



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARISSA LEITÃO SOARES

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

FORTALEZA

2022

LARISSA LEITÃO SOARES

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Dissertação submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Regnoberto Marques de Melo Júnior

FORTALEZA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S655s Soares, Larissa Leitão.
Supremo Tribunal Federal e as mutações constitucionais na Constituição Federal de 1988 / Larissa Leitão Soares. – 2022.
36 f.]

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2022.

Orientação: Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Júnior.

1. Supremo Tribunal Federal. 2. Mutações Constitucionais. 3. Constituição Federal . I. Título.

CDD 340

LARISSA LEITÃO SOARES

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Dissertação submetida à Coordenação do Curso
de Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___ / ___ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Regnoberto Marques de Melo Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Glauco Barreira Magalhães Filho
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Carla Mariana Café Botelho
Mestranda - Universidade Federal do Ceará (UFC)

À Deus.

Aos meus pais e irmãs.

À Luiz e Emília, Joaci e Maria do Céu, meus avós.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Ceará, e especial à Faculdade de Direito, que foi minha segunda casa, mesmo antes de meu ingresso, fazendo-me crer que o meu lugar é onde está meu sonho.

À Universidade de Fortaleza por ter possibilitado meu início na graduação.

Ao Prof. Orientador Regnoberto Marques de Melo Júnior pelo apoio, parceria, paciência e humanidade, tornando possível a conclusão deste trabalho, sendo um verdadeiro instrumento de Deus em minha vida.

Ao Prof. Gustavo Liberato, em suas aulas magistrais de Direito Constitucional I, que fizeram-me aprender a importância de se lutar pela Constituição.

Ao meus pais, Luiz Jorge e Mônica Pires, que lutaram diariamente para que eu pudesse cursar uma faculdade de excelência e realizar meu sonho. À minhas irmãs, Lorena e Lilyanne, que me deram suporte e acreditaram em mim quando eu mesma não acreditava.

Aos meus amigos pelas palavras de apoio e incentivo, em especial aos meus amigos da faculdade, Seu Odir e Seu Osvaldo, que sempre me aconselharam.

Agradeço principalmente a Deus que sempre me abençoou colocando pessoas maravilhosas em meu caminho. A Ele que me sustentou e ergueu, mostrando luz em meio a escuridão. A Ti, Senhor, minha honra e glória.

RESUMO

Esta pesquisa versa sobre o instituto da mutação constitucional, fazendo um apanhado histórico da utilização deste, bem como das teorias expoentes sobre o tema. Analisou-se sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal e a ausência de unificação da Corte quanto ao tema, a partir do estudo de um caso concreto emblemático de mutação constitucional. Para tanto, pesquisou-se em literatura nacional e estrangeira, além de estudo jurisprudencial, fazendo-se uma análise profunda do instituto. Assim, discute-se a escorreita aplicação da mutação constitucional pelo STF e de seus limites, através do estudo do caso concreto no HC nº 82.959-7/SP sobre a progressão de pena nos crimes hediondos e a mutação constitucional ocorrida no artigo 5º, XLVI, CRFB/88. Concluiu-se que se faz imprescindível a discussão em plenário da Corte sobre a unificação da utilização do tema, bem como seus limites, a fim de que se tenha segurança jurídica e não se ultrapasse as balizas de sua competência, desencadeando o desenfreado ativismo judicial.

Palavras-chave: Mutação Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Limites. HC nº 82.959/SP.

ABSTRACT

This research deals with the institute of constitutional mutation, making a historical overview of its use, as well as the exponent theories about the subject. Its application by the Supreme Court from Brazil and the lack of unification of the Court on the subject were analyzed, based on the study of an emblematic concrete case of constitutional mutation. In order to do so, national and foreign literature was researched, as well as a jurisprudential study, making a deep analysis of the institute. Thus, the correct application of the constitutional mutation by the Brazilian Supreme Court and its limits is discussed, through the study of the concrete case in HC n° 82.959-7/SP, that deals with the progression of sentence in heinous crimes and the constitutional mutation that occurred in article 5, XLVI, Federal Constitution of 1988. It was concluded that the plenary discussion of the Court about the unification of the use of the theme, as well as its limits, is essential, in order to have legal security and the limits of its competence are not exceeded, triggering the unbridled judicial activism.

Keywords: Constitutional mutation. Supreme Court. Limits. HC n° 82.959-7/SP.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO	Erro! Indicador não definido.
2- A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E SEUS PROCESSOS DE MODIFICAÇÃO	9
2.1- Definição do conceito de Constituição	Erro! Indicador não definido.9
2.2- Poder Constituinte Originário	Erro! Indicador não definido.
2.3- O modelo rígido de alteração da Constituição Federal	Erro! Indicador não definido.
2.4- Processos formais de reforma da Constituição Federal de 1988.	Erro! Indicador não definido.6
3- DEFINIÇÃO E HISTÓRICO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	Erro! Indicador não definido.
3.1 Definição de mutação constitucional.....	Erro! Indicador não definido.
3.2 Histórico da Mutação Constitucional	Erro! Indicador não definido.0
3.2.1 Primeiras noções – Laband e Jellinek	Erro! Indicador não definido.0
3.2.2 Conceito dinâmico	Erro! Indicador não definido.
3.2.3 Demais teorias da Mutação Constitucional	Erro! Indicador não definido.5
4- UTILIZAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	Erro! Indicador não definido.
4.1- Caso concreto: estudo sobre o HC nº 82.959-7/90 e a progressão de pena nos crimes hediondos	29
5- CONCLUSÃO	Erro! Indicador não definido.3
REFERÊNCIAS	Erro! Indicador não definido.

1- INTRODUÇÃO

Este trabalho versa sobre a mutação constitucional utilizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), instituto de mudança informal da Constituição, que tem logrado espaço cada vez maior em debates na academia e na aplicação em casos concretos, motivo pelo qual se fez necessário um estudo amplo sobre o tema.

Deste modo, com o objetivo de melhor entender o funcionamento do instituto, analisando quando será possível a sua aplicação escoreita, tornou-se imprescindível a pesquisa da literatura existente, tanto nacional quanto alienígena, acerca do instituto, bem como o exame da jurisprudência existente no Colendo Tribunal.

Assim, inicialmente, no Capítulo 02, fez-se um estudo sobre os fundamentos da Constituição, os quais dariam margem para a existência da mutação constitucional. Em seguida, no Capítulo 03, fez-se um apanhado histórico sobre o instituto em conjunto com o estudo das teorias desenvolvidas ao longo de sua existência, bem como se apresentou a definição adotada pela doutrina majoritária sobre o tema.

Por fim, no Capítulo 04, adentra-se na utilização da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, arrematando com um estudo de um caso emblemático de mutação constitucional ocorrida no artigo 5º, XLVI, da CRFB/88.

2- A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E SEUS PROCESSOS DE MODIFICAÇÃO:

Para a melhor compreensão do tema abordado nesse trabalho, far-se-á inicialmente um estudo amplo sobre a Constituição e os preceitos necessários para melhor entendê-la, deste modo, apresentar-se-á o conceito de constituição, perpassando pelo Poder Constituinte Originário, e, em seguida, aprofundando-se na rigidez da Constituição e nos modos formais de reforma desta.

2.1- Definição do conceito de Constituição

O termo Constituição tem origem no vocábulo latino “*Constitutio*”, que por sua vez deriva do prefixo *cum* e do verbo *stitui, stitutum*, tendo como significado constituir, estabelecer, firmar, organizar, o que, morfologicamente, seria o conjunto de elementos essenciais de algo.

É salutar destacar que não há na doutrina uma maneira única de visualizar o conceito de Constituição, sendo possível encontrar várias concepções distintas sobre o tema. Diversas são as teorias acerca do tema, sobressaindo-se as concepções sociológica, defendida por Ferdinand Lassale, positivista, teorizada por Hans Kelsen, política, de Carl Schmitt, e normativa, elaborada por Konrad Hesse.

Na concepção sociológica, a constituição seria a soma dos fatores reais de poder que regem uma sociedade, tornando-se, desta maneira, real e efetiva. Ressalte-se que os fatores reais de poder aludido por Lassale são o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais, que impactam diretamente na realidade da sociedade. A célebre conjectura de a constituição escrita constituir “mera folha de papel” traduz a essência do pensamento do teórico, visto que a constituição deveria apenas conter o que os fatores reais de poder exprimem.

“A Constituição de um país é o reflexo das relações de poder nele dominantes: o poder militar (Forças Armadas), o poder social (latifundiários), o poder econômico (banqueiros, grande indústria, grande capital) e, em menor medida, o poder intelectual (consciência coletiva e cultura geral). Todas essas forças ativas da sociedade são fragmentos do poder, dotados de capacidade decisória e influência suficientes para se projetarem das relações reais para a folha de papel – Constituição escrita.” (VECCHI, 2005, p. 19)

Ressalte-se que, para Lassale, a Constituição escrita sempre sucumbirá à Constituição real, por estar de acordo com a realidade, onde as questões constitucionais são de cunho político

e não jurídico. Para Vecchi (2005), tal concepção acaba por retirar a constituição de seu patamar de supremacia, sendo submetida às regras pré-estabelecidas e aos fatores reais de poder.

Na concepção positivista, a constituição é um “dever ser”, isto é, apenas deve conter em seu texto a norma, afirmando o que deve ou não ser realizado, sem qualquer interferência política, econômica e social (fatores reais de poder). Percebe-se nessa teoria uma estrutura fundamentada no formalismo, no qual Kelsen estrutura o ordenamento jurídico em um sistema piramidal hierárquico de normas, em que a constituição ostenta o patamar mais alto.

Kelsen ainda concebeu a constituição em dois sentidos: o lógico-jurídico e o jurídico-positivo, no qual, de acordo com Vecchi (2005, p.17), as diferenças entre esses princípios consistiam em:

“No primeiro sentido (lógico-jurídico), a constituição significa norma fundamental hipotética. [...] A função dessa regra é precisamente instituir um primeiro órgão de criação do direito, e neste sentido forma a Constituição no significado teórico ou ideal da palavra, a que chamou “Constituição hipotética”. Ela funciona como fundamento lógico transcendental de validade da constituição jurídico-positiva. No segundo sentido, mais lato e material, dirá Kelsen, “*a Constituição é um sistema de normas que regula a criação de outras normas. Num sentido mais restrito, só nela se compreendem as regras sobre a criação de normas jurídicas dos graus superiores, especialmente das leis. Neste sentido, a Constituição é somente, por assim dizer, a forma de criação do direito; é um simples quadro, que só adquire um conteúdo positivo por intermédio das leis, que vierem a ser elaboradas de acordo com suas prescrições.*” (HANS KELSEN, Teoria Geral do Estado, p. 99-100)”

Barroso (2018), ao explicar acerca das concepções citadas, enfatiza que a constituição se condiciona à realidade histórica em que é constituída, apesar disso, não se limita à sua época, possuindo autonomia em relação a esta. Assim, a existência dessa dualidade presente na constituição seria fator de geração de uma tensão permanente entre a norma e a realidade.

Na concepção política, a Carta Magna está calcada na vontade política concreta que a antecede, entendendo-a como um conjunto de normas supremas, que deve se apoiar tão somente nessa vontade política. Schmitt difere ainda a constituição de lei constitucional, em que aquela seria um “sistema fechado de normas que tem como caráter distintivo certo conteúdo ideal” (NOVELINO, 2017, p. 95), e esta “é o que sobra, isto é, que não contém matéria correlata àquela decisão política fundamental” (BULOS, 2018).

Já a concepção normativa, elaborada por Konrad Hesse, combate a concepção socioideológica de que os fatores reais de poder prevalecem diante da constituição normativa, reconhecendo que as constituições são dotadas de força normativa. Observe-se o que aduz Hesse (2009, p. 132) acerca da força normativa da constituição:

“Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida

Mas a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*) mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”.

Entende-se, portanto, que na concepção normativa a vontade de constituição se torna essencial para a existência da normatividade, com o fito de fazer com que a constituição possua eficácia.

Importa dizer que as concepções apresentadas são fundamentais para a obtenção de um conceito de constituição mais abrangente e aprofundado, posto que desenvolvem diversas formas de compreender o direito. Desse modo, percebe-se que atualmente as definições de constituição costumam ser fruto de combinações das concepções acima citadas e de demais teorias.

Observa-se essa fusão nos ensinamentos do grande doutrinador português, Canotilho (1993, p.12), para o qual o conceito de constituição, *in verbis*:

“Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político.”

Relevante expor também a definição de constituição concebida por Bulos (2018, p.100), que compreende a Carta Magna como verdadeiro organismo vivo:

“Constituição é organismo vivo delimitador da organização estrutural do Estado, da forma de governo, da garantia das liberdades públicas, do modo de aquisição e exercício do poder.

Traduz-se por um conjunto de normas jurídicas que estatuem direitos, prerrogativas, garantias, competências, deveres e encargos, consistindo na lei fundamental da sociedade.”

Destaca-se que esse conceito apresentado por Bulos (2018) é consoante ao de José Afonso da Silva (2009), visto que elenca em sua definição os elementos da constituição, que são categorias das normas do texto constitucional. Tais elementos são divididos em cinco categorias: orgânico, limitativo, socioideológico, de estabilização constitucional e formais de aplicabilidade.

Para o teórico, a presença desses elementos no texto da *Lex Mater* é essencial para a construção e garantia de um Estado Democrático de Direito. Sob esse viés:

“A constituição do Estado, considerada em sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas organiza os elementos constitutivos do Estado.” (SILVA, 2009, p.37 e 38).

Nota-se que, embora a constituição seja um todo unitário e orgânico, segundo essa teoria, esta pode elencar normas que versam sobre assuntos diferentes, no qual cada tipo de categoria (elemento), possui importância para a construção da carta.

Analisando esses elementos constitucionais, percebe-se que estes são essenciais para a formação de um Estado Democrático, modelo adotado pelo Brasil, insurgindo, assim, a necessidade de se resguardar a constituição, a fim de garantir que estes sejam respeitados em sua integralidade. Importa dizer ainda que os elementos da constituição se combinam com os conceitos de constituição delineados acima, haja vista que compreendem a constituição como soma de fatores que são essenciais para a criação de qualquer tipo de Estado e de seu ordenamento jurídico.

2.2- Poder Constituinte Originário

Oportuno mencionar o meio pelo qual são criadas as constituições, uma vez que são frutos da ação do Poder Constituinte Originário (PCO), um poder político e supremo que possui como principais características a incondicionalidade, a soberania, a atemporalidade e a primariedade.

Acerca da natureza do PCO, existem duas concepções distintas. A primeira, jusnaturalista, considera que se trata de um poder jurídico (de direito), portanto, anterior ao

direito positivado, não se limitando a ele. Todavia acredita na limitação relativa aos princípios do direito natural.

Já a segunda concepção, a positivista, entende que é um poder político (de fato), que está acima das normas jurídicas e advém da força social responsável por sua criação, desembocando em sua legitimidade de ser exercido pelo povo. No entanto, nessa visão, não há limitação ética nem jurídica.

Bulos (2018) adota a concepção positivista, em que o PCO é um poder inicial, que existe antes mesmo da concepção de uma ordem jurídica, sendo um poder permanente, e, por isto, impossível de limitar de modo formal, devido à ausência de lei anterior para regulá-lo e de referencial de norma jurídica, já que a sua primeira manifestação é a criação de uma constituição.

Apesar de tamanho império, trata-se, entretanto, de um poder instantâneo, permanecendo latente até necessitar de nova ação. Caso assim não o fosse, o PCO poderia causar imensa insegurança jurídica nas relações, em virtude de sua força para estabelecer o fato gerador de um novo Estado e de um novo ordenamento jurídico (constituição) durante sua atuação.

Outrossim, é um poder inalienável, não podendo seu titular se eximir de exercê-lo, sendo de caráter indisponível e com a titularidade pertencente ao povo (muito embora não seja sempre seu exercente direto). Acerca da titularidade do PCO, Bonavides (1999, p.149) problematiza a questão:

“A Constituição obriga os poderes constituídos, não obriga o poder constituinte; ela institui o governo, distribui a competência, separa os poderes, arma-os de prerrogativas, mas não constitui a nação nem o corpo político, sempre soberanos para modificá-la. A doutrina de Sieyès coloca pois o poder político fora da constituição. Com essa doutrina porém ele se mostrará posteriormente contraditório, carente de lógica, ao intentar conciliá-la com a aplicação do regime representativo em matéria constituinte, ou seja, com a adaptação – por essa via impossível – do regime representativo ao ato fundamental da elaboração da Constituição.”

Bonavides (1999) considera que a constituição se apresenta como um fator de limitação do poder e da supremacia da lei, devolvendo-se, nessa conjuntura, o Princípio da Supremacia da Constituição, no qual se fixa o direito constitucional contemporâneo, em que esta seria soberana dentro do ordenamento jurídico, devendo as outras normas serem simétricas a ela. Esse princípio se mostra ainda como meio de defender a constituição e de preservar sua força normativa.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, esse princípio encontra-se implícito, se extraindo da associação das normas constitucionais e de sua lógica hermenêutica. Como modo de assegurar a supremacia da CRFB/88, adotou-se o modelo de rigidez constitucional, entre outros mecanismos de jurisdição constitucional (exemplo: controle de constitucionalidade).

2.3- O modelo rígido de alteração da Constituição Federal

Importante destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possui forte intenção de afirmar a democracia e assegurar os direitos e as garantias conquistados, não à toa denominada de Constituição Cidadã. Frisa-se que tudo isso se deu como consequência da expectativa social decorrente do período pós-Ditadura Militar, no qual o País foi marcado por processos constitucionais de caráter autoritário, tendo sido cerceadas várias garantias estabelecidas no seio constitucional.

Assim, a CRFB/88 tem característica pluralista, programática, analítica, formal e rígida, sendo esta última fundamental para se certificar que a Constituição não ficará à mercê dos interesses políticos variáveis, pondo em risco a democracia e os demais direitos e garantias sociais.

Isto posto, faz-se necessário explanar acerca do modelo rígido de constituição. De acordo com a classificação de Lord Bryce, as constituições podem ser rígidas ou flexíveis.

Como dito, nas constituições rígidas, o processo de alteração é solene e complicado, possuindo maior grau de rigor para alteração das leis constitucionais do que para as demais leis em geral, já que possuem hierarquia superior. Segundo Bulos (1996, p.35), são características da rigidez constitucional:

- “a) dificultar o processo reformador da Constituição;
- b) assegurar a estabilidade constitucional;
- c) resguardar os direitos e garantias fundamentais, mantendo estruturas e competências, com vistas à proteção das instituições.”

Por sua vez, Teixeira (1991, p.75) destaca outras três características das constituições rígidas, que são: “1) a distinção entre Poder Constituinte e poderes constituídos; 2) supremacia da Constituição e hierarquia das normas; e 3) a noção de inconstitucionalidade de leis e atos públicos.”

O Poder Constituinte Originário apresenta, sem dúvida, fator de divisão entre a Constituição e as demais normas do ordenamento jurídico, haja vista que como poder supremo,

conforme já dito, irá constituir a *Lex Mater*, colocando-a no topo deste, enquanto as outras normas serão constituídas por poder derivado do PCO. Para ilustrar o pensamento, destaque-se:

“Trata-se do poder constituinte originário que, ao desempenhar uma atividade normativa em primeiro grau, difere da função exercida pelo Poder Legislativo, que encontra na Constituição sua origem, limites e formas de atuação, cumprindo-lhe criar leis ordinárias, resoluções, alguns atos políticos e administrativos, cuja atividade encontra-se circunscrita às normas da Lei Maior.

Estas últimas – as normas constitucionais propriamente ditas, a fim de serem reformadas – deparam-se com o primado da rigidez, decorrendo daí a maior dificuldade de alteração das mesmas do que para a modificação dos preceitos jurídicos da ordem estatal.” (BULOS, 1996, p. 38).

Já as constituições flexíveis possuem processo de modificação mais prático e menos solene, podendo ser alteradas conforme as leis ordinárias ou complementares, havendo maior elasticidade, adaptando-se a diferentes circunstâncias sem rompimento.

Essa classificação apresentada está diretamente ligada à estabilidade das constituições, isto é, quanto mais solene o processo de modificação, maior o grau de estabilidade, evitando-se, portanto, a banalização da Carta Magna, além de reforçar a supremacia constitucional.

Destaca-se, no entanto, que há exemplos de constituições flexíveis que são, em contrapartida, utilizadas por sociedades mais conservadoras, nas quais possuem maiores ligações com a tradição, posto que os costumes estão arraigados, sendo a mudança social algo mais dificultoso de ocorrer.

Há autores que dividem a estabilidade em sociológica e legal, na qual a primeira estaria associada a rigidez e efetividade da constituição pela sua solidez diante da estrutura política e social, sendo o principal expoente a Inglaterra (muito embora possua uma constituição flexível, baseada na “*common law*”). Já a legal estaria relacionada a rigidez que deriva da lei, numa concepção jurídica, no qual a estabilidade seria artificial, possuindo menos resistência aos processos de mudanças históricas, como exemplo o Brasil.

Todavia, frisa-se que, muito embora a constituição necessite da estabilidade, ela não deve ser imutável, isto é, estabilidade não significa a imutabilidade constitucional. Caso haja uma pretensão de ser eterna, inexistindo em seu bojo qualquer processo de reforma, tal fato impossibilitaria a reformulação do texto constitucional por ausência de legitimidade e haveria apenas uma manifestação da atividade constituinte. Segundo Bulos (1996, p.35), é preciso haver equilíbrio entre os elementos estáticos e dinâmicos da Constituição:

“Assim, a vida constitucional dos Estados desenvolve-se perante dois elementos, aparentemente contraditórios: o estático e o dinâmico. O elemento estático consigna uma exigência indispensável a segurança jurídica, evitando, ao menos em tese, a instabilidade institucional, procurando salvaguardar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana; o elemento dinâmico propicia a adaptação das Constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social.

O vetor da rigidez da Constituição encontra guarida precisamente nesse contexto. Trata-se de técnica capaz de atender a ambas exigências de estabilidade e dinamismo constitucionais.”

A imutabilidade total das constituições vai de encontro às nuances da realidade social, sendo mister a ocorrência de transformações na Carta Magna afim de que esta possa ser atendida, sob pena de perder sua efetividade, que, de acordo com Lassale, conforme anteriormente citado, se tornaria apenas uma folha de papel, pois não estaria em conformidade com os fatores reais de poder.

Preleciona Mendes (2018) que a hipótese de imutabilidade constitucional não geraria a estabilidade aludida, visto que seria fator gerador de revoluções, haja vista que os anseios da sociedade que incidiriam em possíveis alterações não poderiam ser atendidos pela constituição, tendo como consequência prática as insatisfações insurgentes, até tornar-se insustentável a continuidade de uma Carta Magna limitada a uma sociedade e a circunstâncias baseadas no passado.

Outra característica importante da rigidez constitucional é a sua compatibilidade com as competências constitucionais, que são distribuídas no texto da própria CRFB/88, visto que não possibilita a transferência destas para qualquer entidade ou órgão público, podendo ser até mesmo indelegáveis, tendo em vista que a sua organização deve considerar a natureza das funções exercidas por cada ente para atribuí-las. (BULOS, 1996).

Diante disso, infere-se que a Constituição funciona como verdadeiro organismo vivo perante à realidade social e política, estando em constante evolução e transformação, necessitando não só de um modelo rígido de constituição, que lhe dê estabilidade, mas também de processos que possibilite a ocorrência de mudanças no texto constitucional, desembocando nos processos de reforma constitucional.

2.4- Processos formais de reforma da Constituição Federal de 1988

A reforma constitucional na Carta Magna Brasileira de 1988 foi dividida em duas espécies: emenda e revisão. Ambas são manifestações do Poder Constituinte Derivado Reformador, haja vista que este possui o condão de alterar formalmente a constituição, sendo,

portanto, de competência intermediária, não estando apto para fazer mudanças realizadas pelo PCO e, ao mesmo tempo, estando acima da competência legislativa comum, sujeitando-se, pois, a limitações formal e material. Neste sentido:

“Responsável pela função renovadora das constituições, cumpre ao poder derivado modificar a forma plasmada quando da elaboração genuína do texto básico, recriando e inovando a ordem jurídica. Nisso, completa e atualiza a obra do constituinte de primeiro grau.”
(BULOS, 2018, p. 409)

Bulos (2018) aduz que as emendas são o meio adequado para realizar modificações em pontos específicos da Carta Magna, conforme dispõe o artigo 60 da CRFB/88. Em síntese, as emendas são discutidas e votadas em dois turnos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, precisando de três quintos dos votos de cada casa do Congresso Nacional para serem aprovadas. Percebe-se, portanto, patente rigidez no quórum necessário para aprovação das Emendas Constitucionais.

Além disto, o dispositivo-lei citado acima limita ainda a legitimidade de iniciativa, sendo competente apenas: um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; o Presidente da República; e mais de metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Para José Afonso da Silva (2009), a iniciativa popular para a proposição de Emendas Constitucionais também seria legítima, pautando-se na interpretação sistemática do artigo 1º, parágrafo único, CF/88, que dispõe acerca da soberania popular, podendo esta ser exercida através de referendo ou de iniciativa popular (artigo 14, II e III), devendo o Congresso Nacional autorizá-lo.

No entanto, Novelino (2017) afirma que tal hipótese não deve ser admitida, posto que entende ser a iniciativa para propositura de emendas uma exceção à regra geral exposta no artigo 61 da CF/88, devendo-se valer da interpretação restritiva do dispositivo.

Outra delimitação da alteração constitucional por meio dessa via de reforma constitucional diz respeito às cláusulas pétreas, contidas no parágrafo 4º do artigo 60, que não podem ser remodeladas sob hipótese alguma, constituindo um núcleo imodificável, posto que são matérias que versam sobre a forma federativa do Estado, dentre os quais: o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

Quanto à revisão, diversamente da Emenda Constitucional, tem a faculdade de mudar amplamente a constituição, conforme prevê o artigo 3º das Disposições Transitórias, que

leciona: “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.” (CRFB, 1988, s.p.)”

De acordo com o dispositivo-lei acima, a atual constituição, promulgada em 1988, deveria ser revisada em 1994, momento no qual foram aprovadas seis emendas constitucionais de revisão. Destaca-se, no entanto, que após a utilização no período mencionado, este perdeu sua eficácia, vigendo empós apenas as Emendas Constitucionais como meio de reforma.

O que está exposto no artigo 60, CRFB/88 é o método formal de reforma, todavia não é o único meio de alteração da Constituição, haja vista a existência de processos informais de modificação. Sobre isso:

"Seria errôneo, entretanto, e mesmo ingênuo, pensar-se que as Constituições rígidas somente pudessem sofrer alterações através de técnicas jurídicas expressa e previamente estabelecidas, e que o impacto da evolução política e social somente pudesse atuar sobre elas através desses canais, e que a vida deveria necessariamente acomodar-se, em seu eterno fluxo de progresso, dobrando-se com docilidade ao sabor dessas fórmulas e apenas ao juízo de políticos e legisladores" (TEIXEIRA, J.H. Meirelles, ob. p. 72, apud FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, 2015, p. 6/7)

Para Bulos (1996), tais alterações por vias informais são importantes devido ao caráter dinâmico da ordem jurídica, no qual busca se adequar à realidade fática social, política, econômica, jurídica do Estado.

Assim, o modo pelo qual se é possível alterar a Constituição sem a obrigatoriedade de se adotar um procedimento formal é a Mutação Constitucional, fenômeno que será delineado a seguir.

3- DEFINIÇÃO E HISTÓRICO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

No presente capítulo far-se-á um estudo detalhado acerca da mutação constitucional, trazendo à baila sua definição, bem como o histórico do instituto, analisando os primeiros estudos até os mais atuais, com ênfase nas principais teorias sobre o tema.

3.1. Definição de mutação constitucional

Oportuno dizer que não há um conceito unívoco acerca da mutação constitucional, no entanto, majoritariamente é considerada como um processo informal de modificação da Constituição, possuindo como principal característica a peculiaridade de inexistir qualquer alteração no texto da *Lex Mater*.

“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 processa 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.” (FERRAZ, 2015, p. 9)

Trata-se a mutação constitucional de manifestação do Poder Constituinte Difuso, sendo um poder de fato, que não se encontra formalizado, nascendo dos fatos sociais, políticos e econômicos, como aduz Bulos (2018), e apresentando como características a latência, a permanência, a informalidade e a continuidade. Frisa-se que os mesmos predicados que qualificam o Poder Constituinte Difuso são análogos aos predicados da Mutação Constitucional.

“Destina-se a função constituinte difusa a completar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a continuar a obra do constituinte. Decorre diretamente da Constituição, isto é, o seu fundamento flui da Lei Fundamental, ainda que implicitamente, e de modo difuso e inorganizado.” (FERRAZ, 2015, p. 10)

É salutar rememorar que as normas não possuem apenas um único sentido, além disso inúmeros textos constitucionais apresentam ambiguidade e inexatidão, de forma que comumente utiliza-se a técnica da interpretação a fim de se construir por meio de um processo

hermenêutico uma significação coerente com toda a Constituição (LEITE, 2008). Caso a interpretação a ser adotada distinga da inicial, constituir-se-á uma hipótese de mutação constitucional.

Ressalta-se que inexistente lapso temporal mínimo para que uma Constituição possa passar pelo fenômeno mutacional, isto é, não se descarta que tão logo a norma esteja em vigência, este venha a ocorrer. Do mesmo modo, é capaz de passar-se vários anos sem que se suceda, posto que não há como prever quando acontecerão modificações na *Lex Matter*.

Outrossim, frisa-se que o fenômeno em *questio* ocorre tanto em Constituições escritas, como em consuetudinárias, bem como em constituições rígidas ou flexíveis. Isto se verifica porque, independentemente das condições descritas acima, há alterações inevitáveis nos fluxos da sociedade, pois que sobrevêm novos sentidos, significados e alcance de suas normas por meio deste processo informal de reforma constitucional (BULOS, 1996, p. 41). Igualmente, é impossível prever na Carta Magna todas as possibilidades que ocorrerão na realidade, destacando, portanto, o caráter inacabado da Constituição, fato que poderá ensejar uma mutação constitucional.

Ademais, importa dizer que há inumeráveis meios que têm como consequência a mutação constitucional, sendo os principais: os usos e costumes, a influência de grupos de pressão, a elaboração por meio do Judiciário, a suplementação legislativa, as práticas dos Poderes e a interpretação.

Compreende-se, assim, que a mutação constitucional é comumente vislumbrada nas Cartas Magnas, haja visto que se trata de um organismo vivo, no qual está exposto a constantes mudanças que vão ao encontro das transições por quais passam a sociedade de modo geral. Como dito, não se faz obrigatório a utilização de meios formais de reforma para que o texto constitucional ganhe novos significados, de modo que a definição de mutação constitucional está diretamente conectada a estes fatores: mudanças sociais, políticas, econômicas; inexistência de alteração da Constituição; e ressignificação das normas.

3.2- Histórico da Mutação Constitucional

3.2.1- Primeiras noções – Laband e Jellinek

No que concerne à percepção dessa mudança informal, não há ciência acerca da data exata em que se constatou, como afirma Bulos (2018). Todavia, a doutrina majoritária afirma que o fenômeno começou a ser examinado inicialmente no Império Alemão, especificamente

na Constituição de 1871, tendo a particularidade de ser resultado de um processo de unificação de diferentes Estados que passaram a integrar o *Reich*.

Urrutia (2000) ressalta que não houve um período de adaptação entre as normas vigentes nos Estados antes da unificação e as normas que passaram a vigorar depois deste agrupamento. Deste modo, era contundente a criação de uma atmosfera de incertezas no ordenamento jurídico em questão, e, em meio a isso, as autoridades governantes passaram a modificar a *Lex Matter* sem utilizar a via formal de reforma para diluir os conflitos, gerando conseqüentemente o enfraquecimento da força vinculante da Constituição.

Os primeiros publicistas que notaram tais modificações pertenciam à Escola Alemã de Direito Público, que pressupunha a separação entre direito e política, de forma que os primeiros estudos relacionados ao tema sofreram forte influência da mesma. Deste modo, os juristas provenientes dessa escola, com ênfase em Laband e Jellinek, passaram a analisar a divergência existente entre as normas constitucionais e a realidade.

Paul Laband foi o precursor, com seu trabalho *Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung* (1895), em que definiu a Constituição como norma jurídica em sentido estrito, na qual o Estado poderia modificá-la sem reforma constitucional formal, tornando-se o primeiro a distinguir a Reforma constitucional (*verfassungszustand*) da Mutaçao Constitucional (*verfassungswandel*).

Todavia, o jurista acreditava não ser possível controlar por via jurídica as mudanças informais, apesar de sua inegável existência. Laband acreditava que a Constituição era dotada de força normativa, no entanto esta não teria superioridade hierárquica em relação as leis do Parlamento (URRUTIA, 2000, 110).

Posteriormente, o conceito foi desenvolvido pelo teórico alemão Georg Jellinek (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, 1906), preocupando-se em distinguir reforma e mutação constitucional, tendo como parâmetro para tanto a finalidade da mudança.

Entende-se que, para Jellinek, a mutação constitucional é concretizada por atos não intencionados que, por sua vez, também não irão alterar expressamente o texto constitucional, sendo a necessidade política o fator de transformação da Carta Magna.

Este percebeu que a estabilidade da Constituição não era tão maior quanto a das demais leis, destacando, assim, a disparidade entre as normas jurídicas escritas e a situação jurídica real (VECCHI, 2005). Deste modo, o doutrinador defendia que, quando um fato já estava consolidado no tempo, seria natural que se alterasse o sentido do texto constitucional, afim de que ambas se assemelhassem.

De acordo com Knoerr (2011), a tese de mutação constitucional elaborada por Laband e Jellinek está fundamentada em um conceito de Constituição diverso do atual, em que os órgãos do Estado não se viam obrigados a respeitar a Lei Maior. Salienta-se ainda que, para este último teórico, o marco distintivo e caracterizador de uma autêntica mutação constitucional seria a inexistência de uma consciência acerca da efetiva mudança ocorrida (SANTOS, 2015 p.83).

Salienta-se que no período do Império Alemão supracitado, não havia controle de constitucionalidade das leis, de modo que o Parlamento se incumbia em alterá-las e interpretá-las, sendo quase sempre o responsável pelas mudanças na Constituição. Jellinek atenta ainda para a possibilidade de ocorrer mutação por meio da jurisprudência.

3.2.2- Conceito dinâmico

A teoria dinâmica surge a partir do exame da Constituição de Weimar (1919), que foi um marco para o Direito Constitucional, servindo de inspiração para os demais códigos constitucionais, devido à conciliação dos direitos individuais com os direitos coletivos, tendo ainda um controle constitucional jurisdicional centralizado.

“La doctrina constitucional generada en la época de Weimar constituye un antecedente directo para caracterizar los elementos del fenómeno de la mutación constitucional. Como consecuencia de la inestabilidad de la época, los teóricos de la Constitución centraron buena parte de sus esfuerzos en reflexionar acerca del cambio constitucional e intentaron comprender la relación existente entre la dinámica política y la Constitución escrita. Sus doctrinas constituyeron una reacción frente a los postulados de la Escuela Alemana de Derecho Público, pero los planteamientos de los diferentes autores respondían a presupuestos claramente diferenciados.” (URRUTIA, 2000, p. 116).

A seguir, comentar-se-á acerca das teorias dos principais expoentes da Teoria dinâmica da mutação constitucional.

a) Normalidade e Normatividade – Heller:

Heller entende a Constituição como objeto organizacional material do Estado, viabilizando a cooperação entre indivíduos e grupos, dando existência ao Estado e unidade em suas ações. Aduz que os fatores reais de poder são decisivos para determinar a Constituição, aproximando-se neste ponto da linha de pensamento de Lassale, além disso tais fatores apresentariam um constante movimento, dando origem, assim, a unidade e a ordenação do Estado.

O jurista também se debruçou em distinguir a Constituição sem norma (normalidade) e a Constituição com norma (normatividade), subdividindo esta em normatividade extrajurídica, que de acordo com Heller seriam os princípios, e em normatividade jurídica, devendo tais concepções serem examinadas considerando os elementos estáticos e dinâmicos da Constituição.

O teórico compreende que as normas constitucionais podem se transformar de variadas formas, como pela mudança de conteúdo dos prolegômenos da normalidade, que são os princípios constitucionais e gerais do direito, ou como resultado de mutações constitucionais que consideram a superação de elementos da normalidade pela própria normatividade.

Heller crê que a normatividade busca reiteradamente se adequar à normalidade a fim de conservar o ordenamento jurídico, pois, caso a normalidade não seja absorvida nem pelos princípios nem pelas normas jurídicas, esta poderá se tornar mais relevante que as normas estatais.

b) Teoria dinâmica – Smend:

Smend rompe com as doutrinas dominantes em sua época, desenvolvendo uma nova formulação tanto da Teoria do Estado como da Filosofia do Estado, apresentando a Teoria Dinâmica da Constituição.

Para o estudioso, o Estado é uma realização cultural e fluida, que necessita constantemente de renovações e mudanças, devendo ser estudado pelas ciências do espírito, visto que faz parte da realidade espiritual. Aqui o indivíduo também integra esta realidade espiritual. Smend crê no Estado como uma integração espiritual, que não é material nem estática, possuindo em verdade uma relação dinâmica de refluxo mútuo.

A integração é o núcleo essencial da dinâmica do Estado, que consiste na constante renovação de um complexo número de suas manifestações (URRUTIA, 2000, p. 119/120). De modo que o indivíduo é a parte central da Constituição do Estado, sendo sua vinculação a este explicada a partir de sua natureza dialética. Salienta-se, desta forma, que a realidade estatal não pode ser explicada apartado do indivíduo.

Como dito acima, Smend propôs uma nova definição de Teoria do Estado, que, por conseguinte, o fez formular também um novo conceito de Constituição, definindo esta como uma unidade, um fim em si mesmo, uma estrutura complexa, que não pode prever nem regular todos os aspectos da vida estatal, haja visto que a dinâmica estatal está constantemente gerando novas situações antes não previstas expressamente na Constituição. Caracterizar-se-ia também por sua elasticidade e por sua capacidade inerente de suprir lacunas.

Acredita, pois, que a própria Constituição, ao regular o processo de integração, acaba por gerar os elementos formadores da mutação que virá a sofrer.

“En la Teoría Constitucional smendiana el Estado es integración. La Constitución es el ordenamiento jurídico de la integración. La norma constitucional no lo pretende abarcar todo, pero es un elemento controlador de las fuerzas sociales que están em constante cambio. Por tanto, a diferencia de la interpretación jurídica ordinaria, la interpretación constitucional debe ser flexible – permissiva – debido a la naturaleza expansiva y elástica de las normas constitucionales. Smend considera que la Constitución misma contiene los elementos para su propia transformación por vía de la mutación constitucional.” (URRUTIA, 2000, p. 123)

Smend aduz que o principal problema do Direito político é a totalidade estatal, entendendo ser imprescindível compreender e interpretar a Constituição em seu sentido global, isto é, considerando o texto constitucional desde o preâmbulo até o final deste; além de balizar o seu conteúdo real e estabelecer o melhor método para se obter uma interpretação escoreita.

c) Hsü Dau-Lin:

Sem dúvida, Hsü Dau-Lin é um dos expoentes em matéria de Mutação Constitucional, tendo sido o primeiro a sintetizar, a sistematizar e a completar todos os trabalhos sobre o assunto que haviam na época da Constituição de Weimar (1919).

O estudioso se quedou a analisar as relações que potencialmente surgirão entre as normas constitucionais e a realidade, sendo a primeira perspectiva respaldada em uma total consonância entre as normas constitucionais e a realidade, e dividida em duas hipóteses: uma em que a realidade segue a norma constitucional e a segunda em que a norma constitucional segue a realidade.

A segunda perspectiva, por conseguinte, é quando ocorre uma incompatibilidade entre as normas constitucionais e a realidade, sendo este o campo em que se frutifica a mutação constitucional. Dau-Lin define a mutação constitucional exatamente como se fundamenta esta segunda hipótese.

Hsü Dau-Lin refuta explicações globais acerca do fenômeno em questão, que consideravam a mutação constitucional como um problema, como uma maneira de atuação do direito consuetudinário ou mesmo como parte de regras convencionais. Acreditava que ver a mutação constitucional como um problema era uma ideia daqueles que a viam apenas como uma disparidade entre a norma constitucional e a realidade, sendo algo muito raso para uma completa compreensão da matéria. Para o teórico, as mutações constitucionais não deveriam

ser um fator de crise no ordenamento jurídico, haja vista que constituem também a definição de Constituição.

“(…) la mutación constitucional no es ni quebrantamiento de la constitución (Verfassungsbruch) ni simple regla convencional sino que es derecho. Es derecho aunque no concuerde con el tenor literal de la ley, es derecho aunque no pueda ser captada ni conceptuada con los conceptos y construcciones jurídicas formales: su fundamento jurídico reside em la singularidad valorativa del derecho constitucional, en la llamada necesidad política, en las exigencias y manifestaciones de vitalidad del Estado que se realiza y se desarrolla a sí mismo.” (HSÜ DAU-LIN, Die Verfassungswandlung, p. 164)

A mutação constitucional é consequência da tríplice especificidade da Constituição: o fato de a Constituição ser inacabada (devido a impossibilidade de previsão global) e possuir elasticidade em suas normas; as especificidades do Estado como instrumento de regulamentação jurídica; e a ausência de uma alçada superior e competente que garanta a sua existência.

Dau-Lin acredita na existência de uma dualidade na mutação constitucional, bem como ocorre na natureza da Constituição, havendo uma mutação constitucional no sentido formal (*Verfassungswandlung im materiellen Sinne*) e a mutação constitucional no sentido material (*Verfassungswandlung im formellen Sinne*).

A mutação constitucional formal ocorre quando as normas positivas da Constituição deixam de ter conformidade com a situação que realmente está vigendo. Já a mutação constitucional material aparece quando a realidade do Estado é divergente das normas constitucionais.

3.2.3- Demais teorias da Mutação Constitucional

Há ainda vários outros teóricos que se debruçaram sobre o tema, como Konrad Hesse e Friedrich Müller (que versam sobre as mudanças que ocorrem no interior das normas), Peter Häberle e Stern (com a negação do conceito autônomo de mutação constitucional), Ernst Böckenförde (desenvolvendo a teoria dogmática de mutação), a escola italiana com Pierandrei, Biscaretti, Di Ruffia, Mortati e Tosi, assim como Hans Kelsen entre tantos outros.

Destacadas acima as teorias essenciais para a formulação do conceito de mutação constitucional, irá se tecer breves comentários sobre algumas das demais teorias.

Hesse e Müller também se empenharam em analisar as diferenças entre realidade e norma, passando a diferenciar a revisão constitucional e a mutação constitucional. Isto posto, entende-se não haver necessidade de alteração textual da Constituição na ocorrência de

mutação, haja visto que essa mudança se daria no interior da norma, devido ao fato de que as realidades captadas por esta estão sujeitas a mudanças históricas.

Hesse entende que não há um mínimo de tempo exigível para que a Constituição possa passar por este fenômeno. Nesta teoria a mutação constitucional só é permitida quando não contradiga o sentido e a finalidade do dispositivo a ser alterado, não podendo ultrapassar os próprios limites constitucionais.

Häberle e Stern enfatizam que o fenômeno em estudo é conecto com a interpretação, estando inserido na hermenêutica, inexistindo conceito autônomo de mutação constitucional. Frisa-se que apesar de a interpretação ser um mecanismo de mutação, pode-se, sem dúvidas, ocorrer interpretações sem que ocorram mutações.

Outrossim, Peter Häberle se destaca ao afirmar que a interpretação da Constituição não é exclusiva do Judiciário, Executivo e Legislativo, pois que cabe também à sociedade participar deste processo, devido ao impacto mútuo entre a realidade e esta, o que é considerado nas interpretações.

Em contrapartida, Böckenförde busca diferenciar a mutação constitucional de outros fenômenos, principalmente da interpretação, crendo que englobar a definição do fenômeno em todas as modificações ocorridas na Constituição traz prejuízo para seu entendimento e inclui acontecimentos que não devem ser admitidos.

Assim, entende que a mutação constitucional se verifica tacitamente, sem que se utilize procedimentos vetados pela Constituição. Aduz ainda que a competência para interpretar a *Lex Matter* não pode se transmutar em competência para alterar a estrutura constitucional. Conclui que só será aceitável a mutação através da interpretação caso a via formal de reforma não vise integrar a norma com a realidade (KNOERR, 2011, p. 102).

A Escola Italiana apresenta a Teoria das modificações não formais da Constituição, na qual os princípios fundamentais atuam como contenção para a mutação constitucional, distinguindo esta da mutação inconstitucional.

Hans Kelsen aduz que as normas se alteram morosa e imperceptivelmente, ressignificando o sentido das normas, diferenciando-as do entendimento inicial, mesmo que inexista mudanças textuais.

Embora hoje o conceito de mutação constitucional possa ser associado às várias Teorias ora apresentadas, a visão adotada pela doutrina majoritária brasileira é de que a mutação é de fato um processo informal de alteração da Constituição, em que não ocorre mudança em seu texto.

Várias decisões acerca do fenômeno fundamentam-se ainda hoje nas teorias apresentadas por Dau-Lin e Jellinek, bem como nos escritos da brasileira Anna Cândida Ferraz Cunha, uma das pioneiras sobre o tema aqui no Brasil, ressaltando a forte influência desses autores na contemporaneidade, além de sua importância para a compreensão da matéria.

Outrossim, enfatiza-se que não se pode desconsiderar o importante papel que a interpretação, como processo de modificação informal, presente nas diversas formulações mencionadas acima, tornou-se um dos meios mais utilizados principalmente pelo Judiciário, tendo o Superior Tribunal Federal (STF) se valido diversas vezes desta ferramenta.

4- UTILIZAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A interpretação é um dos meios mais frequentes de ocorrência do processo mutacional. Ferraz (2015) destaca que essa interpretação, no tocante à Lei Maior, pode ser atribuída aos órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário, que cumprem essa função de modos distintos. Adverte, no entanto, que a interpretação constitucional não é exclusividade destes.

Comparando com os demais operadores, o Supremo Tribunal Federal possui forte protagonismo em relação ao tema, pois, como é cediço, compete a este o controle jurisdicional de constitucionalidade, além de atuar como corte de última instância, assumindo um caráter híbrido, que proporciona uma maior aplicação da interpretação (em casos concretos e em *in abstract*), sendo vasta a atividade interpretativa realizada pelo STF, podendo atuar, de acordo com Ferraz (2015), como regularizador do Poder Constituinte Decorrente.

Deste modo, o fenômeno em questão já foi tema de diversos debates no Colendo Tribunal. No entanto não houve uniformização acerca do conceito de mutação constitucional adotado por este, fazendo com que o instituto seja empregado sem homogeneidade, inexistindo sequer um parâmetro mínimo. De acordo a análise realizada por Sacchetto (2015, p. 126), a mutação constitucional, ao ser aplicada pelo STF, pode apresentar três utilizações diametralmente opostas, quais são:

“Entre elas destacam-se o intuito: 1) de demonstrar uma simples mudança interpretativa ocorrida sobre o significado de determinado dispositivo legal; 2) de fazer referência a uma alteração formal da Constituição realizada por meio de emenda constitucional e; 3) de abordar um método hermenêutico de atualização do significado da norma a partir de uma alteração ocorrida na realidade dos fatos.” (SACCHETTO, 2015, p. 126)

Deste modo, dentre todas as características apresentadas, Sacchetto (2015) considera que apenas as hipóteses delineadas no terceiro conjunto se encaixam como decisões que versaram de fato sobre o instituto, fazendo duras críticas ao uso irrefletido da mutação constitucional pela Suprema Corte e à ausência da adoção de uma só definição desta.

Barata (2009) comenta que a pesquisa integral sobre o uso da mutação constitucional pelo STF se mostra insuficiente, haja visto a múltipla acepção que lhe dão. Prova disto é o voto prolatado pelo Emérito Ministro Eros Grau na Reclamação nº 4335/AC, que versa sobre o controle de constitucionalidade e a natureza do Poder Constituinte, em que define a mutação constitucional como:

“[...] a transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua

dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência.”

Todavia, posteriormente, no mesmo voto, o mencionado Ministro acaba por dizer que para a ocorrência de mutação constitucional é necessário haver modificação textual, conforme se vê abaixo:

“Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.”

Deste modo, nítida é a falta de coesão entre ambos os trechos do voto do Ministro Eros Grau na Reclamação nº 4335/AC, restando comprovado a dificuldade do Tribunal em manter uma conceituação harmônica sobre o fenômeno em questão.

Para o deslinde de tal conflito acerca dessa definição, Ferraz (2015, p.116) salienta que a interpretação constitucional por via judicial possui traços próprios que a identificam, tais como: obrigatoriedade, primariedade, atuação mediante provocação e em casos concretos, com efeitos definitivos, mutáveis e vinculantes.

Assim, para Ferraz, a mutação constitucional por via judicial, só irá ocorrer caso se apresente todos esses fatos no decisor, de modo que não serão todos os julgamentos apresentados pelo STF como mutação constitucional que irão se encaixar de fato nos conceitos acima apresentados, demonstrando, mais uma vez, claro descompasso entre aquilo que se é e aquilo que querem fazer do conceito do instituto.

4.1- Caso concreto: estudo sobre o HC nº 82.959-7/90 e a progressão de pena nos crimes hediondos

A mutação constitucional, neste caso, incidiu sobre o artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, em que versa acerca do Princípio da Individualização da Pena.

Este princípio aduz que cada agente deverá ter uma pena considerando as particularidades do caso concreto, analisando os fatos objetivos e subjetivos, como o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, entre outros. Assim,

tal princípio veda a ocorrência de padronizações das sanções penais, em que se aplicaria uma pena invariável para uma tipificação penal.

No caso em supra, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar sobre o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), para que analisasse sua constitucionalidade, considerando o princípio aduzido acima.

“art. 2º: Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas e afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança e liberdade provisória.

§1º: A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”

Ressalta-se que o dispositivo *in causa* da Lei nº 8.072/90 vai em contramão a sistemática da execução da pena, já consagrada no Código Penal e na Lei de Execuções Penais. Neste caso, fica explícito que não se considera as condições sociopsicológicas próprias de cada indivíduo, passando a importar apenas o delito cometido, que o afastaria até mesmo da possibilidade de retornar gradativamente a convivência da sociedade por meio do regime de progressão da pena, o que vai de encontro a ressocialização do indivíduo.

Em primeiro momento, no julgamento do HC nº 69.657-1/SP, em 1992, o Colendo Tribunal entendeu que não havia nenhum óbice ao dispositivo requerido, entendendo que o Princípio da Individualização da Pena seria aplicado na definição da quantidade da pena e não em sua execução.

Todavia, posteriormente, no HC nº 82.959-7/SP, em 2006, o STF mudou o seu entendimento, considerando inconstitucional o § 1º, do art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos, devido ao parágrafo primeiro prever que todas as penas seriam cumpridas integralmente em regime fechado, sem considerar as peculiaridades do delito e vedando a progressão do regime. Entendeu-se acertadamente que o dispositivo estava ferindo gravemente o Princípio da Individualização da Pena.

Além da ofensa ao princípio em voga, trouxe-se à baila, durante a votação em plenário do habeas corpus em questão, à divergência ocorrida na Lei nº 8.072/90, que por um lado previa o cumprimento integral da pena em regime fechado, e por outro a possibilidade de o agente alcançar a liberdade condicional (inciso V), desde que não fosse reincidente nos crimes previsto na lei.

Outro ponto que merece destaque, diz respeito ao tratamento uno dado aos crimes estabelecidos no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988, os quais são: crimes hediondos, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e tortura. Com o advento da Lei nº 8.072/90, tais delitos foram apartados, de modo que aos três primeiros delitos não se podia conceder a progressão do regime penal, enquanto para o terrorismo era plenamente possível.

Deste modo, a Suprema Corte entendeu que dever-se-ia dissolver as contradições existentes entre os delitos, aplicando-se a regra contida no art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97, que versava sobre o terrorismo, aos mesmos crimes previstos no art. 2º da Lei nº 8.072/90, equiparando-as, visto que a lei mais recente revogaria a antiga tacitamente.

Notadamente, a mutação constitucional encontra-se presente neste *decisum*, haja vista a ocorrência de mudança de entendimento no artigo 5º, LXVI, da CRFB/88, sem alteração de seu texto, de modo que o Princípio da Individualização da Pena obteve aplicação diversa a concepção anteriormente empregada.

Neste caso, era possível ver a diferença entre norma *versus* realidade, onde a norma do art. 5º, LXVI, CRFB/88, tendia a ser utilizada de modo enfático, em que o indivíduo deveria ser apartado da sociedade durante todo o cumprimento da pena, desconsiderando a necessidade de ressocialização deste. Já a realidade vigente durante o HC nº 82.959-7/SP era de uma forte luta a favor dos Direitos Humanos e a valorização de uma nova política criminal, à luz do Princípio da Dignidade da pessoa humana, em que a reintegração social e a ressocialização do indivíduo são tidas como fundamentais.

Deste modo, conforme o entendimento majoritário explanado acima, a norma tenderá a seguir à nova realidade, como de fato ocorreu no caso concreto analisado.

Atenta-se para o fator tempo que é tido como essencial para alguns doutrinadores como característica da mutação constitucional, visto que muitos entendem que a mutação constitucional se processa lentamente, podendo ser identificada em momentos distintos cronologicamente.

In causo, o Pretório Excelso dentro de 14 anos modificou seu entendimento, não sendo possível identificar ao certo em que momento ocorreu a mudança de interpretação. Para o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto proferido na HC nº 82.959-7/SP, adotar-se-ia a concepção de Häberle, na qual a ilegitimidade já estaria presente desde a criação da Constituição, embora não identificada, e que este tempo seria imprescindível para se possibilitar as mudanças e a identificação de incongruências, mas não seria ele (o tempo), quem as introduziria.

Todavia, analisando o instituto, concorda-se com a posição adotada por Hesse, em que o fato de várias mutações constitucionais ocorrerem em grande distanciamento de tempo não pode ser adotado como regra geral. Se considerarmos historicamente, catorze anos é um tempo curtíssimo para uma mudança total de uma sociedade. Não há como conceber mutação constitucional tão somente por este ponto.

Pode-se dizer que a mudança do entendimento adotado pela Corte Suprema foi possível não só pela conjuntura da época, com as mudanças internas da sociedade, mas também pela mudança de ministros do Tribunal, que compartilhavam ideais garantistas, assegurando e abrangendo à proteção dos Direitos da Pessoa Humana.

5- CONCLUSÃO

Conclui-se, a partir de todo o exposto, que embora a mutação constitucional já venha sendo estudada e utilizada há décadas, não há uma unificação quanto a sua aplicação. Quando se adentra neste uso pelo Colendo Tribunal, é nítida a falta de concordância até mesmo em princípios básicos característicos do instituto.

A mutação constitucional, embora exista com a finalidade de adequar a lei à realidade e aos interesses sociais, deve-se ser usada com parcimônia, correndo o risco, caso empregada descuidadamente, de desembocar em puro ativismo judicial, em que a Corte ultrapassa seus designios e adentra na seara legislativa.

Por isto, urge a necessidade de se adotar, ao menos na última instância, uma aplicação delimitada da mutação constitucional, bem como de suas características básicas, a fim de que possa se ter maior segurança jurídica nas decisões prolatadas pela Corte Suprema.

Ademais, atenta-se para o fato de a temporalidade ser tida para alguns autores como fator essencial para a identificação da mutação constitucional, tal como preceitua Häberle, teórico mencionado diversas vezes pelo Ministro Gilmar Mendes, tanto em seus votos como em seus estudos publicados. Todavia, caso seja adotado esse como um fator imprescindível, muitos casos de mutação constitucional aplicados pelo STF não seriam reconhecidos como tal, visto que a mudança de entendimento sobre determinados assuntos ocorreu em curto espaço de tempo.

Questiona-se aqui, qual seria o tempo preciso para se constituir uma mutação constitucional. Diante de toda pesquisa realizada, entende-se que a concepção de Hesse, quando a temporalidade, seria a mais correta, haja vista que é totalmente plausível a existência deste instituto em momentos próximos no tempo.

É certo que poderia pensar-se em haver uma regulamentação pelo Legislativo sobre o tema, para que se tenha uma delimitação do uso do instituto. Contudo, entende-se que isto poderia até mesmo engessar a utilização pelo Pretório Excelso. Deste modo, vê-se como a melhor alternativa para solucionar este deslinde, a decisão em plenário do Supremo Tribunal Federal acerca do uso e da limitação do instituto no ordenamento jurídico pátrio, estabelecendo uma unificação de entendimento no Tribunal.

Nesta senda, embora seja um instituto necessário, devido ao seu poder de adequar a norma à realidade vigente, a mutação constitucional não está sendo utilizada com destreza, posto que em muitos aspectos, deixa-se a desejar quanto à sua aplicação, por vezes extrapolando seu uso, recaindo em ativismo judicial, e por outras vezes não a utilizando quando necessário.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. – 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. – 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. – Brasília, a.33 n. 129 jan./mar., 1996.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutações constitucionais e segurança jurídica: entre mutação e permanência. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 7, n. 2, p. 136-146, 2015.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança na constituição. 2ª ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Revisão Constitucional. Revista do Instituto dos Advogados em Pernambuco. Recife, 1994.
- HESSE, Konrad. Temas fundamentais do Direito Constitucional. - 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 188, p.14-33, abr./jul. 1992.
- KNOERR, Cibele Fernandes Dias. Decisões intermediárias da justiça constitucional como mutação da constituição. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.
- LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional. – *In*: Observatório da Jurisdição Constitucional, v. 1, n. 1, ano 2, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. – 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NÓBREGA, Luciana Nogueira. Novas tendências acerca do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: Anais do XIX Encontro Nacional da CONPEDI. Fortaleza, 2010.
- NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. - 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

- SACCHETTO, Thiago Coelho. As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise de representação democrática. *E-Pública*, v. 2, n. 1, p. 123-140, mar. 2015.
- SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutações à Brasileira”: uma análise empírica do art. 52, X, da Constituição. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 597-614, 2014.
- SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 7, n. 1, p. 808-91, jan./abr. 2015.
- SILVA, Bruno Miola da. O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: uma análise dos reflexos dessa prática no judiciário brasileiro. *Revista Faculdade Direito Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 1, p. 241-260, 2015.
- SILVA, Jéssica Marcela Oliveira. Os limites da mutação constitucional: Análise do art. 52, X, da Constituição Federal na Reclamação Constitucional nº 4.335/AC. UFJF – 2017.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. – 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Argumenta Journal Law*. [s. 1], n. 7, 2007.
- URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Uma aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 20, n. 58, jan./abr. 2000, p. 105-135.
- VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. – São Paulo: Saraiva, 2014.
- VECCHI, Cristiano Brandão. *A mutação constitucional - Uma abordagem alemã*. 2005. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.