição é parâmetro de validade para as outras normas do ordenamento jurídico, tendo eficácia e validade se estas estiverem de acordo

com o texto constitucional. Em suma, só se fala em supremacia constitucional, se em seu texto há a rigidez para mudança de suas normas, todas as demais normas jurídicas então, devem se adequar ao disposto na constituição.

O STF reconhece a supremacia da Constituição Federal: “Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas do estatuto fundamental. Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia, nenhum ato de governo (legislativo, executivo e judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica” (STF, **ADIn** 2.215-MC/PE, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 17-4-2001).

Essa ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) é decisão do Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática pelo Ministro Celso de Mello) que declara, em sede de fiscalização abstrata a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo quando este não estiver de acordo com o texto constitucional.

Os reflexos da Supremacia Constitucional na ordem jurídica podem ser principalmente constatados através da observância dos princípios da simetria, hierarquia, e razoabilidade, os quais revelam o que se pretende ser analisado nesta obra. São os princípios que demonstram a superioridade da constitucional: Neste sentido: Uadi Lammêgo Bullos (2010, p.127):

A supremacia constitucional é o vínculo de subordinação dos atos públicos e privados na constituição de um Estado. A ideia do princípio da supremacia constitucional advém da constatação de que a constituição é soberana dentro do ordenamento. Por isso, todas as demais leis e atos normativos e atos normativos a ela devem adequar-se.

Princípio da adequação ou da simetria: Postula que haja uma relação simétrica entre normas jurídicas estabelecidas na Constituição Federal, e as regras estabelecidas em constituições Estaduais, e municipais; Mesmo que os Estados-membros e municípios tenham função legislativa, estão sujeitos aos limites estabelecidos pela própria Constituição Federal, pois é a lei máxima do Estado, e por isso todos os atos legislativos estão vinculados a ela.

Princípio da hierarquia: Pela superioridade da Constituição, há uma gradação no ordenamento jurídico, onde a constituição se encontra no topo da pirâmide entre as demais normas, por isso todos os atos públicos e privados devem se submeter a hierarquia constitucional.

Sobre o princípio da hierarquia vale destacar que se estuda essa hierarquia baseado nos estudos de Hans Kelsen, conforme Lammêgo (2010, p.129):

Hans Kelsen formulou o discurso lógico-jurídico mais completo a respeito da posição hierárquica das normas jurídicas; Ensinou que o ordenamento normativo é uma estrutura escalonada, formada de diferentes níveis. No ápice dessa estrutura está a constituição, que condiciona toda a produção normativa do Estado. Existe um vínculo de dependência, em que a validade da norma de escalão menor condiciona à norma de escalão maior. O fim da trajetória, conforme Kelsen está na norma fundamental hipotética, fundamento último de validade dessa interconexão criadora.

Princípio da razoabilidade: Como toda constituição tem seus objetivos traçados em seu texto, os atos públicos e privados devem estar em consonância com os objetivos da constituição, tendo como base a razoabilidade o bom-senso, levando em consideração o sentido de justiça expresso no texto constitucional.

Em sede de Supremacia constitucional e força normativa da Constituição importante mencionar um trecho da obra do jurista alemão Konrad Hesse, traduzida para o português por Gilmar Mendes sobre o Título “A força Normativa da Constituição” (1999, p.24 – 25):

A intensidade da força normativa da constituição apresenta-se em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de constituição. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é em tempos tranquilos e felizes que a constituição normativa vê-se submetida a sua prova de força. Em verdade,, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre ao significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstancias fáticas.

Assim compreende-se que a constituição não é um simples texto escrito em papel para regulamentação, e sim normas que demonstram ser eficazes para a resolução de conflitos, pois a prova da força normativa da constituição não se dá em tempos de paz, e sim em tempos de necessidade, ou seja, o quanto eficaz é a norma para resolução de conflitos de interesses da sociedade a qual regula. Portanto a constituição está diretamente vinculada à vida da sociedade, a vida, e realidade histórica do momento em que vive, mantendo dependência direta com a realidade político-social. E é nos casos de conflito que se percebe a verdadeira força normativa da Constituição como norma que tem superioridade para orientar a resolução do conflito existente.

3 PODER CONSTITUINTE

Poder Constituinte é a expressão por excelência de poder, pois é a potência que elabora a constituição, e por consequência cria um tipo de estado novo e diferente, sendo caracterizado pela ruptura. Sua finalidade se resume na criação, reforma e mutação das “cartas magnas”, por isso é de extrema importância, tornando possível afirmar que inexistindo Poder Constituinte, inexistem também constituição, inexistem uma ordem jurídica. Segundo Luiz Alberto Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p.42-43):

A elaboração de um novo texto constitucional é obra do poder constituinte. A ideia de um poder que cria constituição nasceu, ao tempo da Revolução Francesa, com o pensamento jurídico de Emmanuel Sieyès¹, em um panfleto denominado “Que é o terceiro Estado?”. Sieyès sustentou que a formação da sociedade política podia ser separada em três estágios distintos. O primeiro caracterizado pela existência de indivíduos isolados, aos quais, entretanto, comente pela vontade de desejarem reunir-se, deveriam ser atribuídos os direitos de uma nação. O segundo, peculiarizado por uma espécie de democracia direta, onde os indivíduos, reunidos deliberariam sobre os assuntos de interesse comum. E o terceiro, em que a deliberação das questões de interesse comum seria delegada a representantes, escolhidos dentre os membros dessa sociedade. Nessa terceira fase, a instrumentalização da representação demandaria a estruturação de órgãos de governo, tornando necessária a existência de uma constituição.

Existem diversas formas de manifestação do Poder Constituinte, espécies estas que desempenham cada função específica quanto ao poder de constituir:

¹ **Emmanuel Joseph Sieyès**, foi um político, escritor e eclesiástico francês. A sua obra mais importante foi o panfleto "*Qu'est-ce que le tiers état ?*" (O que é o terceiro Estado?, em tradução livre; "A Constituinte Burguesa", no Brasil), publicado às vésperas da Revolução Francesa. Nesta obra, Sieyès, com base na doutrina do contrato social (John Locke, Jean-Jacques Rousseau), vislumbrava a existência de um poder imanente à nação, superior aos poderes ordinariamente constituídos e por eles imodificáveis: o *poder constituinte*. Além de legitimar a ascensão do Terceiro Estado (o povo) ao poder político, a obra traçou, portanto, as linhas mestras da Teoria do Poder Constituinte, ainda hoje relevante para o estudo do Direito Constitucional.

3.1 O Poder Constituinte Originário

É o poder propriamente dito, aquele constrói que cria a constituição. Possuindo esta espécie características próprias, quais sejam; inicialidade: pois este cria um novo Estado; soberania: pois está acima de todos os outros poderes, não se vinculando a nenhum outro poder preexistente; incondicionalidade: pois este está livre de qualquer formalidade já que está criando a norma máxima de regulamentação; latente: pois está pronto para ser acionado a qualquer momento; inalienável: a medida que os seus titulares devidamente nomeados não poderão hesitar em exercê-lo; baseado sobre o critério da especialidade, pois este é competente para a criação somente da constituição federal, não podendo ser acionado para a criação de leis comuns.

O Poder Constituinte Originário tem natureza jurídica fática, tendo em vista que este não está submetido a nenhuma regulamentação anterior, pois surge das necessidades da sociedade, do meio em que se manifesta.

Quanto a Titularidade do Poder Constituinte, esta deve ser emanada do povo, pois se o texto constitucional baseia-se na necessidade da sociedade e do meio em que é constituído, torna-se então necessário que o povo é quem seja o titular deste direito. Porém até nos regimes totalitaristas o povo é quem é o titular do Poder Constituinte, devemos considerar a diferença entre titularidade de um poder, e um exercício de um poder. Pois o povo é titular do poder constituinte, mas não é quem exerce o poder de constituir, é constituído a uma elite o poder de constituir, o povo é representado por uma cúpula reunida especificamente para elaboração da constituição, que é a assembleia constituinte. Mas até que ponto o povo realmente consegue controlar sua titularidade para ser deposta ao exercício do poder constituinte?

Segundo Friedrich Muller (2004, p.57):

A expressão “constituinte da constituição” tende a induzir a caminhos errôneos. Será que o poder constituinte não esta, sobretudo nas mãos daquela a qual constituição é entregue, deixada, confiada, que a partir de então deverá ser o ultimo ponto de atribuição e titular da legitimação da sua existência continuada, da sua vigência, que deverá dispor sobre essa constituição no futuro? O constituinte da Constituição não entrega a Constituição, não larga de mão. Ela lhe é colocada à disposição para a práxis futura.

Diante dessas indagações e expressões de Muller, percebe-se uma questão relevante diante da polêmica do Poder Constituinte, pois a titularidade não está absolutamente entregue ao povo como muito se vê nas histórias dos textos constitucionais, já que até uma monarca soberano pode criar a constituição federal de uma nação unitariamente, e induzir que o poder constituinte é o povo, e que foi o povo quem elaborou o texto constitucional, quando na verdade através do sistema imposto, o povo, que é a legitimação da sociedade em que se manifesta não elaborou, e não ajudou para a criação da carta magna que o regulará. A constituição realmente necessita da forma de expressão do povo, este deve ser efetivamente destinatário das leis que estão reproduzindo para que o texto legal cumpra efetivamente com o objetivo de regular a sociedade, portanto a expressão poder constituinte não deveria ser apenas expressão de um texto constitucional, mas sim como uma norma para critério de aferição de legitimidade e eficácia do Poder Constituinte.

Na Constituição atual, o exercício do poder constituinte é democrático, pois está consagrado que é o povo que decide sobre a procedência do texto legal, devendo prevalecer sempre a vontade universal, sendo esta representada por agentes propriamente designados para a função de legislar.

Antônio Negri atenta-se ao paradoxo que ocorre entre o constitucionalismo, e a ciência jurídica; o constitucionalismo afirma ser o poder constituinte um poder absoluto, sem restrições, ilimitado, e a ciência jurídica estabelece limites ao Poder Constituinte, caracterizados pelo filósofo italiano por limites temporais, e limites espaciais (2002, p.9):

Eis-nos, com esta definição, diante de um paradoxo extremo: um poder que surge do nada e organiza todo o direito... Um paradoxo que, precisamente pelo seu caráter extremo, é insustentável. E, no entanto, a ciência jurídica nunca se exercitou tanto naquele jogo de afirmar e negar, de tomar algo como absoluto e depois estabelecer-lhes limites- que é tão próprio do seu trabalho lógico- como o fez a propósito do poder constituinte.

Ao mesmo tempo em que se afirma que o Poder Constituinte é ilimitado, este conflitualmente também é limitado; Os limites temporais têm por objetivo transformar o poder constituinte em caráter excepcional, impondo a este um tempo necessário para ser elaborado, este fica sendo considerado como um poder

extraordinário, findando-se com a própria revolução da qual foi instituída pelo próprio poder constituinte, e este devendo ser encerrado.

Os limites espaciais reduzem a eficácia do Poder Constituinte, limitando-se como mera norma de direito, este acaba sendo comparado como qualquer outra norma de controle de constitucionalidade, tornando-se uma norma de revisão constitucional.

Diante dessas limitações Negri afirma ocorrer a desnaturalização do poder constituinte, pois este que antes era soberano, e ilimitado, acaba sujeitando-se as regras como todas as outras normas do direito são submetidas (NEGRI, 2002, p.11):

Deste modo o poder constituinte é absorvido pela máquina da representação. O caráter ilimitado da expressão constituinte é limitado da sua gênese, porquanto submetido às regras e a extensão relativa do sufrágio; no seu funcionamento, porquanto submetido às regras parlamentares; no seu período de vigência, que se mantém funcionalmente delimitado, mais próximo a forma da ditadura clássica do que a teoria e as práticas da democracia.

Conclui-se então que toda a afirmação teórica de que o poder constituinte emana do povo, e este é ilimitado com o objetivo de atender puramente a necessidade da sociedade, acaba sendo destituídos pelos limites objetivos impostos ao poder constituinte. A representação então acaba que por retirar toda a força normativa que estava nas mãos do povo, tornando-se este poder uma mera faculdade de produção de normas pelo constituinte legitimado.

3.2 Poder Constituinte Derivado

Embora as Constituições sejam produzidas para perdurarem no tempo, a sociedade pode aclamar ajustes no texto constitucional, e para prevenção de que haja necessidade de uma alteração de toda a constituição, o próprio Poder Constituinte Originário prevê a possibilidade de alterações parceladas conservando a essência da constituição vigente, ou seja, modificar o necessário no texto da Lei maior.

Poder Constituinte derivado: Quando já existe o texto constitucional formulado, precisando este passar por modificações e reformas; podendo se

manifestar perante o poder constituinte derivado reformador quando se tratar da constituição, e poder constituinte derivado, quando este faz a criação e modificação das constituições estaduais.

Este não é um poder absoluto tendo em vista que a própria carta magna delimita este poder, instituindo requisitos a serem respeitados em seu próprio texto constitucional. Este poder não existe por si próprio, por isso chamado de derivado, pois deriva-se do poder constituinte e da constituição criada para sua existência.

Segundo Friedrich Muller (2004, p.58):

Quanto ao conteúdo, o “constituir” somente pode ser unitário enquanto constituição forçada; na melhor das hipóteses ele é consensual, mas com decisão da maioria. Em regra, somente a unidade formal do documento constitucional e da sua dignidade mais elevada em termos de hierarquia de normas subsiste diante das prescrições especiais (e.g. emenda dificultada, normas de controle, procedimentos de verificação). Quanto ao seu conteúdo, bem como a sua origem e função históricas, as normas da constituição são em regra heterogêneas. As emendas posteriores da constituição também aparecem no “quadro” do ordenamento geral, quer dizer, sem tocar o complexo do poder constituinte, como uma fonte de falta de unidade do “constituir”: pois a lei fundamental de um Estado sempre vige na sua versão atual. Ela é, portanto, atribuída nessa respectiva versão atual ao “povo”, enquanto titular da legitimação, sem ter sido “constituída” nesses casos (originariamente) pelo povo; aqui o sistema representativo _alteração da constituição por meio de legislação parlamentar qualificada_ sobrepõe-se a metáfora da “constituição” da constituição, que sugere, enquanto tal, essa imediatidade.

Muller faz outra crítica ao Poder Constituinte, pois fica claro a distancia deste poder reformador diante da legitimação do povo, já que este poder é impor limites e requisitos que são totalmente desconhecidos pelo povo, que muitas das vezes não se sabe que foi realizado a reforma, tendo em vista a sua participação idealizada, mas praticamente inexistente.

Assim, fica demonstrada a insuficiência quanto a participação do povo sobre a reforma da Constituição, tendo em vista que essa reforma muitas vezes pode ser de grande complexidade dentro do texto constitucional, e toda a modificação ocorre sem o crivo do povo, que teoricamente é o titular do direito de criação da Constituição.

3.2.1 Reforma constitucional (Emenda Constitucional e Revisão Constitucional)

Embora os detentores do poder originário acreditem que seu trabalho deva durar, a Constituição precisa ser atualizada por ser a sociedade dinâmica em valores, ideias e fatos. Portanto, é necessário um poder secundário que possa fazer mudanças e acrescentar novos direitos dentro de limites pré-estabelecidos. O Poder Constituinte derivado se manifesta de várias formas quando o tema tratado é a mudança no texto constitucional. Luís Roberto Barroso faz uma importante distinção (2010, p.144):

[...] Portanto, na história dos Estados, há momentos constitucionais nos quais o povo, a cidadania, impulsiona de maneira transformadora o processo social. Institucionalizada a nova ordem, o poder constituinte cede o passo ao poder constituído, o povo dá a vez a seus representantes. Esse aspecto envolvendo a participação cívica constitui um elemento diferenciador fundamental porque, via de regra, os membros da assembleia constituinte e aqueles que vêm a integrar o parlamento acabam sendo substancialmente os mesmos. Mas as condições históricas e políticas de sua atuação, em razão do grau de mobilização popular, são muito diferentes.

Barroso distingue dois momentos afirmando que o Poder Constituinte assim que elaborado o texto constitucional, transforma-se em Poder Constituído, já que serão os mesmos membros que elaboraram e que irão modificar o texto da lei, preservados os limites já instituídos no Poder Constituinte Originário, sendo então possível realizar alterações na constituição.

Esse fenômeno é denominado como Reforma Constitucional, que se materializa através de mecanismos definidos pelo Poder Constituinte Originário. Essas modificações se manifestam de duas formas; por Emenda Constitucional e Revisão Constitucional.

Lammêgo Bulos (2010, p. 397), afirma que emenda e revisão constitucional são espécies do gênero reforma constitucional, “Diz-se emenda constitucional o recurso instituído pelo poder constituinte originário para realizar modificações em pontos específicos e localizados do texto maior”.

Ainda segundo o autor, “[...] Já a revisão constitucional, que também é um recurso instituído pelo poder constituinte originário, objetiva mudar a constituição amplamente.” (BULOS, 2010, p.397).

Portanto, a constituição brasileira de 1988 prevê as duas possibilidades de reforma constitucional instituído como emenda constitucional e revisão constitucional. Ambas possuem rito específico que devem ser respeitados em se tratando de uma mudança do texto maior do ordenamento jurídico brasileiro.

O regime jurídico da emenda constitucional é previsto na própria constituição federal em seus artigos 59 e 60:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

- I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
- II - do Presidente da República;
- III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

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

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

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Já a revisão constitucional é prevista no Ato das Disposições constitucionais transitórias, aqui a revisão tem importante diferença em relação à emenda constitucional, pois essa norma por estar compreendida no texto do ADCT tem cumprimento obrigatório, tendo prazo certo de 5 (cinco) anos contados da promulgação da constituição federal. Pode-se definir a revisão como um “filtro obrigatório” ou como autoconservação da constituição, tendo como objetivo retirar as

normas que já não se justificam mais, substituindo por alguns atributos novos, para a revitalização do texto.

Art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT):

Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Portanto a diferença substancial entre os dois institutos é que a emenda constitucional é usada para uma reforma de pequena extensão, já a revisão é para reforma de uma amplitude vasta, ou seja, revisa todo o texto constitucional. Assim que cumprida a formalidade da revisão constitucional no prazo estipulado pelo Art.3º do ADCT não há mais o que se falar em revisões constitucionais no Brasil, portanto o único mecanismo de reforma que resta é a Emenda Constitucional.

No Brasil essa diferenciação não faz muito sentido, tendo em vista que temos o péssimo hábito que deturpar o está regulamentado. Em 1994 seguindo o que foi estipulado no Art. 3º do ADCT, onde obrigatoriamente deveria ser realizada a revisão constitucional, houve a revisão, porém, as alterações foram poucas (somente seis alterações), portanto o instituto da revisão não foi aproveitado como o texto da lei previa. Entretanto, em se tratando de emenda constitucional, o parlamento brasileiro utiliza-se desse instituto irrestritamente, contabilizando um número grande de reformas que foi almejado na revisão constitucional. E é por isso que na prática é irrelevante a distinção dos gêneros de reforma constitucional.

4 O CARÁTER LIMITADO DO PODER REFORMADOR

Sendo um poder instituído, o poder de reforma está sujeito a limitações tanto quanto a sua forma, tanto quanto ao seu conteúdo.

Segundo Gilmar Mendes (2009, p.250):

Se a reforma da Constituição tem por objetivo revitalizar a própria Constituição como um todo, é de entender que a identidade básica do texto deve ser preservada, o que, por si só, já significa um limite à atividade de reforma. O próprio constituinte originário pode indicar os princípios que não admite sejam modificados, como forma de manter a unidade no tempo do seu trabalho.

Os limites não podem ser vistos como uma impossibilidade de mudança constitucional, mas sim como um parâmetro para que não perca, na essência, os princípios que foram baseados a Constituição Federal.

4.1 Limites Expressos

Por se tratar de um poder político, o Poder Constituinte Originário é sempre revolucionário tendo o poder de construir uma nova ordem constitucional, promovendo uma ruptura com o passado, e sobre esses efeitos justifica-se esse poder ser ilimitado, na ordem jurídica preexistente. Porém o mesmo não ocorre com o Poder Constituinte Derivado ou Reformador, pois este encontra limites regidos pela Constituição, permitindo a reforma desta, mas com o resguardo de assegurar a identidade da Constituição, por este poder ser uma competência juridicamente vinculada.

Sobre a natureza jurídica desses limites na concepção de Luís Roberto Barroso (2010, p.146-147):

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

Os limites expressos são aqueles que se encontram expressamente descritos no texto da Constituição Federal, se subdivide em: limites expressos formais, circunstanciais e materiais.

4.2 Limites Formais

Também são chamados de procedimentais e de rito, pois como o próprio nome já diz, consagram um procedimento especial que deve seguir para a alteração da lei maior, diferentemente da elaboração quanto às leis ordinárias, tendo em vista que a constituição de 1988 funda-se em constituição rígida, portanto é da rigidez constitucional que resulta em um procedimento específico para a reforma do texto constitucional.

Essa limitação vem expressa no já mencionado Art.60 §2º dispondo que, as propostas de emendas constitucionais devem ser discutidas e votadas em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovadas as que obtiverem 3/5 dos votos dos deputados e senadores.

4.3 Limites Circunstanciais

São as vedações expressas de reforma em período de instabilidade enfrentado pelo Estado. O §1º do art.60 diz que “a constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa, ou de estado de sítio”.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (2010, p.401):

Requisitos dessa estirpe procuram assegurar que as deliberações de conjunto sejam tomadas em ambiente de paz e liberdade, evitando imposições de força ou a prevalência de interesses unilaterais. É nesse sentido que a Constituição assegurou que as decisões reformistas sejam tomadas em ambiente tranquilo, sem a pressa que os momentos difíceis e conturbados comumente ensejam.

Esse limite impede que a reforma se dê em momentos de anormalidade institucional, já que os limites do poder reformador tem por objetivo manter a essência da Constituição criada pelo Poder Constituinte Originário, não seria viável a mudança em momentos de instabilidade, pois a fragilidade em manter princípios nesta situação seria extrema.

4.4 As Cláusulas Pétreas Como Limites Materiais

Os limites materiais são aqueles trazidos expressamente no texto da Constituição com o objetivo de conservar os valores máximos, que são a base do conteúdo constitucional.

Segundo Luís Roberto Barroso (2010, p.160), como muitas vezes registrado, as constituições não podem aspirar à perenidade do seu texto. Se não tiverem plasticidade diante de novas realidades e demandas sociais, sucumbirão ao tempo. Por essa razão, comportam mecanismos de mudança formal e informal, pressupostos de sua continuidade histórica. Nada obstante, para que haja sentido na sua preservação, uma Constituição deverá conservar a essência de sua identidade original, o núcleo de decisões políticas e de valores fundamentais que justificaram sua criação. Essa identidade, também referida como o *espírito da constituição*, é protegida pela existência de limites materiais ao poder de reforma, previstos de modo expresse em inúmeras cartas. São denominadas cláusulas de intangibilidade ou cláusulas pétreas, nas quais são inscritas as matérias que ficam fora do alcance do constituinte derivado.

A Constituição de 1988 tem valores essenciais, e direitos que dão identidade ao texto maior do qual utilizada por Barroso a expressão “espírito da constituição”; E isto é o que justificava impor limites ao poder de reforma, estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário. Os limites materiais, são as matérias da qual nenhuma reforma poderá atingir ou modificar, sob pena de perder a

essência constitucional. Essas matérias são denominadas no nosso ordenamento jurídico por Cláusulas pétreas.

Essas cláusulas vêm expressas na constituição de 1988:

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

I: a forma federativa de Estado;

II: o voto secreto, direito, universal e periódico;

III: a separação dos poderes;

IV: os direitos e garantias individuais

Diferentemente dos Estados Unitários e das Confederações o Brasil adotou como forma de Estado a Federação de forma a ser um Estado soberano composto por diversas organizações territoriais com autonomia, e dotadas de governo próprio que delegam a soberania ao Estado Federal e se subordinam a uma única constituição federativa.

Conforme o inciso I do artigo supracitado, o Poder Constituinte Originário quando elaborou o texto maior, escolheu como forma de Estado a Federação, um tipo de união indissolúvel que é considerada pela Doutrina como cláusula pétrea, e, portanto nenhuma reforma constitucional pode modificar essa definição de Estado, evitando insegurança jurídica, essa alteração seria muito profunda e exigiria uma nova manifestação do titular da soberania, o povo.

Segundo Barroso (2010, p.162/163), o Inciso II que institui o voto direto, secreto, universal e periódico, é o segundo fundamento de legitimação das cláusulas pétreas, sendo a defesa da democracia. No Estado constitucional de direito, diversos institutos se desenvolveram no exato ponto de inserção entre constitucionalismo e democracia, exibindo a tensão que por vezes surge entre ambos. São os exemplos dessa situação a rigidez constitucional _que exige maioria qualificada para aprovação de emendas_ e os limites materiais ao poder de reforma. E, também, o controle de constitucionalidade _que permite à corte constitucional invalidar deliberações legislativas da maioria. Relembre-se que o constitucionalismo se funda na limitação do poder e na preservação de valores e direitos fundamentais. A democracia, por sua vez, é um conceito construído a partir da soberania popular, em cujo âmbito se situa a regra majoritária. Assim sendo, sempre que se impede a

prevalência da vontade da maioria produz-se, automaticamente, uma tensão com o princípio democrático.

Portanto, a democracia é considerada uma grande conquista em termos de Estado e soberania popular na Constituição de 1988, sendo uma grande afronta aos direitos constitucionais garantidos ao povo, dar liberdade ao poder reformador alterar essa instituição.

No inciso III o artigo define a separação dos Poderes como cláusula pétreia:

O Estado Brasileiro para garantir a liberdade política estabeleceu a divisão dos poderes em Legislativo, Executivo, e Judiciário, determinando que para cada um desses ramos haja uma função governamental correspondente, possuindo autonomia própria, para a garantia de um Estado de direito justo, do qual um órgão só não poderia exercer as três funções sem desvirtuar a instituição democrática.

O derradeiro inciso IV traz em seu bojo os direitos e garantias individuais, são resultantes de uma histórica evolução constitucional, pois são conquistas diretas da luta do povo para conter o extremo poder estatal. As normas constitucionais que determinam em seu texto, direitos e garantias individuais são limitações ao poder autoritário e prevalência dos direitos fundamentais, de forma a evitar abusos decorrentes de uma minoria, e garantia ao povo, o poder de escolha. Portanto a reforma que implica na mudança ou na extinção desses dispositivos e princípios seria um retrocesso à sociedade, que já evoluiu ao conseguir essas garantias.

Em sede de uma ADIN (Ação direta de inconstitucionalidade) o Pretório Excelso ao decidir sobre a proposta de uma emenda que pretendia instituir a pena de morte no Brasil através de plebiscito afirmou:

O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade. (STF, Pleno, Adin 466/91/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 9-4-1991, DJ, 1 de 10-5-1991, p.5929).

Os limites materiais do poder reformador estão no sentido de evitar as “miniconstituintes”, preservando a ordem jurídica pátria, o poder reformador não pode fazer propostas de emenda sem observar os procedimentos técnicos consagrados pelo Poder Constituinte Originário, abomina-se uma “fraude à constituição”. Portanto o Art.60 §4º é um importante mecanismo de defesa, em preservação da essência constitucional.

4.4.1 Reformulação das cláusulas pétreas

As cláusulas pétreas podem se reformuladas? Essa é uma pergunta, pois a proibição é de retirada de conteúdos e não de crescer.

No tocante às cláusulas pétreas se faz necessário explicar o importante papel da Declaração Revolucionária Francesa de 1789. Esta declaração é de extrema relevância por marcar a transição dos direitos humanos e fundamentais do universo do jusnaturalismo para o universo do positivismo, em países democráticos e positivados (como é o caso do Brasil), ou seja, transportou os direitos humanos e fundamentais do campo naturalista, para a lei, positivando-os em suas constituições.

Gilmar Mendes declara a grande importância da declaração Francesa na Constituição brasileira (2009, p.266):

O cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio texto positivo.

Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação _ o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos.

Essas ideias tiveram decisiva influência sobre a declaração de Direitos da Virgínia, e sobre a Declaração francesa, de 1789.

A influência da Declaração Francesa foi de tamanha importância para concretização desses direitos no texto constitucional como estatuto do Estado, que reconhece os direitos inerentes ao indivíduo diante do convívio social.

É possível verificar que tamanha importância dos direitos fundamentais, são resultados de uma maturação histórica se tornando normas obrigatórias, pelo fato da árdua conquista, os tornando imperativos no ordenamento jurídico. O homem passa a ter extrema importância no Estado, e a Declaração Francesa mostra um dos principais institutos de positivação desses direitos em que prevalecem o homem, esses direitos se tornaram normas obrigatórias, exigíveis judicialmente. E com base nesses direitos que se constroem as normas e princípios constituídos como “espírito constitucional”, que são imodificáveis, inerentes aos homens, por isso a justificação das cláusulas pétreas.

Segundo Gilmar Mendes, a finalidade da cláusula pétrea é (2009, p.252-253):

A cláusula pétrea não existe tão-só para remediar situação de destruição da Carta, mas te, a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro.

A cláusula pétrea não tem por meta preservar a redação de uma norma constitucional _ ostenta, antes, o significado mais profundo de obviar a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição. Esses princípios, essas estruturas é que se acham ao abrigo de esvaziamento por ação do poder reformador.

Alguns doutrinadores entendem haver a possibilidade do chamado instituto “dupla revisão”.

Segundo Barroso (2010, p. 145/165), em sede doutrinária, a tese da dupla revisão tem defensores e críticos de expressão. Na medida em que as cláusulas pétreas representam o núcleo de identidade e a reserva moral de uma dada ordem constitucional, devem elas ser imunes à possibilidade de reforma. Se o poder constituinte derivado puder alterar as regras acerca do seu próprio exercício, ele se torna onipotente, convertendo-se indevidamente em originário. Alguns autores admitem a possibilidade de supressão das cláusulas pétreas desde que tal reforma seja levada à ratificação popular. É bem dever, no entanto, que o referendo, para equiparar-se ao poder constituinte originário, exige elementos subjetivos e objetivos.

Se eles estiverem presentes, a reforma será legítima, não como obra do poder reformador, mas pela chancela do constituinte originário.

Pelo raciocínio dos defensores da dupla revisão, as cláusulas pétreas poderiam ser modificadas, sob a justificativa de que apenas atingiria uma imodificabilidade apenas relativa, já que viria de uma reforma constitucional, obra do Poder Constituinte Derivado, portanto legal, podendo sofrer alteração, não persistindo qualquer obstáculo para a deliberação de emendas tendentes a modificar as cláusulas pétreas.

4.5 Limites Implícitos

Por meio da interpretação constitucional levando em conta os seus princípios é possível pensar que existem limites que não estão escritos expressamente, são os limites que independentemente de previsão expressa o Poder Reformador estará sujeitos a eles. São compostos de pressupostos democráticos que sustentam a constituição. São quatro estes limites:

1º: Os direitos fundamentais (ao menos partes deles já estão defendidas expressamente em cláusulas pétreas expressas); As emendas, portanto não podem alterar restringir nem abolir os direitos e garantias fundamentais.

2º: As emendas constitucionais não tem competência para alterar a titularidade do poder originário;

3º: Não pode ser objeto de reforma também a mudança dos titulares do poder reformador, não podendo renunciar, nem delegá-la, já que é uma delegação instituída pelo poder constituinte originário;

4º: O poder reformador também não pode modificar (simplificar ou dificultar) o processo legislativo especial para emenda, instituído pelo poder constituinte originário, por se tratar de uma delegação, também jamais pode ser objeto de modificação daqueles que são subordinados.

O precedente a seguir publicado no Diário de Justiça da União é decisão acerca de um Mandado de Segurança impetrado no Supremo Tribunal Federal, tendo como relator ministro Celso de Mello contêm em seus fundamentos, importantes conclusões sobre as matérias dos limites do poder reformador. Destacam-se duas informações: todo o processo de formação ou alteração de leis

encontra-se suscetível ao controle difuso exercido pelo Poder Judiciário; reconhece-se a subordinação jurídica pelo poder Reformador, aos limites impostos ao Poder Constituinte Originário.

Reforma Constitucional - Controle Jurisdicional (Transcrições)

MS 24.645-MC-DF*

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE JURISDICIONAL DO PROCESSO PARLAMENTAR DE REFORMA CONSTITUCIONAL E DE ELABORAÇÃO DAS LEIS. LEGITIMIDADE ATIVA DOS MEMBROS DO PODER LEGISLATIVO. A QUESTÃO DAS LIMITAÇÕES JURÍDICAS AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL OUTORGADO AO CONGRESSO NACIONAL. A NATUREZA JURÍDICA DO PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO. OBRIGAÇÃO PROCESSUAL DE FUNDAMENTAR, ADEQUADAMENTE, A ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA.

DECISÃO: "O processo de formação das leis ou de elaboração de emendas à Constituição revela-se suscetível de controle incidental ou difuso pelo Poder Judiciário, sempre que, havendo possibilidade de lesão à ordem jurídico-constitucional, a impugnação vier a ser suscitada por membro do próprio Congresso Nacional, pois, nesse domínio, somente ao parlamentar - que dispõe do direito público subjetivo à correta observância das cláusulas que compõem o devido processo legislativo - assiste legitimidade ativa 'ad causam' para provocar a fiscalização jurisdicional." A "ratio" subjacente a esse entendimento jurisprudencial apóia-se na relevantíssima circunstância de que, embora extraordinária, essa intervenção jurisdicional, ainda que instaurada no próprio momento de produção das normas pelo Congresso Nacional, tem por precípua finalidade assegurar, ao parlamentar (e a este, apenas), o direito público subjetivo - que lhe é inerente - de ver elaborados, pelo Legislativo, atos estatais compatíveis com o texto constitucional, garantindo-se, desse modo, àqueles que participam do processo legislativo, a certeza de preavalecimento da supremacia da Constituição, excluídos, necessariamente, no que se refere à extensão do controle judicial, os aspectos discricionários concernentes às questões políticas e aos atos "interna corporis", que se revelam essencialmente insindicáveis (RTJ 102/27 - RTJ 112/598 - RTJ 112/1023 - RTJ 169/181-182).

Foi por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a essencial subordinação jurídica do poder reformador do Congresso Nacional às limitações impostas por normas constitucionais originárias, proclamou que uma emenda à Constituição - que transgrida tais restrições - "pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a de guarda da Constituição..." (RTJ 151/755-756, Rel. Min. SYDNEY SANCHES).

O poder de reformar a Constituição, portanto, não confere ao Congresso Nacional atribuições ilimitadas, pois a instituição parlamentar não está investida do inaceitável poder de violar "o sistema essencial de valores da Constituição, tal como foi explicitado pelo poder constituinte originário", consoante adverte, em preciso magistério, VITAL MOREIRA ("Constituição e Revisão Constitucional", p. 107, 1990, Editorial Caminho, Lisboa).

Como precedentemente enfatizado, o processo parlamentar de reforma constitucional, embora passível de controle jurisdicional, há de considerar, unicamente, para efeito de aferição de sua compatibilidade com preceitos

revestidos de maior grau de positividade jurídica, as normas de parâmetro que definem, em caráter subordinante, as limitações formais (CF, art. 60, "caput" e § 2º), as limitações circunstanciais (CF, art. 60, § 1º) e, em especial, as limitações materiais (CF, art. 60, § 4º), cuja eficácia restritiva condiciona o exercício, pelo Congresso Nacional, de seu poder reformador.
Ministro CELSO DE MELLO
Relator

* decisão publicada no DJU de 15.9.2003 (Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo320.htm>> acesso em: 15.10.2015

O titular do Poder Originário quando da realização da Assembleia Nacional buscou traçar alguns limites visando fortalecer valores e princípios da democracia. Portanto, dentro de uma interpretação sistemática e principiológica, esses devem ser reconhecidos também como limites de modificações. Esses limites são importantes meios para o reconhecimento de que a Constituição se trata do texto supremo em relação aos demais do ordenamento jurídico, devendo este ter limites para que o intérprete se limite as mudanças de acordo com o parâmetro constitucional.

5 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Interpretação Constitucional ou Exegese Constitucional é o método que se propõe para estudar os princípios, valores, normas e fatos para com eles compreender os institutos da Constituição e adequá-la diante das necessidades da sociedade que é o sujeito receptor do texto constitucional, posto que são as pessoas que são alcançadas pelos seus efeitos.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, p.406/407):

Por meio da interpretação é que o aplicador da norma, ou o destinatário desta, procura o sentido dela no exame do enunciado normativo. A interpretação, pois, visa a fazer o destinatário da norma apreender o sentido desta, mas o sentido desta qual é ele para o legislador. A interpretação, por isso, tem um pressuposto de boa fé _ o interprete deve procurar o que o legislador quer, não aquilo que lhe parece melhor, ainda que mais justo. [...] especialmente num Estado democrático de direito, em que somente a lei gera direitos e proibições, e, mais, em que a lei é fruto da representação popular. A interpretação consiste em determinar o sentido e o alcance da norma a partir da compreensão do enunciado que a exprime, de acordo com o pressuposto: a boa fé. É ela um ato de conhecimento, não de vontade.

Não existe interpretação exclusivamente constitucional, o que existe é uma interpretação jurídica do texto constitucional.

“O exercício mental para se interpretar a constituição não difere daquele que fazemos para extrair o sentido e o alcance das leis comuns. Por isso, não há exegese ‘especificamente’ constitucional”. (Lammêgo Bulos, 2010, p.436).

Portanto há uma interpretação jurídica na constituição federal, porém uma interpretação jurídica com especial atenção por se tratar do texto legal que contém as garantias fundamentais da sociedade em que habita.

O conceito de interpretação jurídica segundo Luís Roberto Barroso (2011, p.270 e 271):

A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes. Na aplicação se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra concreta, com a pretensão de conformar a realidade ao Direito, o ser ao dever ser. É nesse momento que a norma jurídica se transforma em norma de decisão.

Portanto, a interpretação constitucional é modalidade de interpretação jurídica, porém devem-se admitir peculiaridades em se tratando desta interpretação tendo em vista o que já foi citado sob as especificidades do texto constitucional.

5.1 Peculiaridades da Constituição

Por se tratar da Constituição que é a base de todo um ordenamento, existem algumas diferenças entre a interpretação da Lei Maior e as demais normas do ordenamento, mesmo porque a primeira serve como parâmetro interpretativo da segunda. Por isso mesmo, exige-se um maior cuidado e refinamento usando os princípios e outros vetores como, por exemplo, os tratados de direitos humanos que o Brasil assinou.

Segundo Luís Roberto Barroso (2011, p. 272-273), há uma individualização e peculiaridades da Constituição que faz com que a sua interpretação exija uma argumentação ampla, ou seja, os fundamentos para a interpretação constitucional devem seguir parâmetros e princípios para ser explicada: Primeiro quanto ao status jurídico, em que as normas constitucionais têm superioridade jurídica em relação as demais normas do ordenamento, ocupa a primeira posição na pirâmide de Hans Kelsen; Segundo quanto à natureza da linguagem: a constituição federal distingue-se das demais normas, por conter em seu texto diversos conceitos jurídicos vagos, e indeterminados que deixam a margem da necessidade de interpretação proposital, permitindo-se comunicação com a realidade social de determinada época; Terceiro quanto ao seu objeto: a estrutura normativa material da constituição difere-se das demais normas que estabelecem condutas em geral, de tal forma que compreendem o entendimento e aplicação dos direitos fundamentais em constantes gerações. E por fim, quanto ao seu caráter político: É A Constituição que detém o poder de regular a harmonia entre os poderes do Estado, entende-se que a interpretação deve conviver pacificamente com a atuação judiciária.

As peculiaridades da Constituição existem, pois se trata do texto maior da sociedade em que habita. Concentram-se na Constituição todas as normas que

prevalecem em relação as demais normas do ordenamento jurídico, portanto em um sistema jurídico que coloca a constituição no ápice da pirâmide, deve se admitir que esse texto comporte peculiaridades que se distinguem dos demais textos normativos do ordenamento.

Ainda segundo Barroso (2011, p.273):

Intuitivamente, tais especificidades quanto à posição hierárquica, à linguagem, às matérias tratadas e ao alcance político fazem com que a interpretação constitucional ultrapasse os limites da argumentação puramente jurídica. De fato, além das fontes convencionais, como o texto da norma e os precedentes judiciais, o intérprete constitucional deverá ter em conta considerações relacionadas à separação dos Poderes, aos valores éticos da sociedade e à moralidade política. A moderna interpretação constitucional, sem desgarrar-se das categorias do Direito e das possibilidades e limites dos textos normativos, ultrapassa a dimensão puramente positivista da filosofia jurídica, para assimilar argumentos da filosofia moral e da filosofia política. Ideias como interpretação evolutiva, leitura moral da constituição e interpretação pragmática inserem-se nessa ordem de considerações.

Desta maneira a interpretação constitucional exige uma solenidade um tanto mais complexa em relação a interpretações jurídicas de normas infraconstitucionais, e isso faz sentido por conta das peculiaridades que esse texto legal tem diferentemente dos demais, mas na medida do bom senso exige-se harmonia entre os poderes e garantias constitucionais.

Nessa conjuntura se ressalta essencial mencionar que não há como estabelecer diretrizes absolutas de como se dará essa interpretação, mas é interessante pensarmos em parâmetros que deva ser seguidos em se tratando da exegese constitucional, para assegurar que quando interpretado o texto constitucional a contrariedade não prevaleça.

5.2 Teoria da Argumentação

É interpretação constitucional que surgiu após a concepção pós-positivista do direito, é frequentemente utilizada quando há a técnica de ponderação nas decisões, havendo choque de princípios com as regras fundamentais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é onde mais incorpora essa técnica, virando até mesmo rotina em seus pronunciamentos, o intérprete ao utilizar essa técnica, deverá fazer concessões entre os valores e interesses em disputa,

permanecendo ao máximo de cada um deles, usando o mesmo raciocínio quando da interpretação constitucional, toda a tese deve ser juridicamente fundamentada.

Há dentro das possibilidades interpretativas uma que previamente define alguns parâmetros para promover uma boa compreensão da Lei Maior. Lammêgo Bulos defende a aplicação da teoria da argumentação em se tratando de interpretação constitucional, onde se estabelece parâmetros para a argumentação da exegese constitucional que devem ser seguidos pelo interprete em suas atuações (2010, p. 438-440):

O primeiro parâmetro é que a argumentação deve ser jurídica; Assim como as decisões judiciais devem ser motivadas, a interpretação constitucional também, o interprete deve suscitar os fundamentos normativos do qual motivou o seu raciocínio.

O segundo parâmetro diz que a argumentação deve ser universal; Na qual insere que o interprete deve usar a mesma linha de raciocínio quando for interpretar norma que regula situações idênticas, para evitar interpretação e decisões diferentes ou conflitantes.

O terceiro e de maior relevância, é de que a interpretação deve ser principialista; como já mencionado, os princípios formam a base da ordem constitucional, portanto esse parâmetro merece destaque na utilização do interprete.

Portanto o uso da teoria da argumentação não tem o objetivo de transformar a interpretação em uma resolução uniforme, e nem determinar qual interpretação deve prevalecer sobre a outra, mas com o intuito de não haver disparidade elevada nas interpretações seguidas pelos parâmetros.

5.3 Princípios da Interpretação Constitucional

Os princípios são formas de orientação essenciais à interpretação constitucional, ou seja, são vetores que servem de parâmetros para uma efetiva compreensão da tarefa interpretativa por meio dos doutrinadores. Não são obrigatórios e nem tem força normativa, mas facultam aos aplicadores do Direito justificarem seus posicionamentos com base neles, pois servem como axiomas para alcançar as normas. O intérprete se utiliza deles como ponto de vista interpretativo, para os fundamentos da argumentação.

Segundo Gilmar Mendes (2009, p.133):

Quanto a sua função dogmática, deve-se dizer que embora os princípios da interpretação constitucional se apresentem como enunciados lógicos e, nessa condição, pareçam anteriores aos problemas hermenêuticos que, afinal, eles ajudam a resolver, em verdade e quase sempre funcionam como fórmulas persuasivas, isto é, como argumentos de que valem os aplicadores do direito para justificar pré-decisões que, mesmo necessárias ou convenientes, mostrar-se-iam arbitrárias ou desprovidas de fundamento se não contassem com o apoio desses cânones interpretativos.

Refere-se os princípios como forma de orientação a interpretação, e ainda dá grande máxima aos princípios quando explica que sem eles, muitas das interpretações ou decisões dos aplicadores de direito ficariam sem fundamento se não tivesse os princípios como base para sua argumentação.

Sobre a abrangência dos princípios Gilmar Mendes afirma (2009, p.133):

Não por acaso já se proclamou que a diversidade de métodos e princípios interpretativos potencializa a liberdade do juiz, a ponto de lhe permitir antecipar as decisões _à luz da sua pré-compreensão sobre o que é correto e justo em cada situação concreta_ e só depois buscar os fundamentos de que precisa para dar sustentação discursiva a essas soluções, puramente intuitivas, num procedimento em que as conclusões escolhem as premissas, e os resultados selecionam os meios.

O autor então ressalta e faz uma crítica, em que os princípios dão grande margem de liberdade ao interprete, na medida em que já tem sua decisão pré-formulada, bastando apenas utilizar-se de algum dos princípios instituídos para fundamentar suas decisões, ou seja, os princípios abrangem uma vasta quantidade de matérias tendo em vista que são enunciados que admitem inúmeras interpretações e diversos pontos de vista, sendo possível então moldar um princípio a qualquer decisão.

Para a grande maioria da doutrina os princípios da interpretação constitucional se dividem em cinco princípios, são eles: Princípio da concordância prática ou da harmonização; Princípio da correção funcional; Princípio da máxima efetividade; Princípio da interpretação conforme a constituição; Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. Como fez se um recorte no tocante ao tema escolhido busca-se apenas nomear os princípios, a fim de justificar a chamada

mutação constitucional, que é o tema desta apreciação acadêmica. Portanto, a abordagem será apenas dentro do recorte desejado.

5.3.1 Princípio da concordância prática ou da harmonização

“Pela concordância prática, a norma, examinada separadamente do fato, já não desfruta o prestígio de outrora. É preciso que o intérprete analise o preceito à luz do fato como qual ele interage, procurando entrelaçar o comando jurídico com a realidade social”. Lammêgo Bulos, 2010, p.447).

Este princípio consagra um tipo de ponderação entre a norma constitucional e o direito garantido com o fato em concreto, buscando harmonia para dar efetividade dentro dos parâmetros da Lei Maior. Dessa forma, há uma tentativa de harmonização, ou seja, indica ao aplicador do direito que em conflito de direitos constitucionais, a ponderação no caso concreto é a melhor via.

5.3.2 Princípio da correção funcional

Ressaltado por alguns autores estudados como importante, a aplicação deste é vital para o controle de constitucionalidade e também de convencionalidade, sendo que este último é a compatibilização das normas brasileiras com os tratados de direitos humanos.

Sobre esse princípio Gilmar Mendes (2009, p.138):

Esse princípio tem particular relevo no controle da constitucionalidade das leis e nas relações que, em torno dele, se estabelecem entre a legislatura e as cortes constitucionais. Com efeito, tendo em vista, de um lado, a legitimação democrática do legislador e, de outro, a posição institucional desses tribunais como intérpretes supremos da Constituição, existe uma tendência, que até certo ponto se pode considerar natural, ao surgimento de conflitos de interpretação entre esses agentes políticos para saber quem, afinal, melhor interpreta o texto constitucional e, conseqüentemente, aos olhos da comunidade, merece densificar os seus poderes, obviamente sem agredir a Constituição.

Portanto, o princípio da correção funcional tem como finalidade o controle constitucional dos atos normativos e extinguir conflitos institucionais entre órgãos, conservando a separação dos Poderes.

5.3.3 Princípio da máxima efetividade

O princípio da máxima efetividade também chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, traduz no conceito de que a norma constitucional deve ser entendida no sentido da maior amplitude e efetividade social, é utilizado com maior frequência no alcance dos direitos fundamentais.

Segundo Luís Roberto Barroso (2010, p.305):

Consoante doutrina clássica, os atos jurídicos em geral, inclusive as normas jurídicas, comportam análise em três planos distintos: os da sua existência, validade e eficácia. No período imediatamente anterior e ao longo da vigência da Constituição de 1988, consolidou-se um quarto plano fundamental de apreciação das normas constitucionais: o da sua efetividade. Efetividade significa a realização do direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.

O princípio da eficácia então orienta o aplicador do direito no sentido que ao interpretar ou aplicar as normas constitucionais, deve dar prevalência as normas que efetivamente se constituem perante a sociedade, principalmente em matéria de direitos humanos fundamentais, o legislador deve extrair ao máximo o conteúdo da norma para se adequar aos apelos sociais.

5.3.4 Princípio da interpretação conforme a constituição

O princípio da interpretação conforme a constituição busca em sua essência evitar interpretações inconstitucionais que desrespeite mesmo que implicitamente a substância da constituição, tanto o texto em si quanto o seu sentido. O Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades diante da diversidade de interpretação da Lei Maior, buscou dentre elas uma que dê maior sentido à vontade do Poder Originário.

Segundo Luís Roberto Barroso (2010, p.301):

Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, de maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve se escolher a que tem mais afinidade com a constituição. Um exemplo: depois de alguma hesitação, a jurisprudência vem reconhecendo direitos previdenciários a parceiros que vivem em união estável homoafetiva. Mesmo na ausência de norma expressa nesse sentido, essa é a inteligência que melhor realiza a vontade constitucional, por impedir a desequiparação de pessoas em razão de sua orientação sexual. Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, infirma uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e afirma outra, que compatibiliza a norma com a constituição. Trata-se de uma atuação “corretiva”, que importa da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto [...].

Para Barroso então, este princípio comporta duas funções: uma como técnica de interpretação do qual impõe a todos os aplicadores do direito que interpretem a toda legislação de modo mais adequado a substância da constituição. E também tem como função o controle de constitucionalidade, pois na interpretação permite com que o intérprete de direito, preserve a validade de uma lei, que na sua simples leitura seria inconstitucional.

5.3.5 Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade

É o princípio que consagra a ideia de justiça, de igualdade de bom senso, moderação, é considerado como princípio geral do direito e serve como regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico, podendo ser interposto ainda como postulado normativo, e serve até mesmo de interpretação para resolver conflitos entre outros princípios consagrados no ordenamento.

Segundo Luís Roberto Barroso (2010, p.301):

Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle de discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que a norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

É o princípio mais utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, nos mais diferentes casos solucionados no ordenamento jurídico. Permite que o intérprete possa valorar o sentido da norma, aplicando na medida necessária de forma que com que a norma não produza um resultado “indesejado” pelo sistema.

5.4 Limites da Interpretação Constitucional

Os limites da interpretação constitucional existem para assegurar os princípios da previsão e segurança jurídica, que já foram descritos anteriormente na discussão desse trabalho, mas para prestigiar também a vontade do poder soberano manifestado durante a elaboração da Constituição de 1988. É necessário assegurar tranquilidade nas democracias, pois de nada adiantaria, estarmos em um Estado Democrático de Direito, com todas as garantias instituídas a partir do texto constitucional como parâmetro, se a judiciário pudesse simplesmente modificá-los substancialmente a partir de simples interpretação.

Segundo Gilmar Mendes (2009, p.144):

No âmbito jurídico, em geral, a ideia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e/ou racionalizar a interpretação deriva, imediatamente, dos princípios da certeza e da segurança jurídica, que estariam comprometidos se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum sentimento de justiça.

Gilmar Mendes, explica que o estabelecimento desses limites se tornou de extrema importância à medida que o modelo do Novo Constitucionalismo foi sendo instituído no nosso ordenamento jurídico, pois, o novo constitucionalismo trouxe mudanças significativas, o que levou ainda mais a supremacia do poder judiciário na interpretação constitucional.

Ressalta-se ainda resalta várias características do novo constitucionalismo que leva a essa “supremacia”, é importante ser destacado algumas delas (Gilmar Mendes, 2009, p.149/150):

Sob o novo constitucionalismo, a Constituição, que outrora era um simples catálogo de competências de fórmulas exortativas que não vinculam o legislador, essa carta política simbólica assume, agora, a função de norma

suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico compondo um conjunto de regras e de princípios, dotados de força normativa própria e imediatamente eficaz, rebaixando-se a lei, antes soberana, à condição de ato infraconstitucional, sujeito a controle de legitimidade, formal e material, precisamente em face dessa nova Constituição. Esse controle, por outro lado, é confiado a todos os agentes oficiais da interpretação/aplicação da Lei Maior, desde os órgãos da jurisdição ordinária, que habitualmente a manejam, até as cortes constitucionais, que estão acima dos demais Poderes e, por isso mesmo, desfrutam de prerrogativas infinitamente maiores do que as que eram reconhecidas ao legislador recém-destronado.

Como consequência da supremacia e da aplicabilidade direta e imediata dos preceitos constitucionais, tem-se a segunda característica desse novo constitucionalismo _mais juízes que legisladores_, a sinalizar para o reconhecimento dos julgadores como legítimos criadores do direito, e não como simples reveladores de uma suposta e indefinível vontade da lei ou do legislador, que enquanto tais, obviamente não resolveriam os problemas suscitados pela convivência humana.

Quanto à terceira característica do novo constitucionalismo _mais princípios do que regras_ o que temos diante de nós é a constatação de que, hoje em dia, reconhecida a não-correspondência entre texto e norma, os preceitos tidos como genuinamente constitucionais apresentam-se sob a forma de enunciados abertos e, por isso, portadores de múltiplos significados, a serem revelados/atribuídos por seus intérpretes/aplicadores em cada situação hermenêutica. Nesse sentido, todo princípio _em verdade todo enunciado jurídico_, é plurinormativo, porque dele podemos extrair mais de uma norma, como atestam as constantes mutações normativas e as viragens da jurisprudência.

Essas duas características mencionadas pelo autor, elevam ainda mais o poder de decisão ao Poder Judiciário, de tal forma, que a partir do novo Constitucionalismo, o texto maior passou a ser Constituição Federativa, e portanto todas as demais leis infraconstitucionais do ordenamento tem que se adequar a ela, e quem é designado a fazer esse controle de constitucionalidade, e de aplicação da lei, é o Poder Judiciário; Assim como esse novo modelo também instituiu no ordenamento mais princípios do que regras, fato este para a prevalência de direitos e garantias, possibilitando uma ampla interpretação, ocorre que princípios tem uma ampla abertura semântica, sua interpretação ocasiona múltiplos significados, dando ao aplicador uma margem de mudança muito grande, variando a cada caso em concreto.

“Diante desse quadro, não soa descabida a advertência de que estamos caminhando para uma onipotência judicial ou, se preferirmos, para um novo governo dos juízes, em que as grandes decisões políticas como já acentuado, vão se deslocando do âmbito legislativo e do executivo para o Poder Judiciário (MENDES, 2009, p.148)”.

Portanto, a discussão sobre os limites da interpretação constitucional nos leva a refletir sobre a concentração de grande poder nas mãos do judiciário, que usando-se das possibilidades concretizadas pelo novo constitucionalismo é autor de mudanças significativas quando em sua atuação interpreta a constituição. Uma dessas mudanças de extrema relevância, por exemplo, é a mutação constitucional.

6 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Diante do que já foi estudado neste trabalho, constata-se que há pelo menos duas ideias primordiais atinentes á chamada mutação da constituição. A primeira ideia é de que a sociedade não é estática, ela evolui no tempo, pois há exemplos claros de mudança, como a rede mundial de computadores que não existia quando o capítulo da Comunicação Social foi elaborado. A segunda ideia é de que, portanto, é necessário que o texto constitucional, a carta maior dessa sociedade também não seja estática e acompanhe o ritmo social evolutivo, pois a internet mudou a comunicação, além do comércio que trouxe outros reflexos na divulgação e busca de informações, que agora não encontram mais fronteiras físicas.

O autor Raul Machado Horta conceitua mutação constitucional (p.106):

A destruição e a supressão da Constituição são formas radicais da mudança constitucional, enquanto a reforma constitucional, a quebra da Constituição e a suspensão da Constituição significam mudanças parciais, atingindo “prescrição legal constitucional”, sem acarretar substituição na Constituição, embora a mudança parcial possa alcançar forma mais intensa, que se avizinha das formas radicais, quando não obedecer a uma prévia regulação constitucional o processo de mudança. É o que acontece com a suspensão da Constituição, sob forma de suspensão parcial de regras constitucionais, em processo não previsto na Constituição, para autorizá-la.

Portanto, para o autor, após a segunda metade do século XIX houve ruptura nas práticas constitucionais, iniciando o chamado Constitucionalismo moderno, onde o texto escrito constitucional acaba perdendo sua intensidade, e as práticas normativas consuetudinárias também geraram um cenário propício ao da mutação constitucional, que para o autor se trata de suspensão da constituição, quando não obedece a uma prévia regulação constitucional para ocorrer a mudança.

Existem vários mecanismos para operar essa mudança, a alteração constitucional exige grande atenção, pois o estudo das reformas é complexo e exigem-se padrões a serem seguidos. Mas nem toda mudança que o texto constitucional sofre, passa por todos os padrões e observações de técnicas e limites, tornando-se mudança informal da constituição, e essa espécie merece especial atenção, que é a Mutação Constitucional.

Aos dizeres de Adriano Sant’Ana Pedra (2013, p.102):

A Constituição não é modificada apenas mediante emendas constitucionais, pois, além dos mecanismos formais de alteração nas constituições, em que é modificado o conteúdo efetivo do dispositivo constitucional, sem que venha a ser modificada sua disposição expressa. Assim, enquanto a reforma constitucional consiste na modificação dos textos constitucionais produzida por meio de ações voluntárias, a mutação constitucional opera-se modificando o sentido sem mudança do dispositivo, mediante fatos não acompanhados necessariamente de consciência de tais modificações. Assim, a mutação constitucional constitui um processo informal de alteração da Constituição, que cuida de sua atualização e concretização. Tal fenômeno possui a particularidade de não se encontrar expressamente previsto no próprio texto constitucional, diversamente do que ocorre com a reforma (e a revisão) constitucional, que está prevista e há de processar-se nos exatos termos e limites expressos na Constituição.

O autor faz duas observações importantes sobre o processo informal de mudança da constituição; que por ser informal esse processo não vem expresso no texto constitucional, e também não encontra os limites impostos aos outros meios de alteração da constituição.

Ainda sobre o conceito de mutação constitucional, Bulos descreve (1997, p.57):

Os estudiosos constatarem, pois, o fenômeno das mutações constitucionais como uma constante na vida dos Estados, e as constituições, como organismos vivos que são, acompanham a evolução das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no em substância, significado, alcance e sentido de seus dispositivos.

Assim 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 Legum², quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção, bem como dos usos e costumes constitucionais.

Entende-se que a Constituição passou a ser considerada como um organismo vivo, já que sem qualquer alteração em seu texto ela vai se modificando, assumindo novos significados, na medida em que as necessidades da sociedade se modificam, a simples leitura do texto constitucional não consegue dar essencial adequação a estrutura fundamental do Estado, e os processos de alteração constitucional são extremamente rígidos, é aí, portanto que surge a necessidade de informalmente promover a alteração da Lei Maior, assumindo ela novos significados.

² - Norma sobre as normas, o sobredireito, o superdireito, lei das leis, ou seja, a norma que normatiza a outra. A Constituição da República Federativa do Brasil por ser a lei suprema do país.

E ainda, Anna Candida da Cunha Ferraz³ (1985, p. 09):

Daí a distinção que a doutrina convencionou registrar entre reforma constitucional e mutação constitucional; a primeira consiste nas modificações constitucionais, reguladas no próprio texto da constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.

Portanto mutação constitucional é a mudança informal da Constituição por meio do qual se altera o significado da norma em questão, porém sem fazer qualquer alteração em seu texto expresso, ocasionado por interpretação, pelos usos e costumes, por práticas governamentais, legislativas e judiciárias, e por influencia dos grupos de pressão⁴.

Os autores Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi conceituam os fatores da mutação constitucional, e ainda pontuam dois elementos que constituem o fenômeno (2011, p.292/293):

[...] O reconhecimento da mutação constitucional só é possível no âmbito de uma teoria da interpretação constitucional que admite que “fatores sociais-reais” influenciam a interpretação dos dispositivos constitucionais que, dessa forma, evoluem junto com a sociedade, mesmo quando permanecem inalterados em sua literalidade.

[...]A mutação constitucional apresenta dois elementos: Primeiro, o elemento temporal. O enunciado normativo significa algo em certo momento e passou a ter outro significado em momento posterior, em razão de circunstâncias externas ao próprio dispositivo. Segundo, o elemento social. Trata-se de atribuição de relevância interpretativa e elementos externos aos enunciados interpretados. Já que a mutação constitucional ocorre apesar da não modificação o enunciado, a modificação está necessariamente relacionada à alteração de fatores sociais mudanças na situação econômica, nos posicionamentos ideológicos prevaletentes ou nas opções políticas.

Esses elementos que caracterizam a mutação constitucional segundo os autores, se tratam dos efeitos que o mecanismo leva, o primeiro sobre o próprio

³ Coube a Anna Cândida da Cunha Ferraz a autoria da primeira monografia específica publicada a respeito das mudanças informais da constituição.

⁴ Os grupos de pressão influem no processo de mudança informal da constituição, devido ao fato de refletirem a estrutura econômica, social política, religiosa, cultural e entre outros; podendo ser por exemplo, associações, sindicatos de classe, partidos políticos, grupos religiosos dentro outros.

dispositivo que passa a ter significado diferente do anteriormente reconhecido, e o segundo elemento que é a relevância sobre elementos externos do texto analisado.

As modalidades de mutação constitucional, por não serem expressamente reconhecidas, são extraídas dos casos em concreto, ou seja, nascem dos casos concretos que posteriormente são apreciados e comentados pela doutrina levando em conta a interpretação dos tribunais, em especial o Supremo Tribunal federal. Os autores que mencionam sobre o assunto da mutação como Uadi Lammêgo Bulos, Adriano Sant'ana Pedra, são pacíficos em mencionar ao menos três formas de mutação Constitucional, são elas:

6.1 Mutação pelas práticas Constitucionais

Nesta modalidade encontra-se em evidencia o Poder Constituinte Difuso como o protagonista da mutação, a mudança que o poder difuso promove na constituição, não se encontra expresso como a do Poder Constituinte Originário ou derivado, embora atribua novos conceitos ao texto maior, assim como os poderes instituídos. É exercido pelos órgãos constitucionais aos quais competem aplicar a Constituição para dar-lhe efetividade aos casos concretos.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (1997, p.172):

É precisamente no poder constituinte difuso que as práticas constitucionais encontram esteio. São, em essência, fruto dessa manifestação invisível, latente, por meio da qual os poderes constituídos (Executivo, Legislativo, e Judiciário) continuam a obra do legislador constituinte originário, bem como colmantando lacunas, preenchendo, assim, os espaços em branco do produto constitucional legislado.

As práticas constitucionais encontram grande influência nos usos e costumes constitucionais, pois são esses que promovem grandes mudanças no que se refere ao significado e alcance das normas constitucionais, sem que com isso haja qualquer mudança em relação aos processos formais de alteração do texto constituinte.

Segundo Adriano Sant'Ana Pedra (2013, p.133, 134):

As práticas constitucionais compreendem diversas figuras _ como os usos, as convenções constitucionais, as normas de correção e os costumes _ que

se formam à luz da constituição, de acordo com a experiência constitucional de cada país [...]

O uso constitucional decorre de uma sucessão de atos substancialmente idênticos, que conduz a criação e à consolidação de uma cadeia de precedentes. Nisto o uso assemelha-se ao costume. Todavia, o uso também deste se difere. O uso não possui uma consciência de obrigatoriedade, uma capacidade prescritiva com força de obrigar e, em consequência, não gera normas jurídicas em sentido estrito.

O costume no nosso ordenamento é considerado como norma jurídica de um determinado caso, resultante em prática rotineira e uniforme (a uniformidade é o que leva a ser uma norma estável), que por isto lhe dá força de lei, advém do chamado direito consuetudinário⁵.

Segundo Uadi Lammego Bulos (1997, p.178/181), os costumes constitucionais têm basicamente duas funções; Interpretativa e Supletiva: A função interpretativa se manifesta quando a norma se apresenta obscura, necessitando de interpretação para determinar o seu exato sentido, portanto as práticas constitucionais nessa primeira função servem de base para que o intérprete compreenda as normas. A segunda função se manifesta quando não há uma norma expressa em específico para determinado solução de conflitos de interesses, são as chamadas lacunas normativas.

“Destarte, tais práticas são detectadas sempre quando houver uma complementação, um preenchimento de lacunas, criando-se normações para casos não disciplinados, legislativamente, sanando, assim, omissões ou descuidos iminentes à atividade legiferante”. (Lammego Bulos, 1997, p.190). Portanto, diante da ausência, para que o direito seja eficaz e efetivo, há um tipo de fenômeno que permite que haja uma suplementação dentro de parâmetros pré-estabelecidos e já consagrados.

6.2 Mutação por Interpretação Constitucional

A mutação por interpretação constitucional é a mutação propriamente dita, pois a interpretação é meio mais comum para esse fenômeno. A Constituição é um texto rígido, e é a lei máxima, porém a lei é estática, e não acompanha a

⁵ Direito consuetudinário entende-se por não ser aquele direito propriamente dito que o Estado estabeleceu expressamente, é criado pelos usos e costumes, surgidos da consciência da sociedade.

evolução a sociedade com eficácia, e, portanto a interpretação da lei ao caso concreto se faz veemente necessária.

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p.59-60):

A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes: a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidade; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo a evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.

A Constituição não é como qualquer outra lei do ordenamento jurídico é a lei máxima, e todas as outras leis editadas devem estar em total acordo com o texto constitucional, e qualquer alteração deve respeitar o espírito constitucional, cláusulas pétreas e etc. Portanto devido a essa característica para se alterar a Constituição exige-se um processo muito complexo (como já visto no transcórrer deste trabalho) feito pelo Poder Constituinte Derivado, é a competência para se alterar por emenda constitucional, ou por revisão constitucional, portanto esses fatores complexos que compõem as reformas constitucionais impedem que sejam feitas com frequência, é o que faz com que a interpretação constitucional ganhe tanta força no nosso ordenamento.

6.3 Mutação por Construção Constitucional

Entende-se que a construção é uma espécie da interpretação constitucional, porém um pouco mais aprofundada, ou seja, exige uma elaboração exegética que vai lhe dar sustentação e consistência. Embora seja a ideia de apenas um autor é citada por outros doutrinadores que reconhecem esse trabalho feito por Uadi Lammêgo Bulos, que é o único autor que menciona construção em capítulo separado, por conta desse entendimento.

“A interpretação constitucional é o gênero do qual ambas são espécies, que se distinguem particularmente pelos elementos e critérios interpretativos que

adotam e pelos resultados finais alcançados”. (Anna Cândida da Cunha Ferraz, 1986, p.47).

Enquanto que a interpretação somente se faz perante a uma norma expressa existente, a construção vai além da interpretação da norma, confrontando as normas expressas juntamente com os princípios, costumes e o que há no ordenamento jurídico válido para a criação de um entendimento que dê cabimento ao caso.

Convém mencionar então o entendimento de Lammêgo (1997, p.143-146):

[...] De acordo com essa postura, o ato interpretativo significa a simples análise gramatical e lógica das expressões legisladas, mera pesquisa dos termos isolados de um preceito jurídico, o qual é considerado em si mesmo, somente em sua letra, em sua gramática. A construção, por sua vez, constitui um critério extrajurídico, que busca confrontar elementos intrínsecos, tais como princípios, fatos, valores, etc. que não são estranhos à sua letra, mesmo não vindo expressos nela, mas servem para adaptar a constituição às exigências do momento.

Entretanto não devemos confundir os estágios da interpretação *stricto sensu* e da construção. A interpretação *stricto sensu* é aquela em que o intérprete não sai do texto constitucional para buscar outros elementos interpretativos, diversamente da interpretação *lato sensu* (é o mesmo que construção), pois o intérprete extrapola os limites prescritos pelo legislador constituinte, buscando recursos através de outras fontes, totalmente alheias ao articulado da Carta Maior. Nesse último sentido, não vislumbramos qualquer diferença entre as etapas de construção e interpretação, pois ambas se aproximam, indelevelmente.

Portanto a ideia de que a construção é modalidade de interpretação, é válida, mas com a ressalva de que a construção é mais abrangente, portanto o intérprete pode ir além das normas constitucionais, explorando a flexibilidade, atendendo as exigências sociais, adequando as necessidades práticas da vida.

7. MUTAÇÃO POR CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL FEITA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao longo do estudo das constituições nesse trabalho foi possível perceber que o Estado brasileiro foi optando por um modelo constitucional garantista, e como forma de efetivação dessas garantias concentrou-se ao Poder Judiciário grande poder em aplicar o direito no caso concreto, e tendo suas decisões validade equipara a norma constitucional, como é o caso da jurisprudência, e o grande órgão que mais expressa esse poder é o Supremo Tribunal Federal, que tem em suas decisões força normativa, e o grande meio para isso é o fenômeno da construção constitucional.

“O oráculo da Constituição, portanto, ‘passa a completar, aperfeiçoar, ou atualizar a legislação por meio de uma espécie de legislação jurisprudencial”. (Lammêgo, 1987, p.154).

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, e portanto na solução de conflitos de interesses, efetiva o Estado garantidor usando-se da construção, tendo em vista que a lei é estática, mas a evolução da sociedade não; e portanto como órgão garantidor dos direitos e garantias fundamentais, deve aplicar a lei de tal forma a necessidade do caso concreto, moldando-se a lei que não prevê solução para tal caso.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (1997, p.152):

A análise das decisões do colendo Supremo Tribunal Federal demonstra a presença do construcionismo judiciário, permitindo-lhe desprender-se do rígido formalismo legal, possibilitando a existência de amplos debates sobre problemas constitucionais, tal a messe de decisões repetidas na aplicação de certas teses. Como consequência de ser o Pretório Excelso guardião da Constituição, cabe-lhe cumprir essa obrigação, erigindo meios capazes para tanto. E, se esses meios não estiverem delimitados pela própria manifestação constituinte originária, advém o recurso supletivo da construção, que autoriza o aplicador a sair do texto, buscando para os casos obscuros uma solução que os constituinte previram, embora não esteja, suficientemente, clara, ou então não a previram.

O autor ainda menciona (1997, p.153) um exemplo marcante de construção constitucional pelo judiciário que foi a ampliação dos casos em que cabia impetrar habeas corpus, ocorreu na Constituição de 1891, entendendo através de

decisões que o remédio constitucional poderia ser impetrado em qualquer tipo de restrição da liberdade.

Segundo Lammêgo Bulos (1997, p.155):

No processo de construção ou interpretação (lato sensu) o trabalho judiciário é da maior relevância, dada a grande repercussão das decisões, sentenças, arrestos, acórdãos, que aplicam a Constituição ao caso concreto, a fim de solucionar um litígio. Deve-se notar, assim, que o expediente construtivo, através de uma interpretação judicial lata, vai além recorrendo a considerações extrínsecas, antes não disciplinadas pelo legislador constituinte ao elaborar as normas constitucionais.

Isso só ocorre pelo fato da lei ser estática, e não acompanhar a evolução da sociedade, tendo um órgão para garantir então essa sintonia entre a legislação e as necessidades sociais.

Portanto fica claro que a construção constitucional ou interpretação constitucional lato sensu, demonstra um meio eficiente para efetivar a mutação, do qual as constituições sofrem mudanças substanciais, em seu alcance sentido e conteúdo sem alterar qualquer preceito formal, como ocorre nos institutos da revisão e as emendas constitucionais.

7.1 Legitimidade da mutação pelo Supremo Tribunal Federal

Desde a primeira constituição no século XVIII, a separação dos Poderes surge como uma das características importantes a fim de que exista um controle do poder. A Constituição de 1988 declara em seu artigo 2º a separação dos poderes no nosso ordenamento jurídico em Executivo, Legislativo e Judiciário:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A separação dos três poderes é um importante princípio informador, pois é o ápice assegurador dos direitos dos indivíduos, frente a cada poder ter a divisão de seu poder de atuação, pois a sociedade deve a princípio saber o que compete a cada poder estatal, como forma de segurança jurídica, este princípio é de

tamanha importância que dado a ele, status de cláusula pétrea, portanto imodificável por emendas, reformas ou revisões.

Segundo o ministro Gilmar Mendes sobre a separação dos Poderes (2009, p.178):

Inicialmente formulado em sentido forte _ até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas_ o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam.

Nesse contexto de “modernização”, esse velho dogma de sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias _que são editadas com força de lei_ bem assim para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.

Portanto é a partir dessa flexibilidade do princípio da separação dos poderes que se considera natureza jurídica para as chamadas *decisões aditivas*.

Os órgãos têm suas funções determinadas em lei, que são chamadas de decisões típicas da sua atividade, mas por força de adequação e de decorrente necessidade jurídica, os órgãos passam a ter funções atípicas, que não são as funções propriamente do órgão, mas sim funções de um dos outros poderes, mas que por necessidade este passa a praticá-las. E, portanto a função legislativa do judiciário é função atípica, e deve ser esporádica essa situação.

Mas diante das decisões que o Supremo Tribunal Federal vem proferindo após a Constituição de 1988, percebe-se a criação de indeterminadas normas, uma expoente demonstração de *ativismo judicial*⁶.

Aos dizeres de Denise Soares Vargas (2014, p.86):

Essa atuação positiva é, mormente, encontrada no âmbito do controle de constitucionalidade por omissão, mas igualmente, nas inconstitucionalidades positivas ou por ação, o que demonstra que a Separação de Poderes é algo que sofreu uma mutação ao longo do tempo, e, sobretudo, na vigência da Constituição de 1988.

Portanto, é sustentável que o princípio da Separação dos Poderes não é algo rígido, a ponto de não se modificar, a cada Constituição e internamente

⁶ Como ativismo judicial entende-se a atuação flexível do Poder Judiciário que interfere significativamente nas opções políticas dos demais poderes.

dentro de uma mesma Constituição, para que poder político não seja abdicado e para que os demais princípios constitucionais sejam efetivados.

Na vigente Constituição brasileira admite-se que a garantia dos direitos fundamentais aos cidadãos impera-se, sobretudo, até mesmo diante dos princípios informadores da Constituinte de 1988, flexibilizando-os a ponto de fazer imperar indeterminado poder nas mãos do judiciário, possibilitando até mesmo atipicamente legislar, permitindo a criação das mutações constitucionais.

A doutrina que discute sobre o tema, entende que a mutação pelo Supremo Tribunal Federal compreende-se em sentenças normativas aditivas: Há uma dilatação da abrangência do texto legal em decorrência da criação de uma regra pela própria decisão.

Sobre as sentenças aditivas a autora Denise Soares Vargas explica (2014, p.89-90):

Com efeito, ao longo do tempo, a praxe jurisdicional se deparou com casos de difícil solução, em que a aplicação pura das técnicas tradicionais decisórias no âmbito da jurisdição constitucional, e culminam com a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, mostrou-se injusta ou contrária aos postulados da segurança jurídica, da isonomia e da proporcionalidade.

Para dar efetividade a tais postulados, a jurisdição empreendeu a construção de novas modalidades decisórias entre o modelo antigo dual: constitucionalidade-inconstitucionalidade.

Portanto a função que é dada ao Supremo Tribunal Federal pelo poder Judiciário na Constituição de 1988, faz com que este órgão se depare com situações de extrema complexidade, e para seguir plenamente o que seria constitucional ou inconstitucional, não seria justo, e, portanto busca-se uma decisão de seja intermediária desses dois conceitos ficando entre o que é constitucional e inconstitucional.

7.2 Hipóteses de Mutações Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal

A primeira hipótese trata-se do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que concedeu direitos paritários para a união estável homoafetiva, e foi uma importante mutação visando assegurar direitos às uniões de pessoas do mesmo sexo levando em conta o princípio da isonomia ou da igualdade.

A discussão sobre este assunto se iniciou, quando o Supremo Tribunal Federal em julgamento da ADPF 132- RJ e ADI 4.277- DF, decidiu pelo reconhecimento do tratamento paritário para a união homoafetiva e a união estável.

O fenômeno da mutação constitucional se deu em relação ao artigo 266 da Constituição:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. [...]

Ocorreu a mutação quanto ao significado sobre o que está expresso no artigo da Constituição “homem e mulher”. Mormente decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações supracitadas, houve a alteração no conceito de entidade familiar estabelecido pela Constituição de 1988, que em nenhum momento disse que se estenderia a família, pessoas do mesmo sexo.

Segundo o autor Dijalma Pizarro (2014, p.68):

Os signos linguísticos “homem” e “mulher” caracterizam unidades mínimas, equivalente a macho/fêmea, varão/virago. Notamos que, caso o legislador houvesse utilizado o termo “pessoas, evidente que o gênero estaria indefinido, quer dizer, a união estável poderia dar-se entre homem/mulher e também pessoas do mesmo sexo. Nem se diga que a tentativa de se aprovar a união estável homoafetiva foi acirradamente debatida entre os pares constituintes [...].

Como já estudamos no trabalho a mutação se dá por força de diversas máximas, no caso da permissão a união estável homoafetiva, se deu através de um grupo de pressão, que no caso é a pequena camada social homossexual presente no país, portanto houve a mutação sem que houvesse qualquer alteração legislativa, atendendo aos clamores da sociedade com o intuito de que a lei acompanhe aos avanços sociais.

Segundo o autor Djalma Pizarro (2014, p.37 e 51/52):

A minoria gay mudou a Constituição de 1988, para incluir os direitos da união estável homoafetiva, constituindo entidade familiar, com direitos iguais (adoção de filhos, conversão em casamento etc.), por meio de um instrumento informal denominado “mutação constitucional”, que significa alterações de conteúdo do texto constitucional, que ultrapassam alterações semânticas, de sentido, ou de significado, para significar alterações efetivas do próprio texto constitucional, que decompõem eixo linguístico constituído pelo signo = significante + significado, além de mudar o referencial linguístico, ou seja, a mutação constitucional muda o próprio texto para apresentar outro, com mutação do signo linguístico.

A mutação que altera informalmente o artigo constitucional infere equiparação em direitos da união estável entre homem e mulher, e pessoas do mesmo sexo, garantindo-lhes todos os direitos inerentes à entidade familiar que o artigo refere, conferido em todos os dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro.

Complementando tudo o que fora dito, o juiz federal e professor, Willian Douglas, publicou um artigo na revista Consultor Jurídico, em 2011, titulado como “STF quis reescrever Constituição” com uma crítica a decisão do STF sobre a união estável homoafetiva, é relevante destacarmos um trecho:

O STF não se limitou a garantir a extensão de direitos, mas quis reescrever a Constituição e modificar conceitos, invadindo atribuições do Poder Legislativo. Conceder aos casais homossexuais direitos análogos aos decorrentes da união estável é uma coisa, mas outra coisa é mudar conceito de termos consolidados, bem como inserir palavras na Constituição, o que pode parecer um detalhe aos olhos destreinados, mas é extremamente grave e sério em face do respeito à nossa Carta Magna. “Casamento” e “união civil” não são mera questão de semântica, mas de princípios, Nem por boas razões o STF pode ignorar os princípios da maioria da população e inovar sem respaldo constitucional. (Disponível em: <www.conjur.com.br>, acesso em 14.10.2015).

É de extrema relevância acrescentar a essa obra também uma crítica a esse exemplo de mutação feita pelo renomado advogado Ives Gandra⁷, através do artigo “A Constituição conforme o STF” publicado na Folha de São Paulo em 2011:

No que diz respeito à família, capaz de gerar prole, discutiu-se se seria ou não necessário incluir o seu conceito no texto supremo -entidade constituída pela união de um homem e de uma mulher e seus descendentes (art. 226, parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º)-, e os próprios constituintes, nos debates, inclusive o relator, entenderam que era relevante fazê-lo, para evitar qualquer outra interpretação, como a de que o conceito pudesse abranger a união homossexual.

⁷ **IVES GANDRA DA SILVA MARTINS**, 76, advogado, professor emérito da Universidade Mackenzie, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército e da Escola Superior de Guerra, é presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio.

Aos pares de mesmo sexo não se excluiu nenhum direito, mas, decididamente, sua união não era -para os constituintes- uma família. Aliás, idêntica questão foi colocada à Corte Constitucional da França, em 27/1/2011, que houve por bem declarar que cabe ao Legislativo, se desejar mudar a legislação, fazê-lo, mas nunca ao Judiciário legislar sobre uniões homossexuais, pois a relação entre um homem e uma mulher, capaz de gerar filhos, é diferente daquela entre dois homens ou duas mulheres, incapaz de gerar descendentes, que compõem a entidade familiar. Este ativismo judicial, que fez com que a Suprema Corte substituísse o Poder Legislativo, eleito por 130 milhões de brasileiros -e não por um homem só-, é que entendo estar ferindo o equilíbrio dos Poderes e tornando o Judiciário o mais relevante dos três, com força para legislar, substituindo o único Poder que reflete a vontade da totalidade da nação, pois nele situação e oposição estão representadas. Sei que a crítica que ora faço poderá, inclusive, indispor-me com os magistrados que a compõem. Mas, há momentos em que, para um velho professor de 76 anos, estar de bem com as suas convicções, defender a democracia e o Estado de Direito, em todos os seus aspectos, é mais importante do que ser politicamente correto. Sinto-me como o personagem de Eça, em "A Ilustre Casa de Ramires", quando perdeu as graças do monarca: "Prefiro estar bem com Deus e a minha consciência, embora mal com o rei e com o reino". (Disponível em: <www.folha.uol.com.br> acesso em: 15.10.2015).

O autor no artigo faz uma importante observação de que é evidente que em nenhum momento quando o constituinte originário editou o artigo 226 da Constituição Federal ele adotou como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, mas mesmo assim o Judiciário através do Supremo Tribunal Federal alterou informalmente o artigo, no sentido de autorizar esse conceito. Portanto, ao praticar este ato normativo, o Judiciário substitui o Poder Legislativo, praticando o chamado "ativismo judicial".

Ainda sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal que torna igualitário os direitos da relação estável homoafetiva, há um artigo de Lenio Luiz Streck et al. que relata a grande polêmica que ocorre sobre essa mudança informal da constituição:

[...] Imaginemos: se a questão é analisada por um magistrado favorável aos movimentos das minorias e da regulamentação de tais relações, sua decisão seria no sentido da procedência; por outro lado, um magistrado conservador e alheio a essa "mutação dos costumes" julgaria improcedente o pedido. *E é isso que, num caso como esse, não pode acontecer!* A decisão a ser tomada em tais casos precisa ser levada a cabo no espaço político, e não no jurisdicional, justamente para evitar que sua resolução fique a mercê das opiniões pessoais dos ministros da Corte Constitucional. Ou seja, a decisão deve ser construída no contexto de uma sociedade dialogal, em que o Poder Judiciário tem sua função que não consiste em legislar. Em suma, uma questão como essa, justamente pela importância da qual esta revestida, não pode ser resolvida por determinação de um Tribunal. É necessário que haja uma discussão mais ampla que envolva

todos os seguimentos da sociedade, cujo locus adequado encontra-se demarcado nos meios democráticos de decisão. (Disponível em: <www.jus.com.br> acesso em: 16.10.2015)

O que os autores apontam no artigo, é a insegurança jurídica provocada pela instabilidade institucional que ocorre através do protagonismo da Corte Constitucional, pois as mutações que ocorrem pelo STF são formadas a partir da convicção de cada ministro, julgando uma demanda típica em sede do controle de difuso de constitucionalidade⁸.

A segunda hipótese trata-se da reclamação constitucional 4335-5/AC, trata-se da mutação que ocorreu quando no julgamento da Reclamação ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, tendo como fundamento a eficácia da decisão do Habeas Corpus nº 82.959 em que o Supremo Tribunal Federal negou a constitucionalidade do artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90 que trata dos crimes hediondos.

Sobre o Habeas Corpus nº 82.959, apresenta-se a síntese feita pelo o artigo de Igor de Araújo Villela, publicado em 04/04/2015 na página Jurisway:

Trata-se de reclamação ajuizada pela Defensoria Pública da União em face do juízo de execuções penais de Rio Branco que, segundo a reclamante, deixou de aplicar a decisão do Supremo contida no HC 82.959, segundo a qual a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, contida no art. 2º, § 1º da Lei 8072/90, é inconstitucional. Com base na decisão proferida no HC 82.959, a Defensoria Pública solicitou a progressão do regime de alguns presos por prática de crime hediondo, o que foi denegado pelo juízo da vara de execuções. Segundo o reclamado, a decisão de inconstitucionalidade proferida no HC 82.959 teria efeito apenas *inter partes*, sem aptidão, portanto, de vincular futuras decisões judiciais. Ainda de acordo com o juízo de execuções penais, para que uma decisão de inconstitucionalidade *incidenter tantum* tenha efeito *ergam omnes* é imperativo que o Senado Federal, em decisão discricionária, após ter sido comunicado do julgamento pelo STF, suspenda a validade da lei em questão, segundo o teor do Art. 52, X da Constituição Federal. Dessa decisão do juízo *a quo* a Defensoria Pública ingressou com reclamação perante o Supremo Tribunal Federal. (Disponível em: <www.jurisway.org.br> acesso em: 20.10.2015)

O Supremo Tribunal Federal ao julgar o habeas corpus 82.959, negou eficácia ao artigo de Lei de crimes hediondos, que afirmava não haver progressão de regime de cumprimento de pena aos condenados pelos crimes tipificados como hediondos. Ocorre que essa decisão é considerada decisão arbitrada em sede de

⁸ Controle difuso: Análise praticada por todo magistrado sobre a compatibilidade de norma infraconstitucional com a Constituição Federal.

controle difuso, o que levaria efeito *inter partes*. Mas a Defensoria Pública do Estado do Acre impetrou uma Reclamação Constitucional, com o fim de tornar essa decisão eficaz *erga omnes*, ou seja, vinculante.

Ocorre que no julgamento da Reclamação os Ministros do Pretório Excelso, demonstraram a posição de que, por causa das muitas reformas constitucionais realizadas pelo Poder Constituinte Derivado, e também pela própria forma do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, influencia nova transformação global do sistema, levando a uma tendência de “concentração” do controle de constitucionalidade no Brasil em torno do Poder Judiciário. Essa argumentação levou a mutação constitucional do Artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Conforme dispõe o referido artigo:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...]

A Constituição Federal de 1988 prevê no artigo supracitado uma espécie de “filtro” exercido pelo Poder Legislativo, para declarar se a decisão sobre a constitucionalidade de determinado texto de lei, teria efeito *erga omnes* ou não.

Sobre o assunto, importante destacarmos um trecho do artigo publicado nos Anais de IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, escrito por Tayara Talita Lemos (et al. s/p):

Dois ministros, Gilmar Mendes e Eros Grau, firmaram posição no sentido de que, em virtude das muitas reformas constitucionais operadas pelo Poder Constituinte derivado e pela própria formatação do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, apontam para uma transformação global do sistema.

Ora, é permitido tal interpretação, diante da história institucional do direito brasileiro? Como ficou delineado, o controle de constitucionalidade é marcado historicamente pelo modo difuso, ou seja, pelo tipo de controle em que se demanda julgamento preliminar _ de matéria constitucional _ à decisão do mérito de causa levada a juízo. No Supremo Tribunal Federal, esse juízo se dá por via recursal. Caso entenda oportuno, a mesma Corte remete ao Senado Federal sua declaração de inconstitucionalidade de lei, para que o órgão do Poder Legislativo, conforme ser poder discricionário, suspenda a execução.

Portanto ao julgar a reclamação 4335-5 – AC o Pretório Excelso, acabou por confirmar a inconstitucionalidade da lei, dando efeitos *erga omnes* na

decisão. Mas a Reclamação Constitucional caberia ao reclamante impetrar quando não respeitada uma decisão de efeito vinculante da Corte Constitucional, o que não ocorreu no caso da decisão do Habeas Corpus supracitado, quem foi deferido em sede de controle difuso de constitucionalidade. Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal ao decidir a reclamação, atua na supressão do mecanismo de intervenção do Senado, que seria condição de possibilidade para suspender com efeitos *erga omnes*, uma lei declarada inconstitucional pelo STF.

A disposição contida no artigo 52, inciso X da Constituição Federal tem função democrática de estabelecer freios e contrapesos na relação que há entre os três Poderes da República, instrumento de concretização do Estado democrático de direito. Observando a mutação ocorrida através do julgamento de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, há uma tentativa de abolir a função do Senado, ferindo a tripartição dos Poderes, e conseqüentemente o princípio democrático, levando a uma inconstitucionalidade.

A terceira hipótese trata-se da redução da maioria penal, que começou há pouco tempo quando a Comissão de Constituição e Justiça deu voto favorável à proposta de Emenda à Constituição nº 171 – A de 1993, criada pelo deputado federal Benedito Domingos, da qual propõe alterar o artigo 228 da Constituição Federal de 1988, reduzindo a maioria que refere-se o artigo, de 18 para 16 anos; A partir dessa primeira proposta em 1993, várias outras foram ofertadas no mesmo sentido, por exemplo a proposta de Emenda nº 20 de 1999:

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 20, DE 1999.

(Do Senador José Roberto Arruda)

Altera o art. 228 da Constituição Federal, reduzindo para dezesseis anos a idade para imputabilidade penal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda constitucional.

Art. 1º O art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Parágrafo único. Os menores de dezoito anos e maiores de dezesseis anos são penalmente imputáveis quando constatado seu amadurecimento intelectual e emocional, na forma da lei (NR).

Art. 2º Esta Emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação.

A obra Direito Fundamental à inimizabilidade penal escrita pelos professores desta Instituição de Ensino, refere-se a esta polêmica com um importante olhar a mutação constitucional que demonstra-se pertinente ressaltar (BRAGA, 2015, p.175/176):

Pese a premissa de que a Constituição Federal assume a partir de 1988 função diretiva ao Estado, o direito vem sendo usado apenas para atender de forma utilitária às necessidades da sociedade. Essa questão assume relevância no contexto da inefetividade dos direitos fundamentais positivados na Carta Constitucional.

Os autores relatam a ideia de que a Constituição foi instituída como a concentração das garantias e premissas do Estado, com todos os direitos fundamentais positivados no texto constitucional, e por isso seria considerado texto supremo, qualquer conceito deveria ser baseado ali. Mas na realidade constituinte de 1988, a Constituição só está sendo utilizada como referência para não evadir-se do “espírito constitucional” com que foi criada, portanto as normas são criadas usando a Constituição apenas como parâmetro.

[...] a ideia de que a interpretação constitucional durante muito tempo esteve vinculada a um cenário fechado, ou seja, levando em conta tão somente o que os juízes e os procedimentos burocráticos impunham, olvidando a realidade, ou melhor, os atores que compõem essa realidade órgãos estatais, poderes públicos, cidadãos e grupos. Trazendo a ideia para o Brasil, autointitulado Estado Democrático Social de Direito, é mister uma mudança radical na hermenêutica dominante, de modo que a interpretação deva ser aberta, em conexão com a realidade. Em conformidade com essa leitura cabe afirmar que o procedimento descrito pelo constituinte, bem como as limitações nele existentes, são apenas processos de filtragem para a vigência jurídica das expectativas e que devem ser respeitados para a concretização das normas constitucionais.

A tendência constitucional é a instrumentalidade política do direito, podendo ser facilmente modulado, com base nos interesses sociais.

Portanto a discussão sobre a maioria penal que se dá no Brasil trata-se como se vê de uma hipótese de mutação constitucional, onde o clamor social e o interesse político ultrapassam os limites formais previstos constitucionalmente, e através da mutação busque bloquear o processo de concretização da norma.

8 INCONSTITUCIONALIDADE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Até então falamos de processo de alteração informal da Constituição que é a mutação constitucional, mas nesse caso, a alteração feita está de acordo com os parâmetros analisados quando da manifestação constituinte originária. Quando está em desacordo com esse parâmetro, dando as normas constitucionais uma interpretação e um sentido distintos do que realmente a norma tem ocorre a chamada mutação inconstitucional.

“[...] Se o ato interpretativo desvirtuar a letra das normas que embasam a Constituição, quebrando a juridicidade dos princípios informadores da ordem constituída, estaremos diante das mutações inconstitucionais” Lammêgo, p.135.

O que o autor expressa é que a Constituição é um estatuto geral do ordenamento jurídico brasileiro, portanto a mutação que viola as normas como espírito da Constituição, é considerada inconstitucional.

Nesse sentido, destaca-se a consideração de normas inconstitucionais (BACHOF, 1994, p.65):

[...] Estes princípios não podem ser modificados à vontade, seguindo o caminho do processo de revisão. Uma lei de alteração da Constituição, emitida ao abrigo do art.79, da Lei fundamental, poderia por conseguinte, ser inconstitucional por eventual infração de um princípio constitutivo da República Federal insuscetível de ser por ela modificado.

Na medida em que as alterações constitucionais infringem os princípios bases da lei maior, estas deveriam ser consideradas inconstitucionais, pois ferem com o espírito constitucional. Mas devemos fazer uma pertinente observação constatando que na medida em que o autor Bachof considera inconstitucional devemos ponderar que essa inconstitucionalidade ocorre pelos limites impostos ao poder constituinte derivado, pois ele se refere a ‘revisão’ como reformas feitas na constituição. E o que se faz a indagação então, é se haveria limites ao poder de reforma feito pela mutação constitucional através do Poder Judiciário, sendo que este não é o Poder constituinte derivado escolhido pelo povo para se fazer alterações, e, portanto não sofre limitações como o poder constituinte derivado.

Importante observação feita por Denise Soares Vargas (2014, p.102):

É fato que o Judiciário tem empreendido mutação constitucional e se utilizado de técnicas decisórias de manipulação, a exemplo das sentenças de perfil aditivo.

Entretanto, é mister perquirir se a atividade interpretativa criadora exercitada pelo Judiciário, dentro de um Estado Democrático de Direito, justifica-se, em face da carência de mandato eletivo dos magistrados.

Não é crível que se legitime, pelo menos no Brasil, a ideia de que a Constituição é aquilo que o Supremo diz que ela é, pois seria atribuir o poder ilimitado a um grupo de onze pessoas nomeadas politicamente pelo Chefe do Executivo, atendendo aos mais vários critérios subjetivos.

A crítica que a autora faz, refere-se ao fato de que, como já foi retratado neste trabalho, o poder para a alteração do texto constitucional, foi conferido ao poder constituinte derivado, eleito pelo povo através de um Estado democrático de direito, e para a alteração existe um trâmite especial a ser seguido especificamente previsto em lei, e que, portanto a alteração feita pelo Poder Judiciário através da mutação, é feita pelo Supremo Tribunal Federal, composto por 11 ministros eleitos a crivo do presidente da república, por voto discricionário, então, a indagação que se faz é se haveria constitucionalidade a partir da legitimação dos que alteraram a constituição dessa forma, já que seria desproporcional se avaliarmos quanto à forma que um poder altera a constituição. Se houve a instituição do Estado democrático de direito, e a tripartição dos poderes (divisão dos três poderes), considerados como avanço em nossa sociedade, haveria retrocesso na modificação dessas instituições, pelo menos neste contexto constitucional, havendo necessidade de futura edição de um novo texto que comporte essas novas modificações.

Importante ainda destacarmos uma observação feita pelos autores Dmitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2011, p.293):

A principal crítica da mutação constitucional diz respeito à sua inadmissibilidade jurídica. A Constituição é rígida porque procura moldar a realidade social, incluindo-se nela a conduta das autoridades estatais que aplicam o direito. A realidade deve se pautar pelos mandamentos. Para admitir que uma mudança na realidade social possa modificar o significado do comando normativo, deveríamos inverter a relação entre a norma e a realidade, entre o Dever-Ser e o Ser.

Os autores afirmam que a Constituição foi criada com propósitos e parâmetros, em que se pautam os mandamentos constitucionais, e por ser uma constituição rígida ela também prevê a conduta das autoridades estatais que nela se

compõem, de tal forma que admitir a mutação constitucional, estaria por se admitir uma mudança nos parâmetros, antes previsto na criação do texto constitucional.

E sobre a Constituição brasileira de 1988 ser rígida, importante tecer comentário sobre a obra de Walter Claudius Rothenburg (2010, p.80):

Ao tratar da classificação das Constituições, referimos que, nas Constituições flexíveis, não é possível distinguir o poder de reforma constitucional do Poder Legislativo ordinário, sob o aspecto procedimental, haja vista que a Constituição pode ser alterada como as leis em geral. A produção de uma lei (materialmente) incompatível com a Constituição significaria, em princípio, a alteração da própria Constituição. É diferente em relação às Constituições rígidas: o poder de reforma situa-se entre o poder constituinte originário (que o institui) e o Poder Legislativo ordinário (que deve respeitar as alterações constitucionais produzidas: princípio da supremacia da Constituição). O procedimento de reforma da Constituição, se ela for rígida, é diferenciado, de modo que é possível distingui-lo do procedimento legislativo ordinário, ainda que os sujeitos sejam os mesmos: p. ex., o Congresso Nacional (deputados e senadores) atua de um jeito quando produz emendas à Constituição e de outro quando elabora leis em geral.

O que autor argumenta, é que pelo fato da Constituição Federal ser uma Constituição rígida, se faz necessário em todas as atuações e reformas legislativas estarem previstas em seu texto, o que não verificamos quando se trata de mutação derivada pelo Poder Judiciário, que não há nenhuma previsão.

A contrariedade nesta medida ocorre quando não vai de encontro com os parâmetros previstos quando da elaboração do texto da Carta Magna, por exemplo, podemos tratar de quando a Constituição estabeleceu 70 anos como limite de idade para aposentadoria compulsória em certas categorias de servidores públicos, com base na Constituição ser um modelo rígido, seria inconstitucional uma decisão afirmando que atualmente aumentou a expectativa consideravelmente no país, e com base nessa justificativa interpretar que deveria aumentar a idade estabelecida no texto legal. Devemos admitir que esta é uma decisão importante, e relevante socialmente, mas esta interpretação não mudou a letra da Constituição, que poderia ter sido mudado mediante a Emenda Constitucional, mecanismo este, previsto expressamente no texto legal, o que deveria ser respeitado, pois o aplicador do direito atuando desta forma, está desrespeitando a hierarquia das fontes do direito, a competência do poder reformador, que não desejou fazer essa mudança, indo em contrapartida ao princípio da supremacia constitucional, e do Estado democrático de direito.

A viabilidade da Mutação Constitucional surgiu através das modifica es históricas constitucionais, sobre essa percep o destacamos um trecho de um artigo publicado nos Anais de IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, escrito por Tayara Talita Lemos (et al. s/p):

No contexto dos projetos democráticos, desenvolvidos no segundo pós-guerra, diversos autores têm apontado para o papel estratégico desempenhado pelos meios de concretiza o das previsões constitucionais. Essa constata o relevante se elucida com a percep o de que todos os países que atravessaram um período de exce o acabaram por optar por um modelo constitucional garantidor (nos moldes daquilo que tem sido chamado neoconstitucionalismo) e, ao mesmo tempo, deslocaram para o judiciário um inevitável foco das aten es, representado pelo caráter inciso assumido pela jurisdi o constitucional.

No decorrer deste trabalho, discorreu-se sobre o histórico constitucional brasileiro, mostrando a evolu o de cada Constitui o constituída em nossa sociedade, a grande observa o a ser feita   que a partir da evolu o constitucional podemos perceber que há uma maior propor o em garantia e direitos aos cidadãos, e isto ocorreu na grande maioria dos países que passaram por um longo período de recessão, e concentra o de poder a minoria, o que levava a grandes revolu es, e com isso o histórico constitucionalista a partir desses períodos, almeja o ideal de constitui o como meio eficaz de limita o de poder e de conseqüente garantia de liberdade. De tal forma, o Estado brasileiro criou a vigente Constitui o de 1988 que   o maior exemplo de Constitui o garantista, pois consagra os maiores direitos que a sociedade brasileira já teve. Ocorre que como diretriz estabelecida, o Estado conjuntamente com o ordenamento jurídico busca promover sempre outros subsídios para garantia e concretiza o dos direitos instituídos na carta magna, uma das medidas de efetiva o desses direitos, foi conferir maior participa o ao Poder Judiciário para participar da soluço do deslinde das questões públicas.

O Poder Judiciário fica caracterizado pelo mecanismo encontrado na Constitui o de 1988 de concretiza o dos direitos,   o guardião do texto maior, e como medida de freios e contrapesos, interpreta a Constitui o, de forma a garantir que todos os direitos sejam efetivados, o que conseqüentemente, concentrou grande poder nas mãos do Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal.

O autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho aborda em sua obra as razões para a competência dada ao Poder Judiciário (2010, p.274/275):

A independência do judiciário é uma necessidade da liberdade individual. Que existam no Estado órgãos independentes que possam aplicar a lei, inclusive contra o governo e contra a administração, e condição indispensável para a liberdade e a proteção dos direitos humanos. E não foi outra razão que levou a doutrina clássica a erigir o Judiciário em poder do Estado, com função própria. De fato, que argumento melhor havia para retirar das mãos do governo a administração já justa do que afirmá-la por natureza distinta da a ele confiada.

Cientificamente falando, não existe uma função jurisdicional diversa da administrativa. Politicamente falando, para salvaguarda da liberdade individual, a aplicação da lei em casos concretos deve ser sempre confiada em última análise a órgãos independentes e imparciais, não subordinados ao governo, mas somente ao direito impessoal.

Portanto o Judiciário acaba sendo o maior responsável pela efetivação do direito positivado ao caso concreto, e por essa jurisdição constitucional, acaba-se por produzir o direito de criar normas.

Sobre esse Poder “ilimitado” conferido ao Poder Judiciário de criação de normas, Tayara Talita Lemos (et al. s/p), argumenta:

A partir dessa compreensão, insere-se no centro do debate democrático a questão acerca do papel do Judiciário e de sua intensa atividade de efetivação que variavelmente é chamada de ativismo judicial ou decisionismo. De resto, a Jurisdição Constitucional vai tomando a forma de um ativismo ilimitado e desmedido chegando ao absurdo de afirmar-se que o “direito é aquilo que os tribunais dizem que é”.

Uma fenda abissal cava-se entre texto e norma. A diferenciação é importante, a distanciação genérica e sem freios é perigosa, uma vez que inicia, assim, o problema da validade do direito e da justificação. Dessa feita, ao legislador caberia a produção de textos de norma mais genéricos que possibilitaria a expressão clara do que é significado e significante na hermenêutica como meio de efetivação, ato constante e circular, impedindo assim que houvesse interferências drásticas de um poder em relação ao outro, Judiciário em relação ao Legislativo e Judiciário transformando-se em Poder Constituinte Permanente.

Então, na medida em que a Jurisdição Constitucional cria “super-poderes” ocorre o chamado ativismo judicial, pois o Poder Judiciário acaba imperando diante de um sistema em que há repartição dos poderes, mas o poder acaba centralizando-se nas mãos de um só poder. O Supremo Tribunal Federal como órgão extremo do Poder Judiciário também está subordinado à Constituição, devendo interpretar conforme a Constituição. O Estado que tanto buscou os direitos fundamentais, com êxito após o período de exceção e ditadura militar, admitindo-se

as ilimitadas mutações constitucionais, acaba por levar a uma ditadura judicial, destruindo-se com o princípio do Estado democrático de direitos.

Os autores Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi tecem comentários sobre essa competência usurpadora exercida pelo Poder Judiciário (2011, p.319/320):

[...] Por outro lado, se respondermos que o Judiciário pode controlar as reformas constitucionais, o poder constituinte reformador transforma-se em poder constituído. Nesse caso, o Judiciário usurparia o poder constituinte reformador.

[...] Isso mostra o problema básico da tentativa de fiscalizar o Legislativo. Quem afirma que o Judiciário deve controlar a constitucionalidade das decisões do Legislativo, para impedir eventuais abusos, deve indicar quem fiscalizará o próprio Judiciário, que se apresenta como guardião da Constituição.

O que os autores inserem nesses comentários é a pontuação de usurpação de competência, que é do Poder Constituinte reformador, sendo efetuada pelo Poder Judiciário quando no julgamento de suas decisões. Já que quanto ao poder reformador há fiscalização em suas atuações já que estas vêm expressamente identificadas no texto constitucional, o que não com a “legislação” feita pelo Poder Judiciário, que deveria ser fiscalizado, já que é o órgão guardião do texto constitucional e, portanto conferindo poderes ilimitados a esse órgão, facilmente de guardião se torna o grande “senhor” da Constituição.

9 CONCLUSÕES

O processo de criação do texto constitucional passa por várias modificações ao decorrer do tempo, pois este acompanha a evolução da sociedade e do meio em que vive; É visível a mudança das ideologias e princípios das constituições criadas no Brasil de acordo com a época e o momento em que foram elaboradas.

Quanto ao procedimento a ser seguido para a criação do texto constitucional, há grande divergência, pois a forma como o povo é legitimado faz pairar grandes dúvidas sobre o real objetivo que se quer obter com a criação de um novo texto constitucional, sendo este regime democrático ou não, ainda não é possível constatar poder soberano que é constituído ao povo, ao menos teoricamente.

Para elaboração e reforma da Constituição Federal há determinados limites a serem respeitados, sendo que mesmo para a elaboração da Constituição esses limites subjetivamente, são encontrados no direito natural, como ideologia e princípios consuetudinários que cercam a sociedade no momento em que esta sendo criado o texto legal; Para modificação os limites se encontram expressamente delimitados na Constituição já promulgada e vigente no país, limites estes objetivos e subjetivos, sendo estritamente necessário o cumprimento desses limites expostos no texto normativo constitucional, e também devem ser respeitados os princípios máximos constitucional, e do que foi estabelecido para ser objeto de mudança, e se esta mudança não fere com as regras superiores do Estado, como as chamadas “cláusulas pétreas” que delimitam assuntos que não podem ser objetos de mudança por meio de reforma, já que esta é uma atuação distante ao povo.

Diante do estudo, percebemos que a Constituição se trata de um organismo da qual vive em harmonia como meio circundante em que existe, fato este que comprova a necessidade de que, da criação da Lei Magna, é imprescindível perceber que o texto será passível de alterações futuras, comportando adequação as exigências e necessidades sobre as novas situações em uma sociedade em constante evolução, e que, portanto exige-se do Poder Constituinte originário, ao construir a Constituição do Estado, conferir elasticidade as normas constitucionais.

Porém os processos de mudança da constituição instituídos pelo poder constituinte originário impõem limites, levando esses processos a serem rígidos, e extremamente ineficazes no acompanhamento social, isso faz com que a constituição sofra mudanças além daquelas previstas formalmente, o caráter dinâmico da ordem jurídica leva a um redimensionamento da realidade normativa, possibilitando que a constituição sem a necessidade de revisão ou de emenda (mudanças expressamente previstas), assuma novo significado alterando-a informalmente.

Caracteriza-se, portanto o fenômeno da mutação constitucional, atribuindo ao texto constitucional significados, e conteúdos até então não ressaltados quando da leitura da sua letra original. O grande protagonista dessa mudança informal é o meio difuso de modificação constitucional, através de processos informais, transição constitucional entre outros procedimentos resume-se na atividade diversa daquela demarcada pelo poder reformador.

O histórico do constitucionalismo brasileiro, especialmente na Constituição de 1988 criada após um grande período de exceção vivenciado pelo Brasil através da Ditadura, aponta para o “ideal de Constituição” como um meio eficaz de limitação do poder e conseqüente garantia de liberdades, instituindo o Estado democrático de direito, e o grande mecanismo da tripartição dos poderes. E como potencial protagonista da efetivação dos direitos constitucionais garantidos na Constituição, o Poder Judiciário acaba por se tornar o centro das tensões, provocando o que se conhece como Jurisdição Constitucional, mecanismos como ADC (Ação Direta de Constitucionalidade), ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), a Súmula Vinculante e os efeitos das decisões do Tribunal fazem com que as questões constitucionais para concretização das garantias fundamentais, sejam julgadas com maior frequência pelo Supremo Tribunal Federal, e sua opinião vai sendo imposta com relativa facilidade aos demais poderes do Estado.

É inegável admitir que através da Jurisdição Constitucional, acaba-se por produzir o “direito” de criar a norma, já que na grande maioria das vezes há uma inovação no caso concreto, fazendo com o que o Judiciário inove nas decisões por interpretação, obtendo discricionariedade para criar o texto da norma. E como conseqüência da grande atuação do Poder Judiciário em efetivar a norma, leva-se

ao chamado Ativismo Judicial, pelo de que esse Poder não está subordinado a qualquer tipo de limite, ao ponto de dizer que o direito é afirmado pelo Poder Judiciário; E no estágio em que vivemos transforma-se em Poder Constituinte permanente.

A partir dessa discricionariedade para criar o texto da norma que o Poder Judiciário possui, devemos pensar em dois grandes problemas; O primeiro refere-se ao fato de que o Poder Constituinte originário estudado nesse trabalho, é constituído através de voto, portanto é dado o poder ao povo em escolher quem irá reformar a Constituição, devendo-se este respeitar limites impostos expressamente no texto constitucional, e ainda respeitar os trâmites necessários para a alteração. O que não ocorre com o Poder Judiciário quando na alteração constitucional por meio da mutação, que os seus membros são nomeados por decisão discricionária pelo Presidente da República. O segundo problema refere-se a ilimitabilidade que a mutação constitucional detém, pois não há limites expressos a serem seguidos pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões, tendo como único limite a consciência do intérprete face ao espírito constitucional. Portanto, há uma disparidade de formalidades entre as reformas constitucionais expressamente previstas (emendas, e revisão), em relação à mutação constitucional decorrente do Poder de decisão do Judiciário.

É inevitável admitirmos que o ato interpretativo _ principalmente a interpretação decorrida do Poder Judiciário, que é o guardião da Constituição, que se adequa o texto constitucional ao caso concreto_ é um meio extremamente importante e eficaz para adaptar os dispositivos constitucionais as necessidades emergentes do cotidiano. Mas se essa interpretação adulterar as normas que embasam a Constituição, deturpando com a juridicidade dos princípios que informam a carta magna (quebrando com o espírito constitucional), verifica-se as mutações inconstitucionais, já que desvirtua os preceitos idealizados pelo poder incondicionado, quando da criação da Constituição, provocando reflexos sobre todo o ordenamento jurídico, acabam por criar deformações, que contrariam a Constituição em vários níveis de extensão, sem alterar ao menos uma vírgula da letra do texto constitucional. A mutação inconstitucional decorreria da mutação ilimitada, já que a Corte, neste caso realizaria sorrateiramente emendas constitucionais de maneira antidemocrática, levando o Poder Judiciário ao papel de

poder constituinte, deteriorando o Estado democrático de direito do qual se perfaz a Constituição, levando ao totalitarismo judiciário aos casos futuros. Seria uma total forma de regressão, já que a Constituição de 1988 já foi elaborada como meio eficaz de cessar os abusos cometidos pelo Estado aos seus subordinados _ saímos de um período de exceção para adentrar em outro_ conduzindo a uma nova crise democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional** 17ª Edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Tradução por José Manuel. M. Cardoso da Costa. Coimbra: São Paulo: Livraria Almedina, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRAGA, Rogério Piccino; STRASSER, Francislaine de Almeida Coimbra; SANTOS, Jurandir José dos. **Direito fundamental à inimizabilidade penal: o retrocesso da redução da maioria penal no constitucionalismo brasileiro**. 1 ed. Paraná: Redige, 2015.

DOUGLAS, Willian. **O STF quis reescrever a Constituição**. In: Revista Consultor Jurídico, 13 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso: em 14 de out. 2015.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2011.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

LEMOS, Tayara Talita; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; KATO Rafael Shinhiti; MONTEIRO, Marina; PEREIRA, Joaquim Eduardo; FERREIRA Gabriela Vidotti.

Mutação Constitucional e Democracia: Uma (des)construção hermenêutica do problema da intervenção do senado em sede de controle difuso da constitucionalidade, In: Anais do Simpósio Nacional de Direito Constitucional, IX. São Paulo.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**; Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Constituição conforme o STF**. In: Folha de São Paulo, 20 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br>>. Acesso: em 15 out. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MULLER, Friedrich, 1938. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**; tradução Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEGRI, Antônio, 1933. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**; tradução Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DPeA, 2002.

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

PIZARRO, Djalma. **União Estável Homoafetiva: Uma Hipótese de Mutação Constitucional**. São Paulo: J. H. MIZUNO, 2014.

OTHENBURG, Walter Claudius. **Direito constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA Rafael de Tomaz. **Ulisses e o Canto Das Sereias: Sobre Ativismos Judiciais e os Perigos da Instauração de um “Terceiro Turno da Constituinte”**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso: em 14 de out. 2015.

VARGAS, Denise Soares. **Mutação Constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

VILELLA, Igor Araújo. **A análise do voto do Ministro Gilmar Mendes da reclamação 4335-5/ AC**. Publicado em 04 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>>. Acesso em 20 de out. 2015.