

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Matheus Alves Pereira

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: aproximação das normas constitucionais à realidade da sociedade ou um desrespeito ao princípio da separação dos poderes?

**Taubaté-SP
2020**

Matheus Alves Pereira

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: aproximação das normas constitucionais à realidade da sociedade ou um desrespeito ao princípio da separação dos poderes?

Trabalho de Graduação em Direito, apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos para colação de grau e obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientadora: Profa. Dra. Andréia Fogaça Rodrigues Maricato.

**Taubaté-SP
2020**

Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBi
Grupo Especial de Tratamento da Informação – GETI
Universidade de Taubaté

P436m Pereira, Matheus Alves
Mutação constitucional : aproxima o das normas constitucionais   realidade da sociedade ou um desrespeito ao princípio da separa o dos poderes? / Matheus Alves Pereira -- 2020.
57 f.

Monografia (gradua o) – Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2020.

Orienta o: Profa. Dra. Andréia Fogaça Rodrigues Maricato, Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Muta o constitucional. 2. Supremo Tribunal Federal. 3. Princípio da separa o dos poderes. 4. Efetividade constitucional. I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 342.1

Matheus Alves Pereira

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: aproximação das normas constitucionais à realidade da sociedade ou um desrespeito ao princípio da separação dos poderes?

Trabalho de Graduação em Direito, apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos para colação de grau e obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientadora: Profa. Dra. Andréia Fogaça Rodrigues Maricato.

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. _____, Universidade de Taubaté.

Assinatura: _____

Prof. _____, Universidade de Taubaté.

Assinatura: _____

Dedico este trabalho aos meus pais e a minha irmã, os quais, sempre acreditando em mim e no meu potencial, permitiram-me cursar uma faculdade, celebrando em todas as conquistas acadêmicas alcançadas.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por sempre iluminar e guiar a minha trajetória, abençoando-me com muita saúde e sabedoria.

Em seguida, agradeço aos meus pais Zuleide Rosa da Conceição Pereira e Josivaldo Alves Pereira por sempre estarem ao meu lado durante toda a minha jornada, ofertando suporte e incentivo em todas as tomadas de decisões da minha vida. Ressalto que o apoio e o amor incondicional deles por mim foram determinantes para o meu sucesso.

Agradeço também a minha irmã Joyce Mariana Alves Pereira por todo apoio e incentivo, bem como por ser uma fonte de inspiração para mim, contribuindo diariamente, juntamente com os meus pais, com novos ensinamentos para minha vida.

Após, agradeço a todos os professores que, de algum modo, somaram a minha vida acadêmica e profissional.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a minha orientadora, Profa. Dra. Andréia Fogaça Rodrigues Maricato, por ter aceito a oportunidade de me orientar, contribuindo com o seu conhecimento para a realização do presente trabalho de conclusão de curso.

*“I wanna be defined by the things that I love
Not the things I hate
Not the things I'm afraid of
Not the things that haunt me in the middle of the
night
I just think that
You are what you love”*

Taylor Swift

PEREIRA, Matheus Alves. **Mutação Constitucional:** aproximação das normas constitucionais à realidade da sociedade ou um desrespeito ao princípio da separação dos poderes? Trabalho de Graduação apresentado para obtenção do Certificado de Bacharel em Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, UNITAU, 2020.

RESUMO

O presente trabalho de graduação tem o objetivo de verificar a plausibilidade da tese da mutação constitucional como instrumento de efetivação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, averiguando, através da análise de cinco julgados do Supremo Tribunal Federal, se os limites exigidos a esse fenômeno estão sendo observados. Com a finalidade de atestar a mencionada tese, foi objeto de pesquisa desde a escolha do Poder Constituinte Originário em conceder rigidez à Constituição Federal até a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para realizar o manejo da mutação constitucional, modificando o sentido da norma sem a alteração do seu conteúdo. A demonstração dos limites impostos à mutação constitucional também foi objeto de estudo, uma vez que só seria admissível um exame acerca da eventual extrapolação de competência do Poder Judiciário, somente após a percepção de tais limites. Com alicerce nos julgados do Supremo Tribunal Federal, constata-se que a mutação constitucional está sendo utilizada dentro dos limites devidos; portanto, o referido mecanismo obteve o seu objetivo fulcral de aproximar as normas constitucionais a realidade da sociedade sem desrespeitar o princípio da separação dos poderes. Como resultado, conclui-se que a mutação constitucional, perante a morosidade apresentada pela via formal de alteração da norma constitucional, é uma ferramenta indispensável para conceder efetividade aos preceitos e princípios basilares da Constituição.

Palavras-chave: Mutação Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Separação dos Poderes. Efetividade Constitucional.

PEREIRA, Matheus Alves. **Constitutional Mutation:** approximation of constitutional norms to the reality of society or a disregard for the principle of separation of powers? Undergraduate work presented to obtain the Bachelor of Law Certificate from the Department of Legal Sciences at the University of Taubaté, UNITAU, 2020.

ABSTRACT

The present undergraduate work aims to verify the plausibility of the constitutional mutation thesis as an instrument for effecting the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, verifying, through the analysis of five judges of the Supreme Federal Court, if the limits required for this phenomenon are being observed. In order to attest to the aforementioned thesis, it was the object of research from the choice of the Original Constituent Power to grant rigidity to the Federal Constitution to the legitimacy of the Supreme Federal Court to carry out the handling of constitutional mutation, changing the meaning of the norm without changing its content. The demonstration of the limits imposed on constitutional change was also the object of study, since an examination of the possible extrapolation of jurisdictional powers of the Judiciary would be admissible, only after the perception of such limits. Based on the judgments of the Supreme Federal Court, it appears that the constitutional change is being used within due limits; therefore, the referred mechanism obtained its central objective of bringing constitutional norms closer to the reality of society without disrespecting the principle of separation of powers. As a result, it is concluded that the constitutional change, given the slowness presented by the formal way of changing the constitutional rule, is an indispensable tool to grant effectiveness to the basic principles and principles of the Constitution.

Keywords: Constitutional Mutation. Federal Court of Justice. Separation of Powers. Constitutional Effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 FORMAS DE ALTERAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL	13
1.1 O PODER CONSTITUINTE	13
1.1.1 O Poder Constituinte Originário	13
1.1.2 O Poder Constituinte Derivado	16
1.1.3 O Poder Constituinte Difuso	18
1.2 A RIGIDEZ DA CONSTITUIÇÃO	19
1.3 INSTRUMENTOS FORMAIS DE MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL..	21
1.3.1 Emenda Constitucional	21
1.3.2 Revisão Constitucional	21
1.4 INSTRUMENTO INFORMAL DE MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL.	22
1.4.1 Mutação Constitucional	22
2 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	24
2.1 ORIGEM	24
2.2 CONCEITUAÇÃO	26
2.3 MODALIDADES DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	27
2.3.1 Mutação Constitucional a partir da interpretação	28
2.3.2 Mutação Constitucional a partir do legislador	30
2.3.3 Mutação Constitucional a partir dos costumes	31
2.4 A IMPORTÂNCIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	31
2.5 OS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	34
2.6 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	37
3 ANÁLISE DE CASOS	39
3.1 FIDELIDADE PARTIDÁRIA	39
3.2 A REDEFINIÇÃO DO PAPEL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	43
3.3 PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL	44
3.4 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA	48
3.5 O CANCELAMENTO DA SÚMULA 394 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	50

4	CONCLUSÃO	52
	REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem a finalidade de discutir a respeito da real necessidade de existência da mutação constitucional como um mecanismo de aproximação das normas constitucionais à realidade da sociedade, ou seja, como uma ferramenta de proteção da Constituição e examinar, por intermédio de cinco julgados do Supremo Tribunal Federal, o qual é última instância constitucional do Poder Judiciário, de que maneira acontece a utilização desse fenômeno sem desrespeitar o princípio da separação dos poderes.

Depois de estruturar o objetivo, evidencia-se o recorte realizado, visto que o presente trabalho não possui o intuito de esgotar o tema mutação constitucional e apurar a sua utilização em todos os países democráticos, nem versar acerca de uma possível solução quanto ao limite funcional do Supremo Tribunal Federal em hipótese de extrapolação.

O tema foi escolhido em decorrência do aumento na quantidade de casos em que a mutação constitucional foi empregada, o que ocorreu através do Supremo Tribunal Federal, que por ser o guardião da Constituição, tornou-se o órgão responsável pelo manejo da mutação constitucional, posto que detém a atividade funcional de verificar se os preceitos constitucionais estão sendo aplicados de forma efetiva pela legislação infraconstitucional.

Destaca-se que o tema selecionado diz respeito a uma matéria extremamente interessante, tanto no âmbito jurídico quanto no social. Primeiramente, em relação ao âmbito jurídico, é de suma importância o entendimento do motivo da atuação do Supremo Tribunal Federal estar cada vez mais ativa alterando o sentido das normas constitucionais, e se o citado órgão do Poder Judiciário realmente está realizando o que lhe compete ou se está suprimindo a atuação de outros Poderes, violando, assim, o princípio da separação dos poderes, o qual conduz o Estado Democrático de Direito. Seguidamente, no tocante ao âmbito social, o tema também demonstra importância, já que é primordial que a sociedade, a qual é guiada pela Constituição, constate o que está acontecendo com as normas e reconheça que embora ocorra a manutenção do texto, os dispositivos legais podem ter inúmeros sentidos.

A Constituição da República Federativa do Brasil, a qual foi promulgada em 1988, concede ao Supremo Tribunal Federal uma maior amplitude de competências originárias; desse modo, faz-se imprescindível o presente estudo, para o fim de verificar a legitimidade operacional do mencionado órgão em certos casos, especialmente em relação a utilização de mutação nas normas.

Frisa-se que a mutação constitucional é um fenômeno aplicado somente pelo Supremo Tribunal Federal como um recurso para conferir efetividade à Constituição. Observa-se que o

manejo exclusivo da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal se ampara no fato de ser o guardião da Constituição; portanto, é o único competente para deferir a última palavra do texto constitucional depois de ser provocado pela jurisdição.

Destarte, com base em toda a exposição, o presente trabalho de conclusão de curso foi estruturado da seguinte maneira:

O primeiro capítulo discorre acerca das formas de alteração do texto constitucional, abordando, de forma inicial, os conceitos e a evolução histórica do Poder Constituinte Originário e Derivado, a fim de verificar desde o desenvolvimento de uma Constituição até os mecanismos de alteração, por meio da via formal e informal, de suas normas. Em seguida, demonstra-se as espécies de Constituições existentes, com o propósito de evidenciar a escolha realizada pelo Poder Constituinte Originário ao elaborar a Constituição brasileira fundamentada pela rigidez na modificação do texto constitucional. Por último, é apresentado que apesar do texto constitucional brasileiro ser rígido, é indispensável que haja instrumentos que promovam a modificação constitucional, posto que é inviável a existência de uma Constituição imutável e engessada. Dessa forma, são analisados os instrumentos de modificação constitucional tanto pela via formal, através das emendas e da revisão constitucional, quanto pela via informal, por meio da mutação constitucional, a qual foi estudada com mais profundidade no capítulo posterior.

Por sua vez, o segundo capítulo versa sobre a mutação constitucional, analisando-se, inicialmente, a sua origem e evolução no Direito Constitucional Alemão. De forma subsequente, apontando-se os principais conceitos concedidos pelos principais doutrinadores à mutação constitucional e a instrumentalização desse fenômeno, através das suas modalidades a partir da interpretação, do legislador e dos costumes. Após, estuda-se sobre a importância da mutação constitucional, ou seja, o real motivo de existência desse fenômeno como um mecanismo fundamental para conferir efetividade à Constituição, uma vez que a via formal de alteração do texto constitucional é caracterizada por sua morosidade. No final, compreende-se os limites impostos à mutação constitucional e o manejo dessa ferramenta pelo Supremo Tribunal Federal, observando-se a atuação desse órgão em relação com o princípio da separação dos poderes, na hipótese de ocorrer uma supressão da competência dos outros Poderes por parte do Poder Judiciário.

Por seu turno, o terceiro capítulo trata da análise de cinco julgados do Supremo Tribunal Federal, os quais foram selecionados tendo em vista o seu grau de importância e repercussão geral na sociedade, com a finalidade de investigar o exercício, por intermédio dos votos de seus ministros, do citado órgão de última instância constitucional, no tocante aos limites impostos à

mutação constitucional. Ressalta-se que o exame dos julgados considerou o contexto histórico da época e os principais argumentos empregados pelos ministros, os quais fundamentaram a utilização da alteração de sentido da norma sem que o seu texto fosse mudado.

Por fim, o quarto capítulo visa expor a conclusão do presente trabalho de conclusão de curso com relação a real necessidade de utilização da mutação constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, observando-se se os limites devidos a esse fenômeno estão sendo cumpridos pelo Supremo Tribunal Federal, para que não ocorra o desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

1 FORMAS DE ALTERAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

1.1 O PODER CONSTITUINTE

1.1.1 O Poder Constituinte Originário

No decorrer da evolução da sociedade, a titularidade do Poder Constituinte Originário sofreu diversas alterações, posto que, primeiramente, pertenceu a Deus; em seguida, ao monarca; depois, à nação e; por fim, ao povo (SALES, 2017).

De acordo com a tradição judaico-cristã, toda a sociedade deveria se submeter aos mandamentos divinos, visto que, somente Deus possuía autoridade legítima e, conseqüentemente, detinha a titularidade do Poder Constituinte Originário.

A monarquia, por sua vez, ao associar o monarca à imagem de Deus, também difundia para a sociedade a ideia de divindade das ordens, a qual não poderia ser contrariada; atribuindo, assim, ao monarca a titularidade do Poder Constituinte Originário.

A titularidade do monarca atingiu o seu termo final quando revolucionários franceses – tendo como base o doutrinador Emmanuel Sieyès (1997, p. 91-94), o qual asseverava que: “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Antes dela e acima dela só existe o direito natural” –, transmitiram para a sociedade o pensamento de que a titularidade do Poder Constituinte Originário pertencia à nação, obstando, dessa forma, que se exerça o mencionado poder sem atender os ideais da nação.

Por seu turno, hodiernamente, em virtude da teoria da soberania nacional, a qual é amplamente aceita pela doutrina, tem-se que a titularidade do Poder Constituinte Originário pertence ao povo.

A mencionada teoria, a qual atribui ao povo a titularidade da soberania nacional está presente na maioria das Constituições dos países democráticos, como a norte americana, a alemã, a francesa e a brasileira, assegurando em seus preâmbulos ou no texto legal que a legitimidade para a sua formulação emanou do povo.

Em relação à Constituição brasileira, a teoria da soberania popular está prevista no seu preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro [...]”; e no seu artigo 1º, parágrafo único, o qual estabelece que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Tal poder que, consoante o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição de 1988, emana do povo através de seus representantes eleitos, evidencia “a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado” (MORAES, 2018, p. 63).

José Afonso da Silva (2000, p. 67) assevera que o Poder Constituinte Originário é aquele “(...) poder que cabe ao povo de dar-se uma Constituição. É a mais alta expressão do poder político, porque é aquela energia capaz de organizar política e juridicamente a Nação”.

O Poder Constituinte Originário tem a função elementar de elaborar uma Constituição, o que faz com que um Estado seja concebido. No entanto, ressalta-se que essa formação pode acontecer tanto a partir de uma ruptura com o ordenamento jurídico estabelecido anteriormente quanto a partir de um ponto inicial, no qual não existia nenhuma ordem jurídica estabelecida. Isto é, o Poder Constituinte Originário implementa a primeira estrutura para um Estado, criando-o; ou o recria, fornecendo um novo molde, rompendo com o anterior. Desse modo, verifica-se que o exercício do Poder Constituinte Originário é imprescindível para que o governo se estabeleça de fato, dado que o Estado somente existe a partir da promulgação de sua Constituição (TEMER, 2002, p. 33).

O professor Michel Temer (2002, p. 116), sobre o assunto, faz a seguinte exposição:

Ressalta-se a ideia que surge novo Estado a cada nova Constituição, provenha ela de movimento revolucionário ou de assembleia popular. O Estado Brasileiro de 1988 não é o de 1969, nem o de 1946, o de 1937, de 1934, de 1981, ou de 1824. Historicamente não é mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente. A cada manifestação constituinte, editora de atos constitucionais como Constituição, Atos institucionais e até Decretos (veja-se o Decreto nº. 1. de 15/11/1889, que proclamou a República e instituiu a Federação como forma de Estado), nasce o Estado. Não importa a rotulação conferida ao ato constituinte. Importa sua natureza. Se dele decorre a certeza de rompimento com a ordem jurídica anterior, de edição normativa em desconformidade intencional com o texto em vigor, de modo a invalidar a normatividade vigente, tem-se o novo Estado.

O Poder Constituinte Originário apresenta como características o fato de ser inicial, autônomo, ilimitado juridicamente, incondicionado e soberano na tomada de decisões.

Primeiramente, é inicial, pois significa uma nova ordem jurídica, a qual é instituída rompendo integralmente, caso exista, com a ordem jurídica antecedente, ou originando um novo Estado. O jurista Carlos Ayres Britto (2006, p. 25) aponta que:

[...] só uma Constituição pode trocar o Estado por outro. Não um Estado a trocar sua Constituição por outra. E mais: o Direito feito para o Estado tem de permanecer o referencial do Direito feito pelo Estado, durante todo o tempo de vigência da obra que uma dada Assembleia Constituinte vier a promulgar.

Em seguida, é autônomo, uma vez que não está subordinado a nenhuma ordem jurídica antecedente, isto é, não é exigido nenhum tipo de adaptação com o direito anterior.

Após, é ilimitado juridicamente, posto que não é necessário respeitar limites impostos pela ordem jurídica precedente.

Por fim, é incondicionado e soberano na tomada de decisões, visto que, para conceber uma nova Constituição, não é necessário respeitar procedimentos vigentes anteriormente.

Sublinha-se que, em relação ao fato de o Poder Constituinte Originário possuir a característica de ser ilimitado juridicamente, há discordância doutrinária.

Os doutrinadores jusnaturalista, ou seja, os que defendem que a natureza jurídica do Poder Constituinte consiste em um poder de direito, determinam que tal poder seria de fato ilimitado pelo direito positivo, já que não é preciso ser seguida nenhuma regra antecedente a nova constituinte; contudo, haveria uma limitação diante do direito natural.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995, p. 23) prescreve que:

[...] Todas correntes estão de acordo em reconhecer que ele é ilimitado em face do Direito positivo (no caso a Constituição vigente até sua manifestação). A este caráter os positivistas designam soberano, dentro da concepção de que, não sendo limitado pelo Direito positivo, o Poder Constituinte não sofre qualquer limitação de direito, visto que para essa escola de Direito somente é Direito quando positivo. Os adeptos do jusnaturalismo o chamam de autônomo, para sublinhar que, não limitado pelo Direito positivo, o Poder Constituinte deve sujeitar-se ao Direito natural.

Por sua vez, Sieyès (1997, p. 91-94), com o objetivo de diferenciar o Poder Constituinte originário do poder constituído, ensina que:

A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos ter uma ideia exata da série das leis positivas que só podem emanar de sua vontade, vemos, em primeira linha, as leis constitucionais que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. Essas leis são chamadas de fundamentais, não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do Poder Constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada as condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer Constituição; formam seu primeiro grau. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial. Desse modo, todas as partes do governo dependem em última análise da nação [...]

Ante o exposto, verifica-se que para os adeptos ao jusnaturalismo, o Poder Constituinte Originário é limitado em relação às normas fundamentais, as quais são tidas como de primeiro grau, vez que as referidas normas são constituídas e derivam da vontade nacional. Dessa forma, tem-se que o Poder Constituinte Originário é influenciado pelos princípios gerais do direito natural, em outros termos, esses princípios são intrínsecos à atividade de formulação da Constituição; logo, não é possível separá-los no momento das tomadas de decisão. Portanto, a limitação do Poder Constituinte Originário é oriunda da soberania popular, a qual é preexistente.

Todavia, Hans Kelsen (2001), que é o líder do positivismo jurídico, dissente totalmente de uma suposta limitação ao Poder Constituinte Originário, dado que, para essa corrente de pensamento, todas as questões que precedem ao processo de elaboração de um novo ordenamento jurídico, devem ser desconsideradas, pois são questões metajurídicas, isto é, sem importância no ordenamento jurídico que está sendo gerado. Destaca-se que, para a corrente positivista, o Poder Constituinte Originário é um poder de fato e não um poder jurídico, uma vez que, como poder de fato está relacionado apenas à realidade social, o que acarreta a necessidade de responder às solicitações da sociedade sem nenhum tipo de restrição.

1.1.2 O Poder Constituinte Derivado

O Poder Constituinte Originário, considerando que a sociedade é uma associação de pessoas, as quais estão em uma gradual transformação e evolução, ao estabelecer certos instrumentos formais para a alteração do texto da Constituição, concluiu que as normas constitucionais devem se amoldar às realidades sociais de cada período. Sendo assim, a reforma constitucional é um meio de modificação integral ou fracionário do texto constitucional.

Explana-se que, embora a Constituição manifeste a possibilidade de mudança do seu texto, é necessário o respeito ao disposto no artigo 60 da Constituição de 1988, o qual apresenta ressalvas a determinadas matérias, as denominadas cláusulas pétreas, as quais não podem ser alvo de reforma.

Os legitimados para sugerir a reforma da Constituição, nos termos do artigo 60, incisos I, II e III, da Constituição da República, são: o Presidente da República, um terço dos membros Câmara dos Deputados ou um terço dos membros do Senado Federal e mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação (BRASIL, 1988).

Contudo, identifica-se que o Poder Constituinte Derivado, ao contrário do Poder Constituinte Originário, dispõe de dois titulares, que são o Congresso Nacional e o povo.

O Poder Constituinte Derivado exprime as seguintes características: é secundário, subordinado e limitado juridicamente, uma vez que está condicionado às normas preexistentes, as quais o atribui legitimidade.

Tem-se três classes de Poder Constituinte Derivado, que são: reformador, revisor e decorrente.

Em primeiro lugar, o Poder Constituinte Derivado Reformador acontece por meio de um procedimento próprio, o qual objetiva reformar o texto da Constituição, que são as emendas constitucionais, possuindo regramento nos artigos 59, inciso I e 60, ambos da Constituição da República. As emendas constitucionais, pelo fato de serem oriundas do Poder Constituinte Derivado, são limitadas, dispondo de exceções procedimentais, as quais estão expressas no artigo 60, parágrafos 1º, 2º e 4º, da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Posteriormente, o Poder Constituinte Derivado Decorrente, nos termos dos artigos 18, 25, caput, 27, 28 e 125, todos da Constituição de 1988, possui a finalidade de concretizar a capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração (BRASIL, 1988). Sobre o assunto, Ferraz (1994, p. 32) assevera que:

[...] o Poder Constituinte intervém para exercer uma tarefa de caráter nitidamente constituinte, qual seja a de estabelecer a organização fundamental das entidades componentes do Estado Federal. Tem o Poder Constituinte decorrente um caráter de complementaridade em relação à Constituição; destina-se a perfazer a obra do Poder Constituinte Originário nos Estados Federais, para estabelecer a Constituição dos seus Estados componentes.

Avulta-se que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se concede ao Município nem aos territórios do Distrito Federal o Poder Constituinte Derivado Decorrente, visto que, nos termos do artigo 29 da Constituição Federal, estes continuam com uma subordinação ao Estado. Logo, o controle de constitucionalidade da Lei Orgânica não visa a declaração de inconstitucionalidade, mas sim o de ilegalidade do ato normativo (BRASIL, 1988).

Por último, o Poder Constituinte Derivado Revisor está esculpido no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), designando a revisão constitucional, a qual deveria ser realizada após cinco anos, tendo como termo inicial a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, através de uma votação da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional em um sessão unicameral (BRASIL, 1988).

Ante o exposto, percebe-se que o Poder Constituinte se manifesta através de duas formas diferentes: a primeira, de elaboração da Constituição, mediante um poder criador; e a segunda,

de modificação formal, com o intuito de alterar a Constituição, observando certas limitações, ou seja, o Poder Constituinte manifesta uma função reformadora. Logo, constata-se que o Poder Constituinte Originário e o Poder Constituinte Derivado são dois estágios de um mesmo poder.

1.1.3 O Poder Constituinte Difuso

Alguns doutrinadores, conduzidos pelo francês Georges Burdeau, declaram que há uma terceira espécie de Poder Constituinte, dispendo de um caráter perene, mesmo que não esteja expresso na Constituição, sendo classificado como Poder Constituinte Difuso, o qual ainda é pouco mencionado pela doutrina brasileira.

Acerca desse assunto, Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 10), corrobora a concepção do Poder Constituinte Difuso fundada por Georges Burdeau, afirmando que o Poder Constituinte Difuso é uma espécie desorganizada de Poder Constituinte:

Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte instituído ou derivado, justificam-se e tem fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado Poder Constituinte difuso, na feliz expressão de Burdeau.

De acordo com os ensinamentos dos professores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2015, p. 88):

É chamado de difuso porque não vem formalizado (positivado) no texto das Constituições. É um poder de fato porque nascido do fato social, político e econômico. É meio informal porque se manifesta por intermédio das mutações constitucionais, modificando o sentido das Constituições, mas sem nenhuma alteração do seu texto expresso.

Por sua vez, Burdeau anuncia que:

Há um exercício cotidiano do Poder Constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais ou pelos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real. [...] Parece-me, de todo modo, que a ciência política deve mencionar a existência desse Poder Constituinte difuso, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a Constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registros de arquivo (BURDEAU, 1969 APUD BARROSO, 2018).

Posto isso, nota-se que o Poder Constituinte Difuso é cada vez mais operado em face do ordenamento jurídico. Por isso, é necessário determinar os seus limites, a fim de que tal instrumento não se converta em um mecanismo que atente contra o texto constitucional.

1.2 A RIGIDEZ DA CONSTITUIÇÃO

Há inúmeras formas de categorizar as espécies de Constituição, podendo ser classificada quanto ao conteúdo (materiais e formais), quanto ao modo de elaboração (dogmático ou histórico), quanto à origem (promulgada ou outorgada) e quanto à forma (escritas ou não escritas).

No entanto, realça-se a categorização realizada pelo doutrinador Nelson Sampaio, o qual emprega como fundamento a estabilidade da constitucional, classificando as Constituições em quatro grupos, que são: as imutáveis, as fixas e as flexíveis (SAMPAIO, 1954).

Primeiramente, as Constituições imutáveis são aquelas que não expressam em seu texto, para nenhuma circunstância, instrumentos de reforma, quer dizer, a escolha do Poder Constituinte Originário será o primeiro e único pronunciamento a ser tido. À vista disso, o professor Fernando Machado da Silva Lima (2005) considera essa espécie de Constituição como um “Constituição suicida”, vez que não seguirá a evolução da sociedade, fazendo com que Constituição se transforme em uma simples folha de papel sem nenhuma relevância.

Em seguida, as Constituições fixas são as que somente podem ser alteradas perante a manifestação de outro Poder Constituinte Originário, isto é, não há nenhum tipo de instrumento de reforma, por intermédio do Poder Constituinte Derivado, previsto no texto constitucional. Constata-se que as Constituições fixas são similares às Constituições imutáveis, já que as duas, ao não estipularem nenhuma hipótese de transformação do texto da Carta Magna, aumentam ao nível máximo a conservação da vontade do Poder Constituinte Originário.

Por seu turno, as Constituições rígidas são aquelas que permitem a presença de dispositivos aptos para a alteração, por meio do Poder Legislativo, das normas constitucionais. Porém, é crucial frisar que tal procedimento de modificação é submetido a um processo próprio, o qual é mais rigoroso que os aplicados em lei ordinária. Desse modo, nota-se que a rigidez na modificação do texto constitucional, ainda que vise elevar a vontade do Poder Constituinte Originário, proporciona a possibilidade de ajustar as normas constitucionais tendo consideração o aparecimento de novas requisições da sociedade.

Por último, as Constituições flexíveis são aquelas que autorizam a modificação do seu texto, esculpindo um procedimento idêntico ao utilizado em lei ordinária, isto é, os instrumentos

de reforma não são submetidos a uma abordagem mais severa e específica. Dessa forma, verifica-se que uma Constituição flexível, ao possibilitar a transformação perene do seu texto, assume o risco da ausência de segurança jurídica nas relações, tornando-se ainda mais dificultoso a efetivação do princípio da soberania constitucional, uma vez que prejudica a apreensão do seu conteúdo normativo e, por conseguinte, o regramento da sociedade.

Diante do exposto, a partir da categorização feita por Nelson Sampaio (1954), infere-se que uma Constituição deve conter componentes que garantam a solidez dos seus princípios e preceitos; entretanto, tais componentes não podem ser condicionados de maneira extrema, o que pode ocasionar um não cumprimento, por parte da Constituição, da sua função precípua de conduzir a sociedade. Por isso, deve haver um equilíbrio entre a estabilidade constitucional – a fim de garantir o princípio da soberania constitucional – e a viabilidade de modificação do texto constitucional, ainda que através de formas austeras, propiciando o diálogo entre a Constituição e a sociedade.

De acordo com a corrente majoritária, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é classificada como rígida, posto que, embora o texto constitucional brasileiro permita instrumentos especiais para a sua modificação, os referidos instrumentos devem ser submetidos a um procedimento mais rígido ao que é aplicado à lei ordinária.

Há uma corrente minoritária que sustenta o cenário da Constituição da República Federativa do Brasil manter também como característica a imutabilidade, vez que existe o impedimento de algumas matérias serem modificadas, a título de exemplo, tem-se as cláusulas pétreas. Conquanto, a citada alegação enfrenta diversas críticas na doutrina, já que inclusive as cláusulas pétreas, em concordância com o artigo 60, parágrafo 4º, da Carta Magna, não são reputadas como imutáveis, pois o seu conteúdo pode ser ampliado com a finalidade de conferir ainda mais segurança jurídica; estando salvaguardado e vedado a hipótese de supressão (BRASIL, 1988). Desse modo, nota-se que não se deve tratar a Constituição da República Federativa do Brasil como imutável, mas sim como uma Constituição rígida.

Logo, mesmo que a essência rígida da Constituição estipule a hipótese de alteração do seu texto, mediante instrumentos exclusivos, é indispensável acentuar a necessidade do controle de constitucionalidade, posto que é por meio dele que será protegida a solidez da Constituição e a vontade do Poder Constituinte Originário.

Ademais, levando em consideração a categorização feita pela doutrina majoritária, aponta-se que a Constituição da República Federativa do Brasil pode ser alterada através de instrumentos formais, que são: a emenda e a revisão constitucional e; por intermédio de um instrumento informal, que é a mutação constitucional.

1.3 INSTRUMENTOS FORMAIS DE MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL

1.3.1 Emenda Constitucional

A Constituição Federal determina dois instrumentos formais, por meio dos quais é possível modificar o texto constitucional, que são: a emenda constitucional e a revisão constitucional.

Em relação à emenda constitucional, Silva (2001, p. 62) prescreve que:

[...] a emenda à Constituição é a modificação de certos pontos, cuja estabilidade o legislador constituinte não considerou tão grande como outros mais valiosos, se bem que submetida a obstáculos e formalidades mais difíceis que os exigidos para alteração de leis ordinárias.

Tendo em vista que a emenda constitucional é um instrumento utilizado pelo Poder Constituinte Derivado Reformador, a sua aplicação sucede de uma sequência de limitações fixadas no artigo 60 da Constituição da República.

Isto posto, tem-se que o mencionado dispositivo estipula uma sucessão de exigências, as quais necessitam ser realizadas para que ocorra a propositura e a subsequente aprovação da emenda constitucional. Os referidos requisitos da emenda constitucional são: a imposição de um quórum privilegiado para a sua aprovação; a vedação de algumas matérias serem emendadas e; a legitimação apenas do Presidente da República e dos membros do Congresso Nacional (BRASIL, 1988).

Essa restrição exigida tem o intuito de acondicionar a soberania e a supremacia nacional da Constituição, acarretando a conservação da vontade do Poder Constituinte Originário e da segurança das relações jurídicas.

Destarte, conclui-se que apesar da emenda constitucional ser um instrumento próprio para a alteração da Constituição, tal alteração, além de ser submetida a um processo mais severo do que a da legislação ordinária, será capaz apenas de modificar o texto constitucional de modo parcial, vez que certos conteúdos não podem ser objetivos de transformação.

1.3.2 Revisão Constitucional

O artigo 3º do Ato de Disposição Constitucional Transitória (ADCT) determina a revisão constitucional, a qual deveria acontecer cinco anos após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

Levando em consideração que o ADCT é constituído por normas dispostas no mesmo grau hierárquico da Constituição, aponta-se que a revisão constitucional é um dos instrumentos formais de alteração do texto da Constituição.

Observa-se que, por ser uma exposição expressa da vontade do Poder Constituinte Originário, prevendo a necessidade de ajuste da Constituição após cinco anos da sua promulgação, a revisão constitucional, em comparação com a emenda constitucional, dispõe de menos rigidez. Todavia, em virtude da referida limitação temporal, as disposições contidas no ADCT são precárias, ou seja, a revisão constitucional prevista no artigo 3º do ADCT não dispõe mais de força normativa, uma vez que a revisão de fato já aconteceu (BRASIL, 1988).

Dessa forma, embora a revisão constitucional tenha sido uma das hipóteses de alteração da Constituição, hodiernamente, infere-se que apenas a emenda constitucional pode ser classificada como um instrumento formal de modificação do texto constitucional.

1.4 INSTRUMENTO INFORMAL DE MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL

1.4.1 Mutação Constitucional

A mutação constitucional, a qual é o tema medular de análise no transcórrer deste trabalho de graduação, é apontada como único instrumento informal de modificação da Constituição.

Em relação à mutação constitucional, Gilmar Mendes (2010, p. 188) assevera que:

[...] as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação.
[...] Muitas e muitas vezes, porém, as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua acepção sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude da transferência de fatores diversos que vêm almodar a letra da lei a um novo espírito, a uma imprevista ratio júris, que atribui nova direção aos enunciados jurídicos.

Identifica-se que a mutação constitucional acontece através da concessão de um novo sentido a uma determinada norma sem que o seu texto seja modificado, isto é, devido a alteração somente da interpretação, o conteúdo da norma é conservado. Logo, o fim da mutação constitucional é possibilitar que a Constituição seja capaz de seguir a constante transformação da sociedade, a qual aguarda soluções efetivas do ordenamento jurídico que a conduz.

O uso da mutação constitucional produz uma ratificação da soberania e da forma normativa da Constituição vigente, posto que a nova acepção conferida a norma ocasionará o atendimento dos requerimentos sociais; firmando, assim, a missão elementar da Constituição de reger a sociedade. Sobre o assunto, Pedro de Vega leciona que: “[...] a base das mutações constitucionais se situa na contraposição do normativo com o fático” (VEGA, 2000 APUD GARCIA, 2008).

Destaca-se que o capítulo a seguir discorrerá de maneira mais aprofundada sobre a origem, conceituação, modalidades, importância, os limites do fenômeno da mutação constitucional e uma análise sobre um possível desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

2 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 ORIGEM

Foi no final do século XIX que o instituto da mutação constitucional surgiu e começou a ser objeto de estudo, mais especificamente a partir da Constituição Alemã de 1871, através do jurista Paul Laband, o qual estabeleceu a distinção entre a mutação constitucional (*verfassungswandel*) e a reforma constitucional (*verfassungänderung*) (LABAND, 1895 APUD BULOS, 1996).

Nesse sentido, o professor Uadi Lammêgo Bulos (1996, p. 26) aponta que:

Parece ter sido a doutrina alemã que primeiro detectou o problema, ao notar que a Constituição de 1871 sofria, frequentemente, mudanças quanto ao funcionamento das instituições do Reich – mudanças estas que ocorriam sem reformas constitucionais. Foi aí que Laband, examinando o aludido texto constitucional alemão de 1871, notou importantes modificações neste Diploma Maior, para acompanhar a situação constitucional do império (*verfassungszustand*), distinguindo a *verfassungänderung* (reforma constitucional) da *verfassungswandel* (mutação constitucional).

Paul Laband asseverava que a Constituição alemã estava sendo alterada mediante a aplicação de meios distintos aos esculpidos em seu texto; constatando, assim, que era possível a modificação da Constituição através do sentido da norma, ou seja, sem a modificação textual (LABAND, 1895 APUD BULOS, 1996).

Na época, os juristas positivistas defendiam que só era possível alterar a Constituição por intermédio da via formal, isto é, com a alteração do seu texto, uma vez que a Constituição possuía como característica medular a rigidez. Opondo-se, o jurista Paulo Bonavides leciona que a natureza constitucional é dinâmica e flexível. O mencionado jurista concorda com os juristas positivistas quando o fato e a norma estiverem em harmonia; no entanto, quando tal harmonia entre o fato e a norma não acontecer, a mutação constitucional é a única opção: “A mudança sempre ocorre, mas o positivismo não sabe e nem pode explicar em que medida ela se atém apenas a variações levadas a cabo juridicamente mediante alteração formal de textos” (BONAVIDES, 1988, p. 173).

Após o surgimento da mutação constitucional na teoria constitucional alemã, o doutrinador Hsü Dau-Lin detém um papel elementar no estudo desse instituto, visto que elaborou uma teoria quadripartite, a qual aborda sobre os meios que a Constituição poderia ser

modificada através dos procedimentos da via informal. (DAU-LIN, 1932 APUD BULOS, 1996). A citada teoria ocorre da seguinte forma:

Inicialmente, consoante a primeira modalidade, tem-se a mutação constitucional quando, sem que haja o desrespeito às normas constitucionais, existe uma determinada prática social reiterada de determinada conduta sobre um fato.

Em seguida, de acordo com a segunda modalidade, ocorre a mutação constitucional quando se constata que uma determinada previsão constitucional não estaria conseguindo atingir o seu objetivo, ou seja, ao invés de retirar a previsão do ordenamento jurídico, encontra-se alternativas, através da interpretação, para que a disposição seja de fato efetivada. O Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.458, afirma que a segunda modalidade de mutação constitucional retirada da teoria quadripartite de Hsü Dau-Lin não teria aplicabilidade no Brasil, já que o Estado deve adotar medidas para concretizar os preceitos fundamentais e que se não o fizer estará desempenhando um papel de intérprete negativo da constituinte. O Ministro Relator Celso de Mello em seu voto afirma que: “[...] as situações configuradoras de omissão inconstitucional refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição [...]” (BRASIL, 1996).

Após, conforme a terceira modalidade, verifica-se a mutação constitucional quando a repetição de determinadas condutas, mesmo que violando os preceitos constitucionais, acabam sendo constitucionalizadas. Para o fim de exemplificar essa modalidade, Anna Cândida da Cunha Ferraz aborda os “votos de liderança”, o que é uma prática que mesmo não sendo prevista, é amplamente utilizada na Câmara dos Deputados, em que os líderes das bancadas negociam os votos dos parlamentares que compõe suas bancadas. Salienta-se que a mencionada autora não concorda com tal prática, entendendo que se trata de um ato corriqueiro inconstitucional (FERRAZ, 2015, p. 26).

Por fim, nos termos da quarta modalidade, acontece a mutação constitucional quando é alterado o sentido de uma palavra por outro, ou seja, uma norma sofre a alteração de alguma expressão no seu corpo textual.

Destaca-se que o fenômeno de alteração da norma constitucional sem a modificação de texto é vastamente empregado no direito norte americano, vez que além de vigorar o sistema da Commom Law (o qual é desenvolvido a partir das decisões dos tribunais, por conseguinte, o direito acaba sendo modulado pelos juízes, que através de suas decisões geram precedentes; logo, no Commom Law, os costumes e as jurisprudências possuem um valor maior do que os preceitos legais fixados anteriormente, dado que as sentenças judiciais constituem precedentes

que são utilizados futuramente em casos análogos), a sua Constituição é bastante sintética, ou seja, apresenta poucas normas constitucionais, as quais trazem conceitos abertos e abstratos.

Com o intuito de demonstrar a aplicabilidade da mutação constitucional nos Estados Unidos, o doutrinador Bruce Ackerman (2007) publicou o artigo “The Living Constitution”, no qual alega que, no decorrer do século XX, a Constituição dos Estados Unidos sofreu inúmeras modificações em seu corpo normativo; todavia, as referidas alterações não aconteceram por meio da via formal, ou seja, através de emenda, mas sim, pela mutação constitucional.

Ante o exposto, infere-se que a mutação constitucional é um mecanismo que não possui previsão na Constituição, modificando o sentido da norma sem haja a alteração do seu texto. No entanto, pelo fato desse instituto pertencer a via informal de alteração constitucional, ele deve ser utilizado somente quando ocorrer uma nova percepção do direito, o que deve ter como alicerce uma nova demanda social, ou seja, é precípua a observância do princípio da soberania popular.

2.2 CONCEITUAÇÃO

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 12), mutação constitucional é:

[...] um processo indireto, processos não formais ou processos informais, para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte Derivado.

Por sua vez, Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 57) conceitua a mutação constitucional como sendo um:

processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Lex Legum, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais.

Por seu turno, o doutrinador francês Georges Burdeau afirma que:

[...] esse fenômeno é operado fora das modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada

do Poder Constituinte, o chamado Poder Constituinte difuso [...] (BURDEAU, 1969 APUD FERRAZ, 2015).

José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 57) sobre a mutação constitucional leciona:

Considerar-se-á como transição constitucional ou mutação constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.

Destarte, diante dos conceitos apontados, constata-se que a mutação constitucional é um mecanismo informal, o qual tem a finalidade de obter uma modificação das normas constitucionais sem que haja alteração do seu texto, ou seja, visa uma necessária adequação entre a Constituição e as crescentes e novas demandas sociais.

2.3 MODALIDADES DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

As modalidades de mutação constitucional são as formas pelas quais ocorre a modificação do sentido das normas constitucionais sem a alteração expressa do seu texto.

A doutrina apresenta uma diversidade de classificações distintas, sem uma homogeneidade. Isto é, cada autor leciona diferentemente sobre as formas com as quais é possível realizar a mudança informal da Constituição.

Georg Jellinek determina que são quatro as modalidades de mutação da Constituição: por atividade legislativa; por práticas judiciais; por práticas administrativo-governamentais e; por desuso das faculdades estatais (JELLINEK, 1991 APUD BOTELHO, 2011).

Para o doutrinador chinês Hsü Dau-Lin também são quatro modalidades, mas com algumas diferenciações: por meio de prática que não viola formalmente a Constituição; por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; em decorrência de prática que viola preceitos da Constituição e; através da interpretação (DAU-LIN, 1932 APUD BULOS, 1996).

Já Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 93-188) classifica as mutações em: por interpretação constitucional; decorrente de práticas constitucionais; por construção constitucional e; mutações inconstitucionais.

Diante o exposto, nota-se que existem várias classificações de mutação constitucional. Contudo, a doutrina majoritária enfatiza três, que são: mutação constitucional a partir da

interpretação; mutação constitucional a partir do legislador e; mutação constitucional a partir dos costumes.

2.3.1 Mutação Constitucional a partir da interpretação

Inicialmente, faz-se uma análise entre mutação e interpretação, uma vez que, apesar de existirem diferenças entre os mencionados institutos, muitas das vezes eles se complementam.

Gilmar Mendes (2010, p. 190) elucida que na hipótese de se conceituar a mutação constitucional apenas como uma alteração de sentido da norma amparado por uma mudança de contexto, não há nenhuma distinção entre mutação e interpretação constitucional, posto que a finalidade de ambos é a releitura de um texto constitucional. Todavia, o autor supracitado aponta que a mutação não deve ser confundida com a interpretação, pois a mutação constitucional é oriunda de um processo complexo, o qual leva em consideração diversos fatores, fazendo com que a mutação não possa ser conceituada apenas como uma simples releitura de um texto.

Por outro lado, pode-se conceituar a interpretação como um mecanismo que visa determinar o sentido da norma constitucional para que esta seja aplicada plenamente. Ou seja, toda e qualquer norma jurídica, inclusive a Constituição, está atada a uma interpretação. Bulos indica que a interpretação constitucional é um dos maiores desafios do direito, vez que ela antecede até mesmo a aplicação da norma (BULOS, 1997, p. 94).

Luís Roberto Barroso (2018, p. 93) tonifica a importância da interpretação das normas constitucionais para o ordenamento jurídico: “A interpretação constitucional consiste na determinação do sentido e alcance de uma norma constante da Constituição, com vistas à sua aplicação. Em qualquer operação de concretização do Direito haverá aplicação da Constituição, que se dará de maneira direta ou indireta”.

Barroso (2018) ainda prevê que existem dois tipos de interpretação: a construtiva e a evolutiva. A primeira versa sobre a possibilidade de se ampliar o sentido da norma constitucional objetivando prever uma nova possibilidade de incidência que não havia até então sido considerada, o que ocorre no caso do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República, no qual, a partir de uma interpretação construtiva forneceu ao indivíduo a possibilidade de não se auto incriminar. Por seu turno, a interpretação evolutiva resolve os problemas oriundos do surgimento de novas situação, o que ocorreu após a promulgação da Constituição, no entanto, a solução é possível de ser extraída pelo sentido do texto constituição.

Diante disso, verifica-se que a mutação constitucional opera exatamente na alteração de uma interpretação que foi anteriormente destinada a uma norma, tendo em consideração que ocorreu a modificação de uma determinada realidade social ou até mesmo uma percepção diversa do direito.

Por outro lado, a interpretação constitucional acontece a partir de uma norma de conteúdo abstrato, em que é crucial que o intérprete atribua vários sentidos e formas ao texto constitucional; constata-se que para a realização desse processo, não é necessário que haja uma transformação de comportamentos sociais.

Comumente, a interpretação constitucional é feita pelos três poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), isto é, por órgãos e agentes públicos e costuma ser a forma mais habitual para a atualização das normas constitucionais. Por meio desse ato é que em vários casos, de forma informal, acontece a mutação da Constituição, expandindo ou fornecendo um novo sentido a norma.

Bulos salienta que a interpretação constitucional como forma de mutação é visível ao se examinar tempos distantes um do outro: “como mudanças silenciosas que são (stillen verfassungswandlungen) apenas tornam-se evidentes quando cotejamos o entendimento atribuído aos preceptivos constitucionais em períodos afastados um do outro no tempo, em duas ou mais épocas diferentes” (BULOS, 1997, p. 119).

Desse modo, para que a mutação constitucional possa ser exercida pela via de interpretação judicial, é necessária a demonstração de uma modificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal, considerando uma nova compreensão do direito sobre uma norma que já havia sido objeto de mudança de sentido. Elucidando essa questão, cita-se a matéria da prerrogativa de função, em que o Supremo Tribunal Federal, tendo como base o artigo 102, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal, entendeu por muito tempo que o ocupante de cargo público mesmo após exercê-lo teria o direito ao foro privilegiado; entretanto, tal entendimento foi cancelado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, fazendo com que o foro privilegiado seja aplicado somente para os ocupantes de cargos público em vigor.

Por sua vez, a mutação constitucional também pode ser aplicada com base em interpretações pela via administrativa, posto que a Lei 9.784/1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, garante essa possibilidade:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade,

moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. (BRASIL, 1999)

Logo, a mutação constitucional a partir da interpretação se sucede sempre que é modificado o significado, o sentido ou o alcance de uma norma constitucional, sem que se altere o texto normativo.

2.3.2 Mutação Constitucional a partir do legislador

De forma introdutória, destaca-se que o Poder Legislativo, por intermédio dos seus membros eleitos pelo povo, possui a função típica e originária de criar normas, as quais devem guiar toda a sociedade. Dessa forma, ao legislar, o citado Poder deve ter como base não só as normas mas também os princípios já existentes na Constituição, visto que é através dela que se extrai o ordenamento jurídico. Nesta toada, infere-se que compete ao Poder Legislativo a função de desenvolver e concretizar a vontade do Poder Constituinte Originário, para que de fato a Constituição alcance a sua finalidade.

À vista disso, a mutação constitucional acontece a partir do Poder Legislativo quando é criada uma lei com a finalidade de atribuir um sentido diverso a uma determinada norma constitucional, ou seja, configura-se a mutação constitucional por meio do Poder Legislativo quando a criação de uma norma complementar resulta na mudança de sentido de uma norma constitucional.

Ressalta-se que a nova lei, cujo objetivo é conferir sentido diverso a uma norma constitucional, está sujeita ao controle de constitucionalidade. Em outras palavras, mesmo que haja a possibilidade de aplicação da mutação constitucional por variados mecanismos, o único órgão competente para conceder validade à mutação constitucional é o Supremo Tribunal Federal, o qual é o guardião da Constituição.

2.3.3 Mutação Constitucional a partir dos costumes

Preliminarmente, infere-se que a Constitui o não tem como intuito o regramento de todas as situa es de uma sociedade. Logo, ao se manifestar a necessidade de regula o de algum fato, surge o costume, o qual integra o ordenamento jurídico através de uma norma de rela o de fato resultante da prática da coletividade.

Embora não seja pacífica, especificamente nos países de Constitui o escrita e rígida, como o Brasil, José Afonso da Silva (2000, p. 166) assinala que os costumes complementam as lacunas deixadas pelo constituinte originário, sendo a expressão do Poder Constituinte Difuso.

Consoante os ensinamentos de Anna Candido da Cunha Ferraz (2015, p. 178), nos costumes são observados dois elementos: um objetivo, que trata da uniformiza o de um comportamento da maioria; e um subjetivo, que faz referência ao entendimento de obrigatoriedade de tal a o (ou omissão) por essa mesma coletividade. Já para Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 175), o costume pode ser caracterizado como uniforme, constante, público e geral.

Luís Roberto Barroso (2018, p. 96) fortifica o entendimento da doutrina, a qual identifica três maneiras diferentes de utiliza o dos costumes constitucionais:

O costume, muitas vezes, trará em si a interpreta o informal da Constitui o; de outras, terá um papel atualizador de seu texto,   vista de situa es não previstas expressamente; em alguns casos, ainda, estará em contradi o com a norma constitucional. Diante de tais possibilidades, a doutrina identifica três modalidades de costume: *secundum legem* ou interpretativo, *praeter legem* ou integrativo e *contra legem* ou derogatório.

Assim sendo, configura-se a muta o constitucional com base nos costumes a partir do momento em que a prática reiterada de diversos costumes   aceita e considerada válida dentro do ordenamento jurídico.

2.4 A IMPORTÂNCIA DA MUTA O CONSTITUCIONAL

Previamente, aborda-se que segundo os ensinamentos de Uadi Lammêgo Bulos, durante um longo período, acreditou-se que uma Constitui o poderia ser imutável, eterna, o que traria estabilidade e aplicabilidade. Cita-se o Código de Hamurabi como um exemplo de idea o das constitui es permanentes; entretanto, outrora, Licurgo já vislumbrava a inalterabilidade das leis, ordenando que o povo espartano jurasse não modificar as suas leis (BULOS, 1997, p. 12).

Contudo, atualmente, é pacífico o entendimento de que as Constituições precisam de modificações perante a realidade social mutável; motivo pelo qual, estuda-se questões como a mutação constitucional, a qual age como um mecanismo de adequação da norma à realidade vivida em sociedade, que evolui velozmente como o aparecimento de novas circunstâncias.

A importância da mutação constitucional está vinculada à realidade constitucional de um país. Quer dizer, a Constituição conserva uma grande relação com as transformações que frequentemente acontecem na dinâmica social de um determinado povo. Logo, a Constituição deve abranger a maior quantidade possível de relações sociais, políticas e econômica, de uma maneira que os princípios constitucionais alcancem amplamente a realidade social.

Ressalta-se que, mesmo que o legislador originário busque reunir o maior número de possibilidades a serem protegidas, com o decurso do tempo será preciso uma renovação, uma vez que fatos novos aparecem, ou seja, o surgimento de situações não previstas anteriormente se tornam constantes, o que exige uma atualização do ordenamento jurídico. Nesse sentido, conforme preleciona Bulos (1997, p. 6): “[...] a resistência à substituição será inútil, pois os princípios já não bastarão para estancar o fluir de relações inconciliáveis com o quadro ultrapassado”.

O professor Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 06) ensina também que, a Constituição, como elemento relacionado à modificação da realidade social, pode ser compreendida como um organismo vivo, ligado ao progresso e bem estar social:

[...] é possível compreender uma Constituição como um organismo vivo, porque no seu preparo, no ato mesmo da sua criação, é incumbência do legislador prever possíveis modificações futuras, o que exige conferir às normas elasticidade, abrindo perspectivas de recepção de fatos novos, surgidos após o advento do Documento Supremo.

Sublinha-se que a Constituição não é um fim em si mesmo, em outras palavras, não se exaure no texto constitucional, uma vez que deve servir apenas como um parâmetro para os novos sentidos, os quais serão atribuídos às normas constitucionais com o passar do tempo.

Acentua-se também que as mutações constitucionais ocorrem compassadamente, sem modificações drásticas e escandalizadoras, posto que as mudanças sociais levam um certo tempo para se consolidarem, o que reflete na ocorrência espontânea e natural das mutações. Diversos fatores transformadores da realidade social podem ocasionar a mutação constitucional, como as interpretações dos tribunais, os usos e costumes, e até mesmo a pressão popular sobre uma determinada matéria (BULOS, 1997, p. 61).

É com o fim de tornar possível a incidência da Constituição sobre as situações variáveis da vida real, em virtude das incompletudes do texto constitucional, que se manifesta a mutação constitucional, como uma decorrência lógica da efetividade e aplicabilidade das normas constitucionais. Acerca do assunto, Ferraz (2015, p. 10) preleciona:

É uma decorrência lógica da Constituição, na medida em que esta é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial, por vezes, é incompleto, exigindo atuação posterior, capaz de defini-lo, precisá-lo, resolver-lhe as obscuridades, dar-lhes continuidade e aplicação, sem vulnerar-lhe a obra constitucional escrita.

No ano de 2011, o jornal O Globo publicou uma matéria, a qual expôs uma sequência de estatísticas que demonstram a omissão do Congresso Nacional em cumprir a sua função fulcral de legislar, visto que o mencionado órgão, por intermédio da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, detinha, na época, mais de trinta mil projetos de leis pendentes de julgamento; o que acarreta, ao se seguir o trâmite normal, uma demora de aproximadamente um século para que tais projetos de leis sejam votados (CASADO, 2011).

Os dados supracitados evidenciam que a mutação constitucional adquire um papel salutar para conceder efetividade para a Constituição; vez que, na hipótese de o Supremo Tribunal Federal não utilizar o fenômeno da mutação para conferir um novo sentido à norma constitucional, verificar-se-ia uma sociedade sem Constituição, o que inviabilizaria o pleno exercício do Estado Democrático de Direito, isto é, a falta de regras (as quais fornecem uma solução para as demandas da sociedade) ocasionará a perda da razão de existir do ordenamento jurídico.

À vista disso, Barroso (2018, p. 92) prescreve que:

O direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma razão intensa e recíproca, em fricção que produz calor, mas nem sempre a luz, o Direito influencia a realidade e sofre influência desta.

Sendo assim, o direito deve ser analisado como uma realidade dinâmica, visto que ele deve seguir o desenvolvimento das relações humanas, realizando, conseqüentemente, as oportunas alterações em suas normas, para que possa resolver as reivindicações que são pleiteadas a partir do contínuo desenvolvimento da sociedade.

Logo, tendo como pressuposto que o direito detém como peculiaridade o fato de ser dinâmico e que as normas em vigor não conseguem, isoladamente, exprimir as soluções para exigências sociais, é adequado afirmar que a mutação constitucional é um mecanismo

importante para ocupar as lacunas normativas apresentadas pela evolução social do ordenamento jurídico como um todo.

Realça-se que a mutação constitucional não pode ser reputada como o único meio de aproximar o direito a realidade social, visto que essa aproximação também pode acontecer pela via formal, ou seja, através das emendas, conforme o disposto no texto da Carta Magna. Entretanto, levando em consideração a rigidez constitucional, os instrumentos formais de transformação constitucional falham pela sua morosidade e estão subordinados a uma vontade política, a qual está alheia às adversidades da sociedade. Em outros termos, observa-se que a mutação constitucional, como um mecanismo de alteração informal do texto constitucional, em comparação com os meios formais (as emendas), é a alternativa mais célere para adequar a relação entre o ordenamento jurídico e o constante desenvolvimento social.

Percebe-se que, ao optar por esperar a modificação através dos mecanismos da via formal, os quais são notoriamente lentos, aceita-se um possível risco, uma vez que, pode acontecer que após a votação de uma determinada emenda, a sociedade, a qual está em sucessivo avanço, já tenha outro entendimento firmado sobre o mesmo assunto; o que pode ser obstado através da mutação constitucional, cuja característica basilar é a celeridade.

Portanto, a mutação constitucional, ao proporcionar novos sentidos às normas constitucionais em um tempo plausível, desempenha a precípua incumbência de balancear a tênue relação entre o texto constitucional e as novas demandas apresentadas pela sociedade, já que caso a Constituição não consiga acompanhar a gradativa evolução da sociedade, ou seja, não consiga apresentar respostas às requisições sociais apresentadas, esta ficará inócua e perderá de fato o seu sentido; provocando, por conseguinte, que a sociedade não seja regida por nenhuma norma.

2.5 OS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

No início, poucos estudiosos versaram sobre os limites e os parâmetros da mutação constitucionais. Observa-se que, os primeiros autores que abordaram o instituto da mutação constitucional, defendiam que não deveriam incidir limites jurídicos, posto que se tratava de uma transformação informal de origem fática, ou seja, fundada na alteração da realidade social em comparação com o texto da Constituição. No entanto, futuramente, vários autores notaram a relevância do tema, os quais lecionaram que, se a alteração da interpretação do texto constitucional é necessária perante às transformações oriundas da realidade social, tal fenômeno não pode ser desassociado do ordenamento jurídico.

Por isso, segundo o alemão Hermann Heller, os limites da mutação constitucional estão inseridos na própria normatividade, isto é, as mudanças devem ser realizadas apenas no interior da norma (BULOS, 1997, p. 89).

Para Konrad Hesse, os limites da mutação constitucional acontecem por meio da separação entre a realidade e o direito, uma vez que, a mudança informal da Constituição não pode ser apoiada somente em um caráter meramente político, mas principalmente jurídico (BULOS, 1997, p. 88).

Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 88) ensina que o único limite possível para a mutação constitucional seria subjetivo, ou seja, a consciência do intérprete, visto que as mutações não se produzem por intermédio de meios convencionais, o que, conseqüentemente, gera a dificuldade em estipular formas de controle a fim de não incidir em mudanças informais inconstitucionais.

A respeito dos limites da mutação constitucional, José Joaquim Gomes Canotilho (2002) também sustenta que o objetivo da mutação constitucional, de aproximar a Constituição da realidade social, é positivo, posto que a Carta Magna não pode ser considerada estática e excessivamente rígida, no entanto, não se pode permitir que os interpretes atuem livremente, modificando e alterando a Constituição como bem entenderem.

Barroso (2018, p. 92) assevera que sem a limitação da mutação constitucional, ocorreria a violação do Poder Constituinte e até mesmo do princípio da soberania popular, já que, a necessidade de adaptação à nova realidade não pode ultrapassar a essência da Constituição. Dessa forma, o citado autor apresenta duas limitações para as mudanças informais:

Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado o afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição.

Wellington Márcio Kubliskas (2009) também salienta a importância do controle da mutação constitucional. O referido autor indica dois tipos de limites: os subjetivos e os objetivos. Sendo assim, o controle da mutação constitucional de forma subjetiva ocorre por meio da “postura ética do aplicador da norma”, ou seja, da consciência daquele que aplica o direito; e da “consciência jurídica geral”, vez que, dentro do contexto em que a norma está inserida, existem influências externas que precisam ser respeitadas pelo aplicador em busca da aceitação da mudança informal da Constituição. Por seu turno, os limites subjetivos, Kubliskas aponta o primeiro como sendo o “programa normativo”, fortalecendo um ponto que outros

autores já expressaram, isto é, que a mutação constitucional não pode contrariar a letra e o espírito da Constituição. Por último, o autor verifica a “necessidade de fundamentação e razoabilidade da mutação constitucional para que a mesma seja aceita socialmente”.

Ante o exposto, constata-se a essencialidade da mutação constitucional; entretanto, tal essencialidade, não outorga que esse mecanismo possa ser utilizado de qualquer forma, visto que, apesar de realizar o papel de aproximar o direito à realidade da sociedade, há limites e parâmetros, os quais devem ser observados.

Desse modo, infere-se que há dois critérios que devem ser observados para que a mutação tenha o status de constitucional: primeiramente, o novo sentido da norma tem que estar em conformidade com o conteúdo do texto modificado, isto é, tem que ser umas das suas possibilidades de leitura, não podendo ser conferido um sentido completamente distinto do que está expresso na norma modificada; em seguida, não pode ser contrário aos princípios fundamentais amparados pela Constituição.

Acerca do tema, Gilmar Mendes (2010, p. 191) preleciona que é imprescindível que o novo sentido concedido à norma, sem a redução de seu texto, deve ser possível a partir da simples leitura do conteúdo do ato normativo afetado, caso contrário não se pode falar em mutação constitucional e sim em criação de normas formulando novos preceitos por parte de interpretes que assumirão de forma ilícita a função de legisladores sem mandato.

A compreensão dos limites devidos à mutação constitucional são imprescindíveis, visto que eles não servem apenas para a prevenção da sua utilização inadequada, mas também para que a doutrina, de forma majoritária, constate que o instituto da mutação constitucional deve ser empregado subsidiariamente, dado que a regra é a aplicação do mecanismo da via formal, por intermédio das emendas, as quais são estabelecidas pela Constituição.

Logo, os limites da mutação constitucional têm a finalidade de proteger a soberania constitucional e o Poder Constituinte Originário, uma vez que, na hipótese da mutação constitucional começar a ser manejada ultrapassando os seus limites, ocasionará um grande problema, no qual o Supremo Tribunal Federal exercerá a função de Poder Constituinte Originário permanente, ao invés de ser o guardião da Constituição, consoante o artigo 102, caput, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Em outros termos, a atuação do Supremo Tribunal Federal no tocante à mutação constitucional deve ser averiguada minuciosamente, pois, na suposição do mencionado órgão exceder os limites impostos, atuando como um órgão legislador, suscitaria uma evidente violação da sua competência, vez que, um órgão do Poder Judiciário estaria legislando, ou seja,

efetuando uma função típica do Poder Legislativo e, por conseguinte, desrespeitando o princípio da separação dos poderes.

Outrossim, frisa-se que o Supremo Tribunal Federal não possui a função típica de legislar. Dessa forma, na conjectura desse órgão do Poder Judiciário, ao invés de acatar os limites exigidos ao fenômeno da mutação constitucional, comece a produzir normas ou retirar de normas já existentes sentidos divergentes do texto legal, o qual serve como fundamento nesse processo, promoverá uma grave lesão e ameaça ao Estado Democrático de Direito.

2.6 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Com o alicerce nas teorias de Locke (1978) e Montesquieu (1995), surgiu a separação dos poderes, a qual é um dos princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, cujo escopo é não conceder a apenas um órgão a concentração de poderes, o que é a principal característica dos Estados Absolutistas.

Visando alcançar a concepção da separação de poderes, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário foram constituídos, os quais funcionam em uma dinâmica de freios e contrapesos, isto é, embora os poderes sejam autônomos em suas funções típicas, é possível que ocorra uma intervenção, de forma limitada, uns nos outros, o que impede a criação de uma concentração tripartida de atribuições.

Salienta-se que os poderes possuem funções típicas e atípicas, o que realça a noção de autonomia e não de independência entre os poderes. Exemplificando, o Poder Legislativo detém a função típica de legislar, todavia, é possível encontrar previsões legais de competência normativa no Poder Judiciário, de acordo com o artigo 96, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, o qual indica a possibilidade de competência privativa aos tribunais de elaborar seus regimentos internos, ou seja, o Poder Judiciário exercendo a função atípica de legislar; e no Poder Executivo, nos termos do artigo 62 da Constituição de 1988, o qual expressa a possibilidade do Presidente da República, o chefe do Poder Executivo, em determinados casos de relevância e urgência legislar por meio de medidas provisórias (BRASIL, 1988).

Desse modo, capta-se que os Poderes possuem previsões expressas e específicas para desempenharem atribuições atípicas, sendo assim, tal interferência limitada deve acontecer apenas quando houver disposição legal, caso contrário, caracteriza-se uma supressão entre os Poderes.

Considerando a crescente procura do Supremo Tribunal Federal, a mutação constitucional tem se acentuado, tornando-se, conseqüentemente, instrumento de estudos

aprofundados e críticas. Tendo em vista o fato do Supremo Tribunal Federal designado, em consonância com o artigo 102, caput, da Carta Magna, como o guardião da Constituição, verifica-se que este é o último órgão competente para julgar as ações do controle de constitucionalidade concentrado; por consequência, compete também ao Supremo Tribunal Federal a execução da mutação constitucional (BRASIL, 1988).

Destaca-se que a utilização da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal acontece apenas após a sua provocação, o que advém através dos mecanismos existentes tanto no controle de constitucionalidade concentrado quanto no difuso, que o mencionado órgão jurisdicional utiliza a mutação constitucional.

Observa-se que o Poder Legislativo, em virtude da enorme quantidade de projetos de leis para serem votados, os quais estão estáticos, atrapalhando o seu regular funcionamento, vivencia um notório processo de sufocamento. A inércia do Poder Legislativo suscita uma ascensão do Poder Judiciário, posto que a sociedade não pode ser guiada por normas defasadas; logo, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal, perante a falta de normas que respondem as reivindicações sociais, venha a ajustar e a modificar o sentido dos atos normativos.

Ademais, avulta-se que a transformação do sentido de uma determina norma constitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, decorre de um não legislar do Poder Legislativo, ou seja, de uma inutilização de competência; dessa forma, não se pode apontar que o Poder Judiciário, por intermédio do Supremo Tribunal Federal, esteja suprimindo o Poder Legislativo.

Diante do exposto, constata-se que não há violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que o Poder Judiciário, ao alterar o sentido das normas constitucionais para responder os requerimentos sociais, atua de maneira subsidiária e não legislando de forma indiscriminada com a finalidade de suprimir a competência do Poder Legislativo. Em outras palavras, enquanto o Poder Legislativo não legislar, o que provoca uma falta de atendimento às solicitações da sociedade, o Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal e do fenômeno da mutação constitucional, deve prosseguir com a concessão de novos sentidos às normas constitucionais, para que assim, a sociedade tenha as suas demandas respondidas, sem que sobrevenha um desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

3 ANÁLISE DE CASOS

3.1 FIDELIDADE PARTIDÁRIA

O Mandado de Segurança nº 26.603-1, o qual aborda sobre fidelidade partidária, foi impetrado pelo PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira) em oposição à decisão do Presidente da Câmara dos Deputados, a qual denegou a pretensão do referido partido político, cujo fundamento era a renúncia presumida dos mandatos dos deputados federais eleitos sob a legenda do PSDB, no entanto, mudaram de filiação partidária após a eleição (BRASIL, 2007).

Alicerçado na consulta nº 1.398/DF suscitada pelo partido político Democratas (DEM) ao Tribunal Superior Eleitoral em 03/04/2007, o PSDB pleiteou ao Presidente da Câmara dos Deputados que os cargos dos deputados que, depois da sua nomeação, trocaram de legenda partidária, fossem declarados em vacância; o que proporcionaria ao PSDB a nomeação de suplementes para ocupar os mencionados cargos em vacância.

Destaca-se que, o Tribunal Superior Eleitoral, em resposta à referida consulta, decidiu no sentido de manter aos partidos políticos e às suas coligações o direito à vaga, a qual foi alcançada através do sistema eleitoral brasileiro. Sendo assim, a partir do momento que o deputado, após a eleição, mudasse de filiação partidária, verificar-se-ia uma desistência do mandato; o que possibilitaria o preenchimento de tal mandato por um suplemente selecionado pelo partido político.

Entretanto, o Presidente da Câmara dos Deputados, considerando que as únicas possibilidades de vacância de mandato parlamentar estão determinadas no artigo 238 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, indeferiu o mencionado requerimento feito pelo PSDB.

Outrossim, tem-se que, nos termos do artigo 55 da Constituição Federal, a infidelidade partidária não é uma das condições que ensejam a perda de mandato; portanto, a alegação de que a troca de um partido político, depois da eleição, acarreta a renúncia presumida do mandato, que foi exposta pelo PSDB, não possui sustentação legal.

O voto do Ministro Relator Celso de Mello, o qual foi o voto vencedor, será matéria de estudo para o fim de percepção do porquê constitui na perda do mandato a mudança de partido político pelo candidato após da eleição, mesmo que o Mandado de Segurança nº 26.603-1 tenha sido indeferido.

O Ministro Relator Celso de Mello, no tocante ao mérito, começa o seu voto recordando que, em 1989, durante o julgamento do Mandado de Segurança nº 20.927/DF, já se manifestou

a respeito da fidelidade partidária, e que concorda com a decisão da consulta nº 1.398/DF proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Em outras palavras, o Ministro Relator Celso de Mello considera que, em regra, os partidos políticos e as coligações detêm o direito de, em hipóteses de infidelidade partidária, continuar com a vaga alcançada através do sistema eleitoral; excetuando-se os casos em que o candidato eleito comprovar que está sendo alvo de perseguição política ou que o partido político mudou a sua orientação programática. Subsequentemente, o Ministro Relator versa também sobre a necessidade dos partidos políticos no sistema eleitoral brasileiro, a importância da fidelidade partidária e as relações de dependência entre o eleito, o eleitor e o partido político.

A proteção constitucional de “reserva de estatuto” tem o objetivo de conceder aos partidos políticos a possibilidade de se autogovernar, autoadministrar e de controlar os seus próprios interesses. Em relação ao tema, o voto ressalta os julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.063/DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.407/DF, tendo as duas a relatoria do Ministro Celso de Mello. A mencionada garantia constitucional tem como fundamento a essencialidade dos partidos políticos, os quais, além de serem os únicos responsáveis pelos cargos a serem eleitos, operam também como mecanismo entre as requisições sociais e as respostas políticas dessas solicitações.

Outro motivo que sustenta a indispensabilidade dos partidos políticos é o fato de ser por intermédio de suas orientações programáticas que o candidato consegue ser eleito, visto que tais orientações programáticas são utilizadas como meios de credibilidade para o eleitor. Frisa-se que a autonomia partidária, a qual é o objeto de análise, não autoriza que exista uma interferência do Estado no âmbito interno do partido político, tampouco uma influência sobre o seu viés ideológico. Por isso, afirma-se que a proteção dos partidos políticos é primordial para proteger o pleno exercício do regime democrático que detém o sistema representativo brasileiro.

Contudo, sublinha-se que a “reserva de estatuto” não isenta os partidos políticos da jurisdição constitucional e da supremacia de suas normas. No caso em apreço não se verifica nenhuma violação à “reserva de estatuto”, uma vez que a fidelidade partidária não trata sobre questões internas dos partidos políticos, mas sim uma de matéria constitucional que versa sobre o sistema democrático representativo.

O mandato do candidato eleito tem uma natureza dupla, já que está atrelado tanto ao partido político quanto ao povo que o elegeu, pois na falta de umas dessas ligações o candidato não conseguirá se eleger. Relativo ao tema, o artigo 14, parágrafo 3º, da Constituição da República, aborda sobre a necessidade da inscrição dos candidatos nos partidos políticos,

comprovando-se, desse modo, a essencialidade dos partidos políticos para a efetivação do sistema eleitoral brasileiro.

O Ministro Relator Celso de Mello, em seu voto, também alude uma estatística relativa a eleição do ano de 2006, a qual foi extraída do voto do Ministro Relator Cesar Alfor Rocha na resposta à consulta nº 1.398/DF, apontando que dos 513 deputados eleitos, apenas 31 deles obtiveram o coeficiente exigido para se elegerem sem os votos de legenda dos seus partidos políticos, o que representa o caráter partidário no sistema eleitoral brasileiro.

Sendo assim, a infidelidade do candidato eleito não seria apenas partidária mas também eleitoral, dado que o eleitor que votou no candidato infiel terá a confiança no seu voto afetada, o que fará com que as suas expectativas sejam frustradas e que prepondere o sentimento de fraude. Dessa maneira, para que ocorra a preservação do sistema representativo, faz-se necessário considerar a fidelidade partidária como um valor constitucional, fazendo com que o direito dos partidos políticos em preservar as vagas conquistadas no processo eleitoral seja reconhecido e que a vontade da soberania nacional concretizada pelos votos dos eleitores seja protegida.

Salienta-se que o direito dos partidos às vagas não teve origem na consulta nº 1.398/DF ao Tribunal Superior Eleitoral; em outras palavras, essa proteção decorre do texto constitucional, o qual protege e evidencia os princípios do Estado Democrático de Direito que estão estabelecidos no artigo 1º, incisos I, II e V da Constituição de 1988.

Nota-se que a infidelidade partidária não representa uma sanção com eventual perda do mandato do candidato eleito, visto que a infidelidade partidária não está estipulada no rol taxativo do artigo 55 da Constituição Federal, o qual determina as hipóteses de perda de mandato com caráter punitivo. Com efeito, a mudança do candidato eleito para outro partido político após a eleição, ocasiona a conservação da vaga em relação ao partido político originário, posto que os partidos políticos detêm o direito subjetivo às vagas alcançadas na eleição, o que se manifesta em representação proporcional no Congresso Nacional.

O Ministro Relator Celso de Mello alega ainda que a infidelidade partidária exprime um desvio ético-político, o qual viola o princípio democrático eleitoral, fazendo com que o rompimento unilateral do candidato eleito suceda um desequilíbrio representativo no Congresso Nacional.

O mencionado Ministro Relator, em seu voto, também ratifica a resposta do Tribunal Superior Eleitoral à consulta nº 1.398/DF; sendo, portanto, contrário à infidelidade partidária com o objetivo de proteger a vontade soberana do eleitor, o fortalecimento dos partidos políticos e o processo eleitoral brasileiro.

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal tem a preocupação de garantir aos candidatos eleitos que desejam mudar de partido político, em virtude do princípio da ampla defesa e do contraditório, a possibilidade de apresentar a sua defesa a fim de conservar os cargos eleitos. A referida defesa deve ser exercida, pois, caso fique demonstrado que o candidato eleito está sendo alvo de perseguição política ou que o partido político alterou a sua orientação programática, o candidato eleito poderá trocar de partido político sem perder o seu mandato.

A partir da consolidação do entendimento a respeito da preservação do mandato pelo partido político em casos de infidelidade partidária injustificada, inicia-se um debate sobre o momento em que esse entendimento poderia ser aplicado, ou seja, discute-se se o entendimento terá efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. Dessa forma, com a finalidade de resolver tal controversa, observou-se a ausência de estipulação legal que possibilitaria a previsão, por parte dos candidatos eleitos que almejassem mudar de partido político, que poderiam estar renunciando tacitamente aos seus cargos. Sendo assim, com base no princípio da segurança jurídica, convencionou-se que o marco temporal que determinou a eficácia do entendimento será a data em que Tribunal Superior Eleitoral respondeu à consulta nº 1.398/DF, o que ocorreu no dia 27/03/2007, visto que, a partir dessa data, existia a possibilidade de previsibilidade por parte dos candidatos eleitos.

Dessa maneira, mesmo concordando com o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral sobre a conservação do mandato pelos partidos políticos nas hipóteses de infidelidade partidária, o Mandado de Segurança nº 26.603-1 foi indeferido pelo Ministro Relator Celso de Mello, posto que todos os candidatos eleitos presentes no polo passivo da ação mudaram de partido político antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral, a qual foi convencionada como o marco temporal para o início da produção de efeitos do novo entendimento.

Destarte, verifica-se que, no caso em tela, é visível a utilização do fenômeno da mutação constitucional nos artigos 14, parágrafo 3º e 55, ambos da Constituição da República, visto que, além de observar os limites estipulados, foi produzido um novo sentido a uma norma sem que tivesse nenhum tipo de modificação em seu texto. Aponta-se também que o novo sentido não viola os fundamentos determinados pela norma, ao estabelecer que a mudança de partido político pelo candidato após a eleição, ocasionará, em regra, como consequência a preservação do cargo com o partido político originário, o qual nomeará o suplente.

3.2 A REDEFINIÇÃO DO PAPEL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.916/DF foi apresentada pelo Procurador-Geral da República com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade do artigo 7º, inciso I e III, e do artigo 13, parágrafo único, ambos da Lei Distrital 3.669/2005. Os mencionados artigos preveem a possibilidade de geração de carreira de atividades penitenciárias. O Procurador-Geral da República fundamentou o seu pedido nos artigos 21, inciso XIV e 32, parágrafo 4º, da Constituição Federal, os quais estabelecem que o conteúdo abordado pela Lei Distrital 3.669/2005 compete à União (BRASIL, 2010).

À vista disso, o Procurador-Geral da República aponta que os artigos 7º, inciso I e III e 13, parágrafo único, da Lei Distrital 3.669/2005 devem ser declarados inconstitucionais, uma vez que objetivam reformar a organização da Polícia Civil do Distrito Federal; contrariando, desse modo, a lei federal que, de forma prévia, determinou o regimento jurídico dos agentes penitenciários. Salienta-se também que a lei federal estabelece as diretrizes a serem observadas pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, os quais não podem estipular de modo contrário, mas somente de maneira complementar.

A indagação principal do caso em análise acontece quando o Ministro Marco Aurélio, de forma preliminar, suscita uma questão de ordem sustentando que o processo deveria ser suspenso, visto que foi emitido pelo Advogado-Geral da União um parecer a favor da declaração de inconstitucionalidade dos referidos artigos da Lei Distrital 3.669/2005. Tal questão de ordem foi suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, pois compreende que o artigo 103, parágrafo 3º, da Carta Magna é explícito ao determinar que compete ao Advogado-Geral da União a defesa do texto impugnado, isto é, o mencionado Ministro, restrito ao conteúdo da lei, não aceitaria a emissão, por parte do Advogado-Geral da União, de outro parecer que não fosse em defesa do ato normativo, o qual está sendo alvo de impugnação; não havendo, portanto, liberdade funcional.

Contudo, o Tribunal, por maioria dos votos, rechaçou a questão de ordem suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, reconhecendo que o artigo 103, parágrafo 3º, da Constituição Federal, deveria ser objeto de uma interpretação sistemática, dado que o citado artigo visa preservar que o Advogado-Geral da União emita o seu parecer e não sobre a compulsoriedade em defender o ato normativo impugnado.

Destaca-se que, no caso em apreço, o Advogado-Geral da União está diante de um conflituoso cenário, já que, por um lado, em razão da literalidade do artigo 103, parágrafo 3º,

da Constituição Federal, o ato normativo impugnado deveria ser defendido e; por outro lado, o mesmo ato normativo impugnado é contrário aos interesses da União, a qual deve ser assegurada também pelo Advogado-Geral da União, conforme o artigo 131 da Constituição da República.

Sendo assim, o Advogado-Geral da União não poderia emitir um parecer contrário à declaração de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, visto que os interesses do autor se consubstanciam com os interesses da União. Em outros termos, constata-se que, ao obrigar o Advogado-Geral da União emitir um parecer contra à inconstitucionalidade de um ato normativo adverso aos interesses da União, seria o mesmo que afastar do Advogado-Geral da União a sua função basilar de resguardar os interesses da União.

No final, o julgado – ao expor que não há comando legal que possibilita ao Supremo Tribunal Federal a imposição de sanção ao Advogado-Geral da União que não emitir parecer contrário ao ato impugnado, isto é, não há nenhum instrumento coercitivo, constituindo, assim, uma liberdade funcional ao Advogado-Geral da União, o qual emitirá parecer em conformidade com o seu livre convencimento –, evidencia mais uma justificativa que tonifica a compreensão da necessária interpretação sistemática do artigo 103, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

Desse modo, verifica-se, através da análise do caso comento, a ocorrência da mutação constitucional no artigo 103, parágrafo 3º, da Constituição da República, o qual determina, com o fim de estipular o contraditório, ao Advogado-Geral da União a emissão de parecer contrário ao ato impugnado. Todavia, de acordo com a nova interpretação atribuída ao artigo 103, parágrafo 3º, da Carta Magna, compreende-se que, nas situações em que há um interesse comum entre o autor da ação e a União, o Advogado-Geral da União poderá emitir um parecer em apoio à declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada; inclusive para salvaguardar a supremacia constitucional, já que não é coerente, por parte do Advogado-Geral da União, a defesa de uma norma que diverge dos mandamentos constitucionais.

3.3 PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL

O Recurso Extraordinário nº 466.343/SP foi interposto pelo Banco Bradesco S.A., tendo como finalidade a impugnação do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual denegou o provimento do recurso de apelação, por entender ser inconstitucional o artigo 5º, inciso XVII, da Constituição Federal, que se referente a possibilidade da prisão civil de depositário infiel (BRASIL, 2008).

Há divergência no tocante à legitimidade constitucional da prisão civil por descumprimento de cláusula contratual, exceto em relação ao devedor de obrigação alimentícia, uma vez que, nessa hipótese é pacificada, nos termos do Código de Processo Civil, a possibilidade da prisão civil por inadimplência.

O debate sobre a possibilidade da prisão civil de depositário infiel tem como marco inicial a adesão, em 1992, pelo Brasil, da Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada como Pacto San José da Costa Rica, a qual, em seu artigo 7º, impede a prisão por qualquer espécie de dívida.

No entanto, em virtude da mencionada adesão no Pacto San José da Costa Rica e a matéria do artigo 5º, inciso XVII, da Constituição Federal, começou uma grande discussão acerca da possibilidade de revogação do citado dispositivo constitucional e da legislação infraconstitucional relacionada a prisão civil de depositário infiel. Em outros termos, debate-se sobre a hipótese de um direito humano internacional preponderar sobre uma norma interna de um Estado, visto que, para a resolução desse empasse, é preciso a adoção da teoria monista ou dualista.

Em síntese, a teoria monista, a qual é defendida por Hans Kelsen, afirma que quando houver conflito entre uma norma internacional e uma norma nacional, deve-se prevalecer a norma mais benéfica ao cidadão, isto é, no caso em tela, de acordo com essa teoria, a prisão civil de depositário infiel seria inconstitucional. Por sua vez, a teoria dualista, a qual é adotada por Heinrich Triepel, aponta que quando houver conflito entre uma norma internacional e uma norma nacional, em razão do princípio da soberania constitucional, deve-se prevalecer a norma nacional.

O conteúdo do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988, suscitou algumas interpretações acerca de como deveria acontecer as recepções dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil. Entretanto, nota-se que a internacionalização dos tratados acontecia conforme os artigos 49, inciso I e 84, inciso VIII, ambos da Constituição Federal, sendo certo que, a partir do decreto presidencial, o tratado detinha apenas status de lei ordinária federal.

Contudo, no ano de 2004, a partir da Emenda Constitucional nº 45, foi introduzido o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição da República, o qual determina que, após a aprovação em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional por três quintos (3/5) de seus membros, os tratados serão equivalentes às Emendas Constitucionais.

Dessa forma, verifica-se uma problemática, uma vez que o Pacto San Jose da Costa Rica foi internalizado em 1992, isto é, conforme o sistema em vigor na época, possuindo, então,

apenas status de lei ordinária federal (infraconstitucional), não podendo, por consequência, revogar nenhuma disposição constitucional, já que seria hierarquicamente inferior.

Diante da citada problemática, manifestou-se na doutrina e na jurisprudência uma intensa discussão jurídica a respeito sobre qual status jurídico os tratados internacionais deveriam possuir, o que ocasionou a formação de quatro modelos: natureza supraconstitucional, natureza constitucional, natureza de lei ordinária e natureza supralegal.

Inicialmente, o primeiro modelo não poderia ser adotado pelo Brasil, posto que desrespeitaria o princípio da soberania constitucional, estipulando que os tratados internacionais não poderiam ser objetos nem mesmo do controle de constitucionalidade. Frisa-se que o decreto legislativo, o qual aprova a internalização do tratado pode ser alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC), com força preventiva.

Em seguida, o segundo modelo tem como fundamento o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, o qual deveria ser tido como uma cláusula aberta de recepção de tratados internacionais celebrados pelo Brasil. Todavia, tal modelo também não poderia ser adotado, pois haveria uma hierarquia dos tratados internacionais sobre a Constituição, uma vez que, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º, da Carta Magna, as normas internacionais teriam aplicação imediata no ordenamento jurídico a partir da adesão, sem que ocorresse qualquer tipo de controle pelo Poder Legislativo. O referido modelo também é contrário ao artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição da República, posto que, os tratados internacionais apenas adquirem o status de Emenda Constitucional após o cumprimento dos requisitos estipulados no citado dispositivo legal.

Por seu turno, o terceiro modelo expõe que os tratados internacionais não podem ser adversos à Constituição. No entanto, a partir da Emenda Constitucional nº 45, esse modelo não possui respaldo legal, vez que, com a introdução do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, torna-se impossível que o tratado internacional assumira o status de lei ordinária.

Por fim, o quarto modelo tem o objetivo de conceder natureza supralegal aos tratados internacionais aderidos pelo Brasil. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, parafraseando Peter Harbele, defende o modelo em apreço, afirmando que “vivemos em Estado Constitucional Cooperativo”. Tal expressão significa que não há mais um Estado Constitucional que visa apenas um regramento próprio, mas sim uma integração entre os Estados Constitucionais de uma determinada comunidade, fazendo com que os direitos humanos internacionais e os direitos fundamentais ganhem força.

Com base no direito comparado, é demonstrado no voto que há uma tendência mundial em admitir a internalização de direitos humanos internacionais na maior parte das Constituições; portanto, é preciso que o Supremo Tribunal Federal altere a sua jurisprudência para se adequar a essa necessidade. Apesar de ser notório a tendência mundial, não se pode autorizar que a matéria dos novos tratados internacionais celebrados viole o princípio da soberania constitucional. Desse modo, é preciso determinar um meio termo para inserir esses tratados internacionais no ordenamento jurídico interno de maneira que não desrespeite a soberania constitucional, mas sem diminuir a sua importância os estipulando apenas com um status de lei ordinária federal.

O Ministro Gilmar Mendes assevera que o princípio da soberania constitucional impossibilita que a Convenção Americana de Direitos Humanos, aderida pelo Brasil em 1992, revogue a matéria esculpida pelo artigo 5º, inciso XVII, da Constituição Federal, a qual versa sobre a possibilidade da prisão de depositário infiel. Entretanto, levando em consideração a supremacia da Convenção Americana de Direitos Humanos sobre a legislação infraconstitucional, a qual regrava a matéria, a previsão sobre a possibilidade da prisão de depositário infiel deixou de ser possível. Logo, verifica-se que os tratados internacionais adquirem natureza supralegal, fazendo com que a legislação infraconstitucional tenha a sua eficácia paralisada, a título de exemplo, tem-se o artigo 652 do Código Civil.

Dessa maneira, nota-se que a natureza supralegal foi a melhor medida adotada para atribuir status não só aos tratados internacionais celebrados pelo Brasil, mas também à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), visto que não viola o princípio da soberania constitucional, nem confere aos tratados internacionais um status inferior às legislações infraconstitucionais.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal, através de uma decisão unânime, negou o provimento ao Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, alterando a sua jurisprudência ao compreender que o artigo 5º, inciso XVII, da Constituição Federal tem eficácia limitada. Desse modo, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) ao apresentar status superlegal autorizava que a legislação ordinária tratasse sobre a impossibilidade da prisão civil de depositário infiel. Sendo assim, constata-se a mutação constitucional no artigo 5º, inciso XVII, da Constituição Federal, já que ocorreu a modificação de sentido da norma. Destaca-se também que, a respeito dessa questão, foi editada a Súmula Vinculante nº 25, a qual diz que: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

3.4 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, propostas, respectivamente, pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro e o Procurador-Geral da República, possuíam como finalidade conferir ao artigo 1.723 do Código Civil, cuja redação se refere à união estável entre homem e mulher, um novo entendimento no sentido de que o mencionado dispositivo legal garantisse também a possibilidade de caracterização da união estável aos casais homoafetivos (BRASIL, 2011).

Salienta-se que o artigo 1.723 do Código Civil tem o escopo de resguardar os casais, mesmo que não sendo formalmente casados, devem ser protegidos pelo Estado, uma vez que detêm o caráter de entidade familiar, tendo em conta a convivência pública, contínua e duradoura, o que demonstra o objetivo de constituir uma família.

O Ministro Relator Ayres Britto, em relação ao mérito, apontou em seu voto que, através de uma interpretação conjunta entre a Constituição e o artigo 1.723 do Código Civil, não há nenhum óbice que impeça o reconhecimento da união estável entre os casais homoafetivos, os quais devem ter o mesmo tratamento conferido aos casais heterossexuais, posto que a Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV, estabelece expressamente a vedação de qualquer tipo de preconceito em virtude do sexo e da diferenciação entre homem e mulher.

O citado Ministro também alega que da mesma maneira que a origem social, idade e cor da pele não podem ser considerados como causa de merecimento, a sexualidade também não se configura como motivo suficiente para fornecer mais benefícios a uns em detrimento de outros. A omissão da Constituição sobre a possibilidade do livre exercício da sexualidade humana é outra justificativa que fortalece a tese sobre a possibilidade de equiparação de direitos entre os casais homoafetivos, vez que, se não há vedação por parte da Constituição, compreende-se que é juridicamente possível.

Outro fundamento empregado é o fato de a livre sexualidade humana ser uma prerrogativa à intimidade e à vida privada do indivíduo, podendo ser reputada como um direito da personalidade e, conseqüentemente, considerada também como um direito individual do indivíduo, o que é salvaguardado pelo artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

Outrossim, o fato de casais homoafetivos – mesmo que comprovando convivência pública, contínua e duradoura, com o fim de constituir uma família –, não poderem usufruir dos mesmos direitos concedidos à casais heterossexuais em circunstâncias idênticas, viola o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sublinha-se que, no momento da caracterização da união estável, o que deve ser levado em conta é o conceito de família e não a orientação sexual do casal, visto que tanto a união estável quanto o casamento são institutos jurídicos que objetivam resguardar a família, a qual, nos termos do artigo 226 da Constituição, é considerada como a base da sociedade, possuindo proteção especial do Estado. Dessa maneira, faz-se necessária uma nova interpretação do ordenamento jurídico, fazendo com que ocorra isonomia no tratamento entre os casais, independentemente de suas orientações sexuais, uma vez que todos os casais, após demonstrarem continuidade, visibilidade e durabilidade de seus relacionamentos, têm o direito à matéria esculpida no artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

Observa-se que a modificação do entendimento do artigo 1.723 do Código Civil, possibilitando a configuração de união estável aos casais homoafetivos, fará com que inúmeros princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana, proteção das minorias, isonomia, entre outros, sejam efetivos.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, declarou que a relação entre pessoas do mesmo sexo não pode utilizar o instituto da união estável, uma vez que tal instituto requer que casal seja constituído por pessoas de gêneros distintos. Todavia, levando em consideração a falta de instituto talhado no artigo 226 da Constituição Federal que se empregue aos casos de entidade familiar de pessoas do mesmo sexo, deve-se ter, em medida emergencial, uma integração análoga; aplicando, assim, aos casais homoafetivos, até que haja uma legislação versando especificamente sobre a matéria, o mesmo tratamento da união estável concedido aos casais heterossexuais.

Por seu turno, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição da República, através da analogia, deve ser interpretado extensivamente, com o objetivo de se reconhecer a possibilidade da união estável de casais homoafetivos, visto que o direito à liberdade garante que os indivíduos escolham suas orientações sexuais e que a ausência de institutos jurídicos de tutela aos casais homoafetivos contribui com a discriminação dessa parte da população.

Portanto, o voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto prevaleceu e o pedido da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ foi deferido por todo o Plenário, a qual demandava a alteração de sentido dos artigos 1.723 do Código Civil e do artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, concedendo também aos casais homoafetivos, após a demonstração dos requisitos legais, a utilização do instituto da união estável; verificando-se, desse modo, no caso em apreço, o fenômeno da mutação constitucional.

3.5 O CANCELAMENTO DA SÚMULA 394 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, instituída em 1964, depois de um período de vigência de trinta e cinco anos no ordenamento jurídico, foi cancelada com base em uma questão de ordem suscitada no Inquérito nº 687-4/SP (BRASIL, 1999).

A referida súmula versava sobre a possibilidade de prevalecer, mesmo depois do fim de seus mandatos, a competência de foro especial para julgar os ocupantes de cargos públicos e mandatários do povo.

A alteração de entendimento do Supremo Tribunal Federal ocasionou a mudança da competência para processar e julgar os ex ocupantes de cargos públicos e ex mandatários, dado que, anteriormente, se o delito acontecesse durante o período do cargo público ou do mandato, o ex ocupante possuía o direito ao foro especial. A fim de exemplificar a falta de razoabilidade, cita-se que se um governador, no decorrer do seu mandato praticasse algum delito, ele deveria ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça ainda que depois do fim do seu mandato.

No caso em apreço, nota-se uma clara mutação constitucional do artigo 102, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, ao cancelar a súmula 394, manifestou que o referido dispositivo constitucional deveria ser entendido de maneira restritiva, isto é, a competência originária do Supremo para julgar e processar certas infrações comuns do Presidente da República, do Vice-Presidente, dos membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, deve se limitar ao período do mandato das mencionadas autoridades.

O Ministro Relator Sidney Sanches, em seu voto, proferiu que a decisão que cancelou a súmula 394 deveria ter efeitos ex nunc, ou seja, os casos já decididos antes desse julgado não seriam afetados e nem revistos.

Acentua-se que a prerrogativa de foro especial está ligada à proteção do cargo ocupado e não da pessoa que o ocupa; sendo assim, não há nenhum fundamento que justifique a tese da extensão dessa prerrogativa mesmo depois do cumprimento da função ou do mandato. A mencionada tese de extensão fere diretamente o artigo 5º, caput, da Constituição de 1988, o qual estipula a igualdade de todos perante a lei. Dessa forma, o indivíduo, ao deixar, por qualquer motivo, o cargo público, deverá ter o seu processo transferido para o foro comum, ou seja, juízos de primeira instância, ainda que os atos que originaram o processo tenham acontecido durante o cargo ou mandato.

Outrossim, nota-se que a transferência do processo para o local onde os fatos aconteceram, e não em Brasília ou nas capitais, ensejará em uma maior celeridade aos

processos, uma vez que não será necessário a expedição de cartas com a finalidade de obter diligências probatórias, isto é, há um evidente ganho de eficiência e efetividade no processo.

Dessa forma, o cancelamento da súmula 394 do Supremo Tribunal Federal simboliza um marco no direito brasileiro, pois mesmo após um período de vigência de trinta e cinco anos (de 1964 a 1999) no ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal constatou a necessidade de alterar o entendimento em relação à extensão da prerrogativa de foro aos ex ocupantes de cargos públicos e ex mandatários, em outras palavras, ocorreu uma mutação no artigo 102, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal, o qual aborda sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal em processar e julgar determinados casos.

4 CONCLUSÃO

Primeiramente, nota-se que a mutação constitucional é um fenômeno que tem o objetivo de modificar o sentido da norma constitucional sem que ocorra nenhuma espécie de alteração em seu texto; por essa razão, a mutação constitucional é empregada por meio da via informal de alteração constitucional. Sublinha-se que, essa alteração de sentido hermenêutico tem como missão elementar equilibrar a tênue relação existente entre a texto da Constituição e as novas solicitações demonstradas pela sociedade, posto que, caso o texto constitucional não consiga acompanhar o desenvolvimento da sociedade, isto é, não seja capaz de exprimir respostas às requisições pleiteadas, a Constituição se tornará inócua e, por conseguinte, perderá o seu propósito.

Destaca-se que o direito, bem como a sociedade que é guiada por ele, encontra-se em uma contínua evolução; logo, seria um erro reputar que apenas as normas expressas em todo o ordenamento jurídico seriam suficientes para conceder efetividade ao direito. Avulta-se que as normas devem ser utilizadas somente como uma base, tendo o escopo de oferecer os fundamentos que o interprete deve acompanhar no momento de conceder um novo sentido constitucional ao dispositivo legal. Se o direito é dinâmico, conseqüentemente, as suas normas devem estar em uma sucessiva mutação, a fim de que a sociedade obtenha as soluções das reivindicações indicadas por ela, em outros termos, a mutação constitucional é um instrumento essencial ao direito, o qual, a partir desse fenômeno, poderá cumprir a sua função precípua de reger a sociedade.

À vista disso, o presente trabalho de conclusão de curso constata a imprescindibilidade da mutação constitucional, visto que representa uma ferramenta de grande importância para a total eficácia da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo.

Em seguida, apreende-se que o Estado detém o dever/poder de guiar a sociedade por meio de seu ordenamento jurídico e que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal, a qual é a norma que fundamenta e justifica toda a legislação infraconstitucional, sendo, portanto, o órgão máximo do Poder Judiciário para a interpretação do texto da Constituição, a fim de cumprir a vontade original do Poder Constituinte Originário.

Levando-se em consideração a importância das decisões do Supremo Tribunal Federal perante a sociedade e que a mutação constitucional é tida como a alteração de sentido sem modificação do texto da norma constitucional e, por isso, o seu manejo deve ser realizado pelo citado órgão do Poder Judiciário; o presente trabalho estudou cinco julgados, a partir dos quais

foi verificado que os limites estabelecidos para a utilização da mutação constitucional estão sendo observados de forma ampla pelo Supremo Tribunal Federal.

Salienta-se que Supremo Tribunal Federal como órgão do Poder Judiciário, ao aplicar a mutação constitucional, não tem o objetivo de suprir a competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo; ao contrário, a finalidade é exercer uma atividade que não está sendo exercida pelos mencionados Poderes. Em virtude do princípio da inércia da jurisdição, o qual é inerente ao Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal apenas age quando é provocado pela jurisdição constitucional e, conseqüentemente, não pode e nem deve se recusar a prestar sua contribuição.

A matéria do jornal O Globo abordada no segundo capítulo desse trabalho, apontou que o Congresso Nacional, devido a enorme quantidade de projetos de leis, enfrenta uma estagnação, o que acarreta uma omissão por parte do Poder Legislativo; afetando de modo direto a sociedade, a qual ainda que evidencie novas solicitações, não recebe soluções por meio de leis. Isto posto, perante a omissão do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal por não deter a função típica de legislar, utilizará a mutação constitucional, com o fim de que mesmo sem modificação do texto, a Constituição permaneça válida e eficiente na sua função medular de guiar a sociedade.

Outrossim, sobreleva-se que o desígnio do princípio da separação dos poderes é fazer com que não haja concentração de competência apenas um Poder e que os Poderes devem ser harmônicos entre si; logo, infere-se que, diante de uma ineficiência do Poder Legislativo, nada impossibilita que o Poder Judiciário o auxilie, ainda que seja por meio da mutação constitucional, isto é, através de novos sentidos extraídos da norma.

Ressalta-se também que a sociedade, a qual está em um constante desenvolvimento, ao expor novas demandas, espera que tais solicitações sejam atendidas em um tempo hábil, já que a demora, além de fazer com que o ordenamento jurídico deixe de efetuar a sua função basilar, também assume o risco de que quando a resposta for apresentada à demanda, esta já esteja superada. Dessa forma, a partir do instante que a sociedade manifesta novas demandas e o Poder Legislativo não cria normas para a solução dessas requisições, os indivíduos provocam o Poder Judiciário, por intermédio do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de que as demandas sejam respondidas.

Destarte, é imprescindível que se compreenda a indispensabilidade da mutação constitucional, tendo em vista a morosidade que a via formal de alteração do texto constitucional apresenta. Percebe-se também que a alteração hermenêutica deve ser reputada como um instrumento essencial no atual cenário de estagnação do Congresso Nacional, no

entanto, a mencionada ferramenta perderá a sua força de atuação a partir do instante em que o Poder Legislativo consiga responder, em tempo hábil, as novas demandas apresentadas pela sociedade.

Por fim, conclui-se que o presente trabalho de conclusão de curso constatou a tese da mutação constitucional como um instrumento de efetivação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou seja, como forma de aproximação das normas constitucionais à realidade da sociedade, aplicada através do Supremo Tribunal Federal, em razão da dinamicidade do direito e da sociedade, sem desrespeitar o princípio da separação dos poderes.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **The Living Constitution**. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/116/. Acesso em: 21 ago. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação Constitucional: a Constituição viva de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 33, n. 129, jan. 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>. Acesso em: 16 ago. 2020.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidente da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.458**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/1996, publicado em 20/09/1996. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347068>. Acesso em: 22 ago. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.916**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Distrito Federal e Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2010, publicado em 14/05/2010. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610999>. Acesso em: 22 ago. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14/10/2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 22 ago. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14/10/2011. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 687-4**. Autor: Ministério Público Federal. Indiciado: Jabes Pinto Rabelo. Relator: Sidney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/1999, publicado em 09/11/2001. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80757>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.603-1**. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, publicado em 19/12/2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cesar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, publicado em 05/06/2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASADO, José. Legislativo precisaria de um século para votar mais de 30 mil projetos em tramitação. **O Globo**. Rio de Janeiro, nov. 2011. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/legislativo-precisaria-de-um-seculo-para-votar-mais-de-30-mil-projetos-em-tramitacao-2769805>. Acesso em: 21 ago. 2020.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 8. ed. Osasco: Edifício, 2015.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GARCIA, Emerson. **Conflitos entre Normas Constitucionais: esboço de uma teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

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

LIMA, Fernando Machado da Silva. **Jurisdição constitucional e controle do poder: é efetiva a constituição brasileira?** Porto Alegre: Imprensa, 2005.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil.** São Paulo: Nova Cultural, 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis.** Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 14. ed. São Paulo: Método, 2015.

SALES, Ana Camila Cavalcante. **A titularidade do Poder Constituinte originário sob à perspectiva de Carl Schmitt.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55907/a-titularidade-do-poder-constituente-originario-sob-a-perspectiva-de-carl-schmitt>. Acesso em: 16 ago. 2020.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder da reforma constitucional.** Salvador: Livraria Progresso, 1954.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.