

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Natureza Jurídica, Parâmetros e Considerações

Felipe Pravato¹

Resumo: Trata-se aqui, em breve ensaio teórico, acerca do que vem a ser o fenômeno jurídico da mutação constitucional. O estudo tem por fito apontar os principais delineamentos acerca do tema, tais como a natureza jurídica da mutação, seus parâmetros (ou pressupostos) de possibilidade de ocorrência e as espécies comuns de mutação apontadas pela doutrina. O texto aborda questões não apenas de direito constitucional, mas também de matéria pertinente à teoria geral do direito, em especial ao que atine à norma jurídica.

Palavras-Chave: Norma jurídica. Constituição. Poder Constituinte. Mutação Constitucional.

CONSTITUTIONAL MUTATION

Juridical nature, parameters and considerations

Abstract: There is talk here, in brief theoretical rehearsal, about what is the phenomenon of the constitutional mutation. The study's main point about scope delineations of the theme, such as the legal nature of the mutation, its parameters (or assumptions) of possibility of occurrence and common species of mutation targeted by doctrine. The text addresses issues not only of constitutional law, but also of material pertinent to the general theory of law, in particular, that with the program to the rule of law.

Keywords: Rule. Constitution. Constituent Power. Constitutional Mutation.

SUMÁRIO

Introdução; 2. A natureza jurídica da mutação se consiste em ser instrumento de INTERPRETAÇÃO; 2.1 MUTAÇÃO COMO COSTUME CONSTITUCIONAL; 2.2 INTERPRETAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL; 2.3 MUTAÇÃO COMO PODER CONSTITUINTE DIFUSO E SENTIDO HERMENÊUTICO; 3. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA ATUAÇÃO DO LEGISLADOR; 4 REFERÊNCIA

INTRODUÇÃO

¹ Felipe Prata Pravato Rangel é acadêmico de Direito da Faculdade Estácio, de Vitória/ES. Presidente da Associação Acadêmica *Lordes de Jus* (LORJUS). E-mail: fpravato@lordesdejus.org ou cdt_rangel@hotmail.com.

Se os homens, suas opiniões, intentos e censuras são voláteis, logo a lei, a seu modo, e indiretamente, também o é. Sob o prisma da norma não se pode dizer, em literalidade, que sua característica é a inconstância ou volatilidade, pois seria um total desatino técnico, uma vez que a função precípua da norma legal é determinar um grau sustentável de segurança jurídica por meio da imperatividade, objetividade, generalidade e abstratividade de seus postulados que, são, *prima facie*, permanentes – ou até mesmo imutáveis.

Desta feita, como se pode apregoar ser a norma volátil e imutável se, por óbvio, são palavras de significado antagônico? É clarividente que as normas legais não são, concomitantemente, ambas as coisas; as normas são permanentes de modo imediato e voláteis de maneira mediata, isso porque quando a lei e suas normas entram em vigor elas não se modificam, em seu texto normativo, ao seu próprio alvedrio, logo a estrutura escrita da norma (o enunciado normativo) é permanente, tal como a sua vigência, salvo se o legislador a revogar ou alterar (volatilidade mediata).

Diz-se, então, que o texto normativo, que difere de norma, é imutável por si só, uma vez que por sua própria vontade jamais se altera. De todo modo é de melhor tom apregoar à norma um caráter de que é permanente, e não imutável. Permanente, pois permanece, ou vige, o seu texto normativo até que o legislador o altere, ou outra lei o revogue (expressa ou tacitamente) ou, ainda, quando esgotado o seu prazo de vigência, tal como se extrai do teor dos dispositivos normativos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Tão logo, é notável que a lei seja permanente, uma vez que, tendo sido promulgada pela vontade do Parlamento (Congresso) e, por isso, representando a voz popular, não se altera por si só jamais, razão pela qual, *verbi gratia*, uma lei que dispõe sobre um monumento erigido em praça pública, se não revogada for, vigerá para sempre – de modo permanente e, por si só, imutável.

Antes de prosseguirmos, cabe assinalar a profícua distinção doutrinária entre *dispositivo*, *texto normativo* e *norma*². Dispositivo consiste em ser um *fragmento normativo*, ou, ainda, uma parcela de legislação (um *caput*, um inciso, um parágrafo, uma alínea etc.), isso porque os dispositivos são as partes que compõem o todo de

² Trata-se aqui da *Teoria Estruturante do Direito*, de Friedrich Müller. Para maiores aprofundamentos indico a leitura da obra “O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes”, 3ª Edição, de Friedrich Müller, Editora Revista dos Tribunais.

uma norma, podendo expressar, por vezes, uma norma completa – ou não. Exemplo: o art.1º, §4º da LINDB “as correções a texto de lei já em vigor consideram-se nova lei”. Trata-se de dispositivo do qual emana uma norma completa, mesmo sendo ele apenas um fragmento do art.1º da supramencionada lei, pois do seu teor se extrai uma norma totalmente inteligível por si só, qual seja: alterar lei já em vigor só por meio de nova lei.

Casos há, ainda, em que o dispositivo, isoladamente, é incompleto e inoperante, logo ele deverá ser conjugado com um ou mais dispositivos para que venha a produzir uma norma, ex.: a alínea “e” do art.15 da LINDB “ter sido homologada pelo Superior Tribunal de Justiça” (antes da Emenda Constitucional 45 era competência do STF) por si só é inócua, sendo assim, necessita ser conjugada com o *caput* (e demais dispositivos) para se extrair o seu real entendimento.

Quanto à distinção entre texto normativo e normas, destaca Luís Roberto Barroso que “o conhecimento convencional identifica como norma jurídica determinada prescrição de conduta ou de organização, dotada de generalidade e abstração. Nada obstante, a doutrina contemporânea tem retomado e enfatizado a distinção entre norma e enunciado normativo” (BARROSO. 2011, p.195).

Nesta vereda, *enunciado normativo* é simplesmente o texto dado à lei, ou seja, a expressão linguística que se extrai de um ou mais dispositivos; ou, ainda, na dicção de Barroso, enunciado normativo é o “texto ainda por interpretar”. Já a norma é a interpretação que se extrai do texto normativo, um fruto da interação do texto com a realidade que irá determinar o seu modo de aplicação perante a situação concreta. Logo, as normas são produtos da atuação judicial – e os textos normativos (que são, inclusive, fontes do direito), produtos da atividade legislativa.

Em suma, e na indelével lição de Eros Roberto Grau, “o que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos em normas” (GRAU. 2009, p.17).

Eis a distinção entre dispositivo, enunciado normativo e norma.

A relevância de destacar tais distinções conceituais consiste na razão de que o objeto em análise, a mutação constitucional, é uma via de alteração da norma constitucional (ou da própria Constituição), todavia sem qualquer modificação de seu texto. Isso ocorre simplesmente porque a mutação se presta a alterar o sentido

interpretativo de determinado enunciado normativo contido na Lei Maior, com o fito de melhor aplicabilidade, eficácia, efetividade ou racionalidade conceder ao enunciado.

Nesta vereda, a doutrina destaca duas “vias” de modificação da Constituição: a *via formal* e a *via informal*. A via formal é a que se manifesta por meio do poder constituinte derivado reformador, ou seja, mediante a edição de emendas constitucionais – por óbvio, não há que se falar em via formal de reforma constitucional quando por meio de poder constituinte originário, pois nesse caso não há uma reforma, mas uma nova Carta Magna que instituirá uma ordem jurídica nova. Já a modificação pela *via informal* se possibilita mediante a *mutação constitucional*, instrumento que permite a transformação do sentido e alcance de normas da Constituição, sem que haja modificação de seu enunciado normativo (texto). A mutação é possibilitada pela elasticidade ou plasticidade de que são dotadas algumas normas constitucionais.

No mesmo sentido por nós empregado preleciona Gilmar Mendes que “o estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional” (MENDES e BRANCO. 2013, p.134).

De igual forma, preleciona Luís Roberto Barroso que “a mutação constitucional consiste na alteração do significado de determina norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular” (BARROSO. 2011, p.137).

Em vista do que se expressou quanto à norma e sua alteração como fruto da volição humana, interessante conceito acerca de mutação constitucional nos traz Manoel

Jorge e Silva Neto, embasado em Karl Loewenstein, no sentido de que “o Estado é processo. Se o Estado, assim, revela-se convictamente como processo, renovando os seus fins de acordo com os critérios de valoração estabelecidos pelos indivíduos que o compõem, torna-se claro o fato de o seu documento basilar e organizativo estar, de modo contínuo, sujeito a transformações, pois as constituições não são eternas... Quando não ocorre a via formal de modificação constitucional, estamos diante do fenômeno da mutação constitucional” (NETO. 2010, p.24).

Em suma, a mutação constitucional se opera ante uma nova adequação fática ou, ainda, mediante uma nova percepção do direito pelos juristas e tribunais, desde que amparados, em regra, pelo caráter democrático, ou por meio de uma visão de readequação social acerca da questão sobre a qual incide a norma, sendo, pois, um instrumento necessário à Constituição, uma vez que não se pode engessá-la nem tampouco tornar extremamente burocrática alterações que podem ocorrer pela *via informal*.

Notório exemplo de mutação constitucional por meio de nova percepção do direito, não vislumbrada pelo legislador originário, incidiu sobre o inciso XI do art.5º da Carta Magna, modificando o sentido estrito de “casa” para uma concepção mais *lato sensu*, no sentido de que quando o dispositivo normativo faz menção a “casa” quer empregar sentido de residência, local de labor, quartos de hotel ou motel, enfim, qualquer local privado não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade (HC 81.611/STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Desta feita, torna-se de relevante valia trazer à lume os critérios ou características estabelecidos pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal, quando em debate acerca da matéria no julgamento da Reclamação 4.335/AC, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, para que se obtenha uma legítima mutação constitucional, quais sejam: a) informalidade, b) pluralidade de agentes, c) distanciamento no tempo (ou intermitência), d) modificação da norma, e) sujeição a limites.

a) *Informalidade*: como visto, a mutação constitucional ocorre por *via informal*, ou seja, prescinde do processo (ou via) formal de alteração do texto Constitucional previamente previsto (3/5 de aprovação dos membros em ambas as casas, em dois turnos, para que se promova a emenda à Constituição – art.60, §2º).

b) *Pluralidade de Agentes*: alguns doutrinadores, entre eles Manoel Jorge e Silva Neto, apregoam que a mutação constitucional é fruto da interpretação das normas constitucionais e, concomitantemente, dos costumes constitucionais, razão pela qual

a mutação é resultado de uma atuação da sociedade civil, por meio da opinião pública em geral, da atuação de grupos de expressão e das construções jurisprudenciais.

Nós preferimos o que Barroso apontou como “lastro democrático” das mutações, uma vez que não se necessita, em linhas gerais, de uma *atuação plural* para se conflagrar uma mutação, mas sim um teor democrático que lhe concede legitimidade.

c) *Distanciamento no tempo (ou intermitência)*: quanto a este critério não há consenso doutrinário. Segundo Manoel Jorge e Silva Neto “é normal que as mutações constitucionais se sucedam em instantes cronologicamente distintos. As exigências postas pelos destinatários dos comandos constitucionais se alteram em razão de fatores extranormativos, que, por sua vez, são insubmissos a regramento constitucional” (NETO. 2010, p.25).

Em sentido diverso, Konrad Hesse afirma que não se pode adotar como regra geral o fator de intermitência.

Adotando um posicionamento “misto”, Uadi Bulos (BULOS. 2015, p.436) preleciona que as mutações constitucionais ocorrem lentamente e em momentos distanciados no tempo, todavia não está afastada a possibilidade de ocorrerem mutações constitucionais em momentos próximos no tempo, especialmente quando as circunstâncias o exigirem ou, ainda, quando esteja evidente, face à nova percepção, o novo sentido que se deva dar a norma.

Na Reclamação 4.335/AC (STF), o Min. Joaquim Barbosa, seguido pelo Min. Ricardo Lewandowski (vencidos), destacou que “além disso, mesmo que aceitasse a tese da mutação, entendo que seriam necessários dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e o consequente e definitivo desuso do dispositivo”.

Permissa vênia, entendemos conforme o entendimento de Uadi Bulos, no sentido de que não há uma regra geral, ainda que incutida racionalmente, que determine que a mutação constitucional se opere após o decurso de certo prazo. Parece-nos que, se as circunstâncias fáticas convergirem para a utilização do instrumento, ou ainda, se

for flagrante a incompatibilidade do que pretendeu a *mens legis* com o que preveria a figura do “*legislador racional*”³, dar-se-á a mutação constitucional.

d) *Modificação da Norma*: como se disse, a mutação constitucional é a via informal de alteração do sentido do enunciado normativo que se faz sem alteração do texto normativo, ou seja, a literalidade do texto deve permitir chegar à conclusão da viabilidade da mutação constitucional, porque não seria uma mudança caso se rompesse com os limites semânticos do enunciado normativo.

e) *Sujeição a Limites*: as mutações constitucionais não podem, renunciando uma razão de adequação normativa, descambar de modo evidente do sentido primário da *mens legis*, uma vez que há que se observar os próprios limites semânticos do texto, bem como os limites estatuídos pela ordem jurídica em vigor (acima de tudo, pela Constituição). Nesse sentido, ensina Luís Roberto Barroso que “a mutação constitucional tem limites, uma vez que essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. 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 ou afetado; b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição” (BARROSO. 2011, p.128) .

Cunha Ferraz, acerca do conceito e limites da *mutação*, preleciona que “por meio desta se altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. Não é a mutação constitucional um mal em si: depende do alcance e do sentido da mudança. Quando esta, sem ferir a letra da Constituição, respeita sua *ratio* e seus *fins*, então se produz uma saudável aproximação da normatividade à realidade constitucional” (FERRAZ. 2014, p.784)⁴.

³ A ideia do “legislador racional” foge à antiga busca hermenêutica de se distinguir, no processo interpretativo, a *mens legis* da *mens legislatoris*. Assim, segundo ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr., dogmaticamente é preferível buscar perscrutar o que pretendeu, com a inserção da norma (*rectius*: texto normativo), o *legislador racional*, ou seja, cria-se, hermeneuticamente, uma figura fictícia que propicia ao intérprete a visão de que o legislador pretendeu (e pretende sempre) criar um ordenamento jurídico totalmente harmônico normativamente e coeso com a realidade social. Indicamos, então, a obra “Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão e Dominação”, de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, para maiores aprofundamentos, em específico p.243-247.

⁴ Conferir “Mutações, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais”, in “Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional”. Org. Luís Roberto Barroso e Clemerson Merlin Clève. Cap.43. P.784.

O que até aqui se pode concluir, indubitavelmente, é que a mutação constitucional funciona como uma espécie de *poder constituinte difuso*⁵, que opera de modo permanente no sentido de alterar o sentido de normas constitucionais, sendo claramente permitido pela Constituição, tal como o é a interpretação de suas normas.

Isso esclarecido, é intuitivo que vezes há em que do mesmo texto se pode extrair ao menos dois sentidos diversos, sendo que em um deles residia a intenção normativa inicial e no outro se conflagre a intenção normativa que se reputa mais adequada, então, em respeito à norma, e evitando-se o desgaste da elaboração formal, é de melhor proveito que haja um método informal para proceder tais alterações de sentido quando as possibilidades semânticas do texto assim permitem, razão pela qual é a mutação constitucional um relevantíssimo instrumento de produção normativa, de economia do custoso processo legislativo e de reverência à própria coletividade, pois é em respeito aos moldes de adequação social que se procede a alteração de sentido de uma norma.

2. A NATUREZA JURÍDICA DA MUTAÇÃO SE CONSISTE EM SER INSTRUMENTO DE INTERPRETAÇÃO

Evidencia-se, no campo doutrinário, certo dissenso quanto ao fato de ser (ou não ser) a mutação uma forma hermenêutica de interpretação constitucional, ou, ainda, de saber se é tal instrumento uma das formas do costume constitucional ou não, todavia, tendo consciência de que a análise minuciosa é adequada ao tema, cabe também revelar a natureza jurídica daquilo que denominamos mutação constitucional.

A priori, passamos a questão do que vem a ser *natureza jurídica*.

A lição do Prof. Maurício Andreiuolo⁶ parece-nos a de maior precisão, no sentido de que natureza jurídica é o “lugar que o instituto ocupa no ordenamento jurídico, é uma

⁵ Comunga deste entendimento Anna Ferraz, segundo a Jurista das Arcadas “a admissibilidade da mutação constitucional reside, a nosso ver, em dois fundamentos: o primeiro, de ordem jurídica, que vê nesse fenômeno uma espécie inorganizada de Poder Constituinte, o chamado poder constituinte difuso, na feliz expressão de Burdeau” (Conferir obra citada na nota anterior, p.784, *in fine*).

⁶ Vide “Poder Constituinte Supranacional. Este novo personagem”. Na obra indicada, Maurício Andreiuolo conceitua poder constituinte, salientando os aspectos do que seria a modalidade “supranacional” deste, revelando, ainda, a importância da adesão do modelo pelo Brasil. No entanto, embora na obra o autor leccione acerca do que é natureza jurídica, o conceito esboçado tem por fonte

noção topográfica. Trata-se da necessidade de investigar o espaço do instituto dentro do ordenamento jurídico como um todo”. Maria Helena Diniz, com peculiar grau de proficiência, ensina-nos que “natureza jurídica é a afinidade que um instituto tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação – é o conjunto ou essência do analisado” (DINIZ.1998, 337).

Questão de igual relevância é ponderar qual seria a natureza jurídica da própria natureza jurídica, ao que considero ser um instrumento de hermenêutica que tem por fito apontar a posição que determinada matéria (institutos, coisas, pessoas, negócios etc.) ocupa no ordenamento jurídico. Logo, a natureza jurídica é um *ato classificatório* de teor hermenêutico.

Realizados os delineamentos de praxe, questão fulcral reside em saber qual a natureza jurídica da mutação constitucional, ao que entendo conforme o segmento doutrinário, que se alicerça na lição de Georges Burdeau, de classifica-la como um *poder constituinte (derivado reformador) difuso*.

Dito isso, é imperioso assentir que a “reforma da norma” neste aspecto “mutante” deriva das possibilidades constitucionais e, ainda, das possibilidades valorativas e principiológicas da Constituição, além de necessidade de conformação dentro dos limites semânticos do enunciado normativo.

Neste passo, notável que se trata de um poder constituinte, porém derivado *reformador*, uma vez que irá alterar o sentido que se vinha dando à norma, todavia sem modificação do texto, sendo assim, não se exige a via formal (emendas constitucionais, por exemplo), mas apenas a *via informal* – e, também por isso, *difusa* (difuso porque se entende que a alteração de sentido é ensejada por uma readequação social em larga escala ou, ainda, por haver inovadora e abrangente percepção do direito pelos tribunais)⁷.

Adentrando o ponto crucial, e de dissenso na doutrina, é imprescindível ponderar se a mutação constitucional é instrumento de interpretação, ou se é forma de manifestação de costume constitucional – ou nenhuma dessas hipóteses.

aula do Professor em seu “Curso de Direito Tributário”, mantendo-se coerente ao conceito na obra indicada.

⁷ Não se olvidando, certamente, de que apenas o Supremo Tribunal Federal tem a competência para dizer o sentido de uma norma constitucional, uma vez que apenas a Corte Constitucional é *intérprete autêntico* da Constituição, no plano jurídico.

2.1 MUTAÇÃO COMO COSTUME CONSTITUCIONAL

Primeiramente, há que se dizer que não se confunde costume constitucional, silêncio eloquente do legislador e omissão legislativa. Silêncio eloquente do constituinte é quanto o legislador constitucional simplesmente não quis disciplinar determinada matéria nas normas Constitucionais.

Ilustração do silêncio eloquente, no exemplo de Gilmar Mendes, é o contido no art.102, I, a, da Constituição de 1988, que determina como competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais ou estaduais, havendo, então, silêncio eloquente quanto às leis e atos dos municípios. O legislador poderia prever, mas não quis (não se aplica analogia quando constatado o silêncio eloquente).

Omissão legislativa se conflagra quando o legislador constitucional prevê determinada matéria ou situação no texto constitucional, todavia necessita, para a produção de seus efeitos normativos, de intermediação do legislador ordinário para a produção da plenitude de seus efeitos (que se omite) – é o que ocorre com a norma constitucional de eficácia limitada, podendo tal omissão ser sanada por meio de Mandado de Injunção e/ou haver provocação do legislativo por meio dele.

O costume constitucional, por sua vez, tem relevante valor quer no sentido de *integração* nos casos em que houver lacuna na ordem constitucional, quer como fonte auxiliar da *interpretação constitucional*, operando como um elemento de *construção* da interpretação da norma face ao caso concreto (nesse sentido, para aprofundamento, vide Luís Roberto Barroso⁸).

O costume constitucional é método de integração constitucional, no sentido de que os valores costumeiros operam como um dos norteadores do sentido de incidência da norma quando em face ao caso concreto de difícil solução (*hard cases*), valendo-se, em observância obrigatória, também do princípio da *moralidade da constituição*, que estatui seus principais valores – estes extraídos da própria sociedade.

Quanto à sua função integralizadora, esta se evidencia nos casos em que há *lacuna constitucional* (lacuna é a situação fático-normativa que não foi expressamente cogitada pelo legislador), sendo, então, os costumes uma forma subsidiária de implemento à ordem constitucional, uma vez que não se identificou na ordem

⁸ Conferir “Interpretação e Aplicação da Constituição”, 7ª Edição. P.148-150; interessante a leitura, em sentido harmônico, da obra “O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas”, p.130 ss.

jurídica uma norma que poderia aplicar-se para suprir determinada lacuna. Os costumes podem ser *secundum constitutionem* e *praeter constitutionem*, sendo inadmissíveis os costumes constitucionais *contra constitutionem*.

Costumes segundo a Constituição são aqueles que estão em conformidade com seus dispositivos e valores num todo, sendo, portanto, aceitáveis. Os costumes que vão além do texto legal (*praeter legem* ou *praeter constitutionem*, no caso), mas não contrariam a lei, são aqueles em que sob certa circunstância ou em determinada situação agem de forma integradora da lei, mas sem violá-la, exemplo: quando o Poder Executivo não executa determinada lei por detectar nela o eivo da inconstitucionalidade.

Em suma, costume constitucional é a forma subsidiária de interpretar determinados casos ou, ainda, mecanismo de integração da Constituição, quando não se verificar norma constitucional que possa valer-se como analogia.

Isso posto, segundo José Afonso da Silva, “mutação constitucional é o processo não formal de mudança das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas que se detectam por meio da interpretação judicial ou pelo próprio ordenamento jurídico, não se confundindo com poder constituinte” (SILVA. 2013, p.63-64).

Logo, para os defensores da tese de que a mutação constitucional é uma forma de manifestação dos costumes constitucionais, tal instrumento (mutação) só será válido quando em conformidade, na alteração de sentido da norma constitucional, com as tradições e costumes existentes no seio social, sendo detectada necessidade de modificação do sentido normativo pelos tribunais.

Pedimos vênias para divergir de tal posicionamento, uma vez que a mutação constitucional nem sempre se opera em razão das tradições sociais ou, ainda, dos costumes sociais, sendo, por vezes, mera modificação da percepção do direito pelos tribunais o fator que enseja a modificação de sentido normativo, devendo haver apenas lastro democrático, e não ser contra o teor e os valores consagrados nas possibilidades semânticas do texto. Exemplo: a questão da impossibilidade de prisão do depositário infiel, inclusive do depositário judicial, em razão de não se consubstanciar mais com “nosso sistema de direitos e garantias consagrados na Constituição e nos tratados de direitos humanos” (HC 9.772/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

2.2 A INTERPRETAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Prenunciou o Ministro Gilmar Mendes, no HC 82.959/SP (Rel. Min. Marco Aurélio), que um dos temas mais ricos do direito e da moderna teoria do direito constitucional concerne à evolução jurisprudencial e, especialmente, à possível mutação constitucional.

Disso extrai-se que a mutação constitucional é produto, geralmente, dos tribunais, e comumente de uma evolução jurisprudencial acerca da percepção jurídica da norma, somatizada aos novos valores sociais costumeiros ou de índole constitucional (costume constitucional e moralidade da constituição), daí retirando o seu *lastro democrático*. Se norma é o enunciado normativo interpretado, ou seja, se a norma se formula por meio da interpretação de seu texto, então, por óbvio, que a mutação constitucional também tem por via a interpretação, todavia não se confunde mutação constitucional e interpretação.

Tal concepção permite Häberle afirmar que, *lato sensu*, toda lei interpretada – não apenas as chamadas leis temporárias – é uma lei com duração (de sentido e alcance) limitada, ou seja, o texto, confrontado com novas realidades, transforma-se em outro, razão pela qual uma interpretação constitucional (evolutiva ou construtiva, por exemplo) prescinde do conceito de mutação constitucional – eis um dos fatores distintivos.

Interpretar, em linhas gerais, é o *ato hermenêutico* de se estabelecer determinado sentido e alcance de um enunciado normativo que, por tal atividade interpretativa, se transmutará em *norma*. Logo, da mesma forma que uma *norma* não se confunde com a atividade interpretativa, a mutação também não se confunde. Norma é o texto normativo interpretado, sendo a mutação *um sentido hermenêutico* que se apregoa à norma, alterando-a.

Destarte, o *enunciado normativo* em seu caráter subjacente permite duas ou mais vias de interpretação, sendo a primeira que se reputou adequada o fator constitutivo da norma e, quando alterada para dar lugar à outra interpretação possível, torna-se o fator constitutivo da mutação que, após tal guinada, se transmuta na própria norma.

Estabelecida tal premissa, é notável que a *atividade interpretativa* é o *meio* pelo qual se constitui uma norma ou se opera uma mutação constitucional, mas com tal

instrumento não se confunde, sendo assim, o fator constitutivo da mutação é a interpretação, que só se verifica pelas possibilidades semânticas do enunciado normativo – que é o fator possibilitador. Mutação é uma consequência da atividade interpretativa que se possibilita por meio do texto normativo.

Em histórico exemplo de mutação constitucional, citado pelo Min. Gilmar Mendes (HC 82.959/SP), temos a alteração da percepção jurídico-social da Suprema Corte Norte-Americana nos casos *Plessy versus Ferguson* e *Brown versus Board of Education* (1954). No primeiro, a Suprema Corte reconheceu que a separação entre brancos e negros (nos vagões de trem) era legítima, apregoando-se a fórmula “iguais, mas separados”. Essa orientação veio a ser superada no segundo caso, no qual se assentou a incompatibilidade dessa separação aos princípios básicos da igualdade.

Note-se que, no caso apresentado, houve de fato uma mutação constitucional e não mera interpretação (normativa, evolutiva ou construtiva). Diz-se operada a mutação em razão da guinada de posicionamento acerca do que seria “igualdade”, mas analisando o direito por si só, daí que se evidencia a alteração radical do sentido de igualdade (característica necessária da mutação).

Observe-se, no entanto, que nem toda atividade interpretativa é mutação, mas toda mutação se opera por meio de atividade interpretativa. Não se confunde mutação constitucional com interpretação evolutiva nem tampouco com interpretação construtiva, por exemplo. A *interpretação construtiva*, salienta Luís Roberto Barroso (2011, p.130-131), consiste na ampliação do sentido ou do alcance da Constituição para o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa (adotar o sentido de *família* para os uniões homoafetivas). Já a *interpretação evolutiva* se traduz na aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional, exemplo: proibição de violação de *perfil* nas redes sociais em processo penal (sem autorização judicial). Em suma, a distinção básica é a de que na construtiva a situação poderia ter sido prevista, mas não o foi; já na evolutiva, não havia tal possibilidade de previsão pelo legislador constitucional.

Conquanto que, na mutação constitucional, preleciona Luís Roberto Barroso (2011, p.130-131), haverá mudança *firme* no sentido da norma, ou seja, a atividade

interpretativa não terá por fito, na mutação constitucional, a mera integração, extensão ou redução de sentido ou alcance da norma, mas uma guinada ou alteração firme de sentido. A mutação não implementa, mas modifica contundentemente o sentido normativo. Logo, se houve apenas uma adição ou redução de sentido, então não há que se falar em mutação.

Por fim, salientamos que a mutação constitucional deve ser *endogenética*, ou seja, aquele que sofre uma “metamorfose” no âmbito de seu sentido interno, não podendo ser *exogenética*, ou seja, aquela mudança radical no próprio sentido da norma conflitando com sua estrutura interna (possibilidade semântica do texto e seus valores consagrados).

2.3 MUTAÇÃO COMO PODER CONSTITUINTE DIFUSO E SENTIDO HERMENÊUTICO

A natureza jurídica da mutação constitucional, como dito alhures, consagra-a como *poder constituinte difuso*, na dicção de Burdeau. Todavia, para que haja possibilidade de se operar a mutação constitucional (*fator possibilitador*) há que se verificar alguns requisitos: a) lastro democrático; b) possibilidades semânticas do texto; c) possibilidade de alteração do sentido conforme os valores constitucionais em vigor.

Quando presentes tais possibilidades tanto no novo sentido que se quer dar ao texto quanto no texto normativo, então diz-se que há um *sentido hermenêutico possibilitador* presente na nova visão, ou seja, existe, na dicção da alteração e no texto normativo, uma possibilidade de interpretação naquele sentido. A interpretação, nesse caso, é o *fator constitutivo*, vale reiterar. De modo mais claro:

- a) Fator possibilitador: requisitos de legitimidade da mutação constitucional;
- b) Fator constitutivo: é a via pela qual se constrói a mutação constitucional, que é a interpretação (instrumento de mutação) e/ou por via dos costumes constitucionais.
- c) Sentido hermenêutico: o texto normativo deve comportar no mínimo duas possibilidades legítimas de interpretação, sendo uma a que “vige” (norma) e a outra a que se quer dar ao texto, ou seja, a interpretação que irá alterar o sentido da norma (mutação).

d) Poder Constituinte Difuso: é a natureza da mutação constitucional, ou seja, como consequência da mutação, e por via informal, alterou-se o sentido de uma norma constitucional – modificando, sem alteração do texto, a Carta Magna.

A mutação constitucional é uma mescla da reforma constitucional (poder constituinte difuso) com a interpretação, tendo por peculiaridade o fator de alterar de forma contundente o sentido de uma norma constitucional, justificando sua natureza jurídica e distinguindo-a da mera interpretação.

3. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA ATUAÇÃO DO LEGISLADOR

Os homens não são para as leis, mas são as leis que servem em proveito dos homens, disse-nos Ministro Marco Aurélio de Mello.

A lei, via de regra, é produto do Poder Legislativo, todavia, como sabido e consabido, comumente, a interpretação das leis é a atividade precípua do Poder Judiciário, e tem o seu ápice no Supremo Tribunal Federal, a cúpula da adjudicatura que não apenas diz o direito, mas guarda a Constituição – e sobre ela mantém perene vigília.

Como dito na abertura do texto, o sentido e alcance da norma, ou a própria lei, é permanente até que se retire do estado de latência a nova percepção humana (que é mutável) acerca do fato sobre o qual recai a norma, sendo assim, vezes há em que um tribunal interpreta o enunciado normativo criando uma norma (como dito e redito), e, quando altera contundentemente o sentido desta norma, opera-se uma mutação constitucional – que poderá dar-se pelo próprio poder legislativo, segundo posição sustentada por parte da doutrina.

Ensina Luís Roberto Barroso que “haverá mutação constitucional por via legislativa quando procurar-se *modificar a interpretação* que havia sido dada a alguma norma constitucional. É possível conceber que, ensejando tal norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercitando o papel que lhe é próprio, de realizar escolhas políticas” (BARROSO. 2011, p.133), *verbi gratia*: suponha-se que o Supremo Tribunal Federal tenha dado ao art.226,§3º da CRFB/88 – proteção e reconhecimento do Estado às relações de união estável entre homem e mulher – uma interpretação construtiva, com base em seus valores, estendendo os efeitos de reconhecimento e proteção aos casais homoafetivos em união estável (interpretação

da norma pelo STF, suponha-se); isso posto, agora conjecturemos que o Congresso Nacional edite lei específica, ou até mesmo uma emenda constitucional, dizendo que a proteção a que se refere o §3º do art.226 da Carta Magna de 88 não abrange as relações homoafetivas em união estável, nesse caso, haverá uma mutação constitucional sob o prisma interpretativo que se vinha dando à norma.

Diz-se que há uma mutação constitucional (mesmo havendo alteração do texto ou edição de um texto normativo específico) apenas em razão da desconstituição do entendimento que se havia consolidado acerca do texto normativo anterior.

Em continuidade, a preleção de Luís Roberto Barroso é no sentido de que “a mera edição de normas de desenvolvimento ou complementação do texto constitucional, ainda quando inovem de maneira substancial na ordem jurídica, não caracterizará, de ordinário, mutação constitucional” (2011, p.133-134), uma vez que a ideia de mutação constitucional pela atuação legislativa se verifica quando, com a intenção de corrigir a interpretação dos tribunais, o legislador altera um texto normativo (ou cria uma lei, ou emenda a constituição etc.) vindo a modificar de forma contundente o entendimento que se vinha dando ao texto precedente.

Em que pese o brilhantismo dos expoentes⁹ de tal posição, não se pode dizer que a edição de uma lei, que altera um texto normativo, ou lhe acresce algum dispositivo (parágrafo, inciso, alínea), possa ser reconhecida como “mutação de uma norma”.

Dir-se-á, como exposto, que quis o legislador interpretar (ou informar) o real sentido da *mens legis*, ou que houve mera correção deste sentido interpretativo, ou outro discurso nesta vertente se fará. Entretanto, há pelo menos quatro falhas que tornam tal posicionamento equivocado: a) ao legislador compete legislar (o que parece tautológico dizer), não lhe compete interpretar. Assim, se o Tribunal criou norma que destoa da real intenção legislativa, um novo processo legislativo de criação de normas se fará, no que redundará o acréscimo do enunciado normativo, ou sua supressão ou, ainda, sobrevirá novos dispositivos para lhe esclarecerem o sentido.;

⁹ Anna C. da Cunha Ferraz sublinha que “a complementação legislativa da Constituição é fenômeno que não pode ser ignorado, qualquer que seja o tipo de Constituição adotado. (...). A interpretação constitucional legislativa apresenta certas características, dentro das quais releva registrar: é mutável, no sentido de que normas de igual natureza, complementando e interpretando a Constituição sempre poderão ser editadas e modificadas, modificando-se, em consequência, a interpretação constitucional anterior dada à norma constitucional; e não é definitiva. O caráter da definitividade da interpretação constitucional legislativa só existe onde a atividade legislativa de aplicação constitucional não pode ser contrastada por qualquer órgão ou poder, vale dizer, onde não existe controle de constitucionalidade jurisdicional das leis”, in Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, org. Luís Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève, p. 788.

b) Não cabe ao Legislador interpretar a Constituição, mas sim ao Supremo Tribunal Federal, de modo que mesmo as normas mais evidentes (ou claras) não prescindem de atividade interpretativa (ainda que meramente gramatical); c) não há mutação se houver alteração do texto normativo, uma vez que o que se altera é a *norma*, e apenas aos Tribunais compete tipicamente *dizer o direito*; d) O Supremo Tribunal Federal não está obrigado, *ad aeternum*, a ater-se às intenções do legislador, eis que deve interpretar a Constituição de modo sistêmico, uno e de modo coerente com suas regras, princípios e valores.

Assim, citamos o referido posicionamento – de possibilidade de mutação pela atividade do legislador – apenas com o fito de alongar o debate, além de melhor explorar o tema em questão, muito embora não se concorde com suas conclusões.

4. REFERENCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 6ª Edição atualizada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Consulta em 13 de Maio do ano de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº4.335/AC**. Acórdão. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/Acre. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 20 de Março do ano de 2014. Disponível para consulta integral do Acórdão em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Visto em 14 de Maio do ano de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº82.959/SP**. Acórdão. Paciente: Oseas de Campos. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 23 de Fevereiro do ano de 2006. Disponível para consulta integral do Acórdão em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Visto em 14 de Maio do ano de 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. Volume I. 30ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. **Dicionário Jurídico**. Volume III. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais**. In: Clémerson Merlin Cléve e Luís Roberto Barroso. (Org.). **Direito Constitucional Doutrinas Essenciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 765-794.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 8ª Edição. São Paulo: Editora ATLAS, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. **Poder Constituinte Supranacional: Esse novo personagem**. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011.