

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

BRUNA CAROLINE DE OLIVEIRA BORGES

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E OS EXCESSOS DO STF: O ATIVISMO
JUDICIAL**

**CURITIBA
2016**

BRUNA CAROLINE DE OLIVEIRA BORGES

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E OS EXCESSOS DO STF: O ATIVISMO
JUDICIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Professora Doutora Cibele Fernandes Dias.

**CURITIBA
2016**

TERMO DE APROVAÇÃO

BRUNA CAROLINE DE OLIVEIRA BORGES

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E OS EXCESSOS DO STF: O ATIVISMO JUDICIAL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2016.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. PODER CONSTITUINTE.....	9
2.1 Poder constituinte originário.....	11
2.1.1. Características do Poder Constituinte Originário.....	13
2.1.2. Instrumentos de exercício do Poder Constituinte Originário.....	16
2.2 Poder Constituinte Derivado.....	17
2.2.1. Poder Constituinte Derivado Reformador.....	18
2.2.2. Poder Constituinte Derivado Decorrente.....	19
2.3 Poder Constituinte Difuso.....	21
2.4 Poder Constituinte Supranacional.....	21
3. FORMAS DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	24
3.1 Rigidez e mutabilidade da Constituição Federal.....	27
4. TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	31
4.1 Conceitos e noções sobre mutação constitucional.....	31
4.2 Características da mutação constitucional.....	34
4.3 Limites da mutação constitucional.....	35
4.4 Espécies de mutação constitucional.....	39
4.4.1 Mutação constitucional por meio da interpreta�o.....	39
4.4.2 Mutação constitucional por meio do costume.....	43
5. ATIVISMO JUDICIAL.....	46
5.1 Conceito geral de ativismo judicial.....	46
5.2 O ativismo judicial no direito constitucional brasileiro.....	51
5.3 Mutação inconstitucional como consequência do ativismo judicial.....	56
5.4 Análise jurisprudencial.....	61
6. CONCLUSÃO.....	65

RESUMO

O presente estudo versa sobre a ocorrência da mutação constitucional no direito brasileiro, mais especificamente sobre as consequências quando se extrapola os limites impostos pela própria Constituição Federal, resultando no fenômeno do ativismo judicial. Em princípio é realizado um estudo sobre o papel do Poder constituinte originário e derivado para que ocorra melhor compreensão do tema. Posteriormente faz-se um estudo sobre as formas de alterações da Constituição Federal, analisando os limites do poder de reforma, a rigidez e a mutabilidade da Constituição e como ocorre a revisão e emenda constitucional. Adentrando efetivamente no tema, faz-se um estudo sobre a mutação constitucional propriamente dita, destacando suas características, limitações e espécies, restando demonstrado também a necessidade de que a Constituição seja adaptada à realidade social, pois caso contrário estaríamos diante de um texto morto. Finalmente adentrou-se no estudo do ativismo judicial, sendo realizada uma análise conceitual, onde foi destacado suas características e duas decisões do Supremo Tribunal Federal, que demonstrou a ocorrência do ativismo judicial. Foi realizado ainda um estudo sobre a mutação inconstitucional e suas consequências para o ordenamento jurídico e para a sociedade.

Palavras-Chave: Constituição. Mutação constitucional e inconstitucional. Interpretação. Supremo Tribunal Federal. Ativismo judicial.

ABSTRACT

This study deals with the occurrence of the constitutional mutation in Brazilian law, specifically on the consequences when it goes beyond the limits imposed by the Federal Constitution, resulting in the phenomenon of judicial activism. In principle, it is a study on the role of the Originating Constituent Power and derivative to occur better understanding of the subject. Later, it is a study on ways to change the Constitution, analyzing the limits of power reform, the rigidity and the mutability of the Constitution and as is the review and constitutional amendment. Entering effectively on the subject, it is a study of the constitutional mutation itself, highlighting its characteristics, limitations and species, leaving also demonstrated the need for the Constitution to be adapting to social reality, because otherwise we would be facing a dead text. Finally entered in the study of judicial activism, a conceptual analysis being carried out, highlighting their characteristics and two decisions of the Supreme Court, which remained demonstrated the occurrence of Judicial Activism. It was also a study on the unconstitutional change and its consequences for the legal system and society.

Keywords: Constitution. constitutional and unconstitutional Mutation. Interpretation. Federal Court of Justice. Judicial activism.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, ora configurada como um organismo vivo, possui uma estrutura dinâmica a qual deve estar em constante desenvolvimento progressivo para que seja capaz de acompanhar a evolução da sociedade. Uma forma de a Constituição Federal tentar acompanhar a mudança da sociedade ocorre por meio da mutação, a qual sempre esteve presente no ordenamento jurídico, contudo com pouca visibilidade entre nossos doutrinadores.

A metodologia do trabalho se deu com pesquisas bibliográficas na matéria do direito constitucional, com análise de doutrinas, legislação, fatores históricos e outras monográficas realizadas na área.

O objetivo geral do presente trabalho é estudar o fenômeno da mutação constitucional, qual seja a alteração do entendimento da norma sem que haja uma mudança expressa, e mais especificamente quando o Poder Judiciária extrapola os limites imposto pela própria norma constitucional, incidindo em uma mutação inconstitucional por meio do ativismo judicial.

Veremos que a mutação constitucional ocorre quando há uma mudança no significado da norma, afetando seu alcance e sentido, contudo somente pode ocorrer dentro de certas limitações impostas pela própria natureza da norma, pois caso contrário, estaremos diante de uma mutação inconstitucional.

A mutação constitucional é a mudança da norma constitucional de maneira informal, pois não ocorre uma mudança em seu texto. Deve ocorrer no momento em que a norma entra em desacordo com a realidade social, ou seja, quando a norma não é mais capaz de abarcar os acontecimentos do seio social. Ocorre que com o passar do tempo e a evolução da sociedade verifica-se uma discrepância da norma com as reais circunstâncias.

Outrossim, analisaremos de uma forma mais delimitada a ocorrência do ativismo judicial. O ativismo judicial é classificado de diversas formas por alguns Países, ora com uma conotação positiva, ora com uma conotação negativa. No Brasil, o conceito é usado para identificar a ocorrência de uma extrapolação dos limites impostos ao Poder Judiciário no exercício da sua função interpretativa, legislando ao invés de aplicar a Constituição nos limites impostos pela própria, diante seus princípios e normas.

Como veremos, o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto na ADPF n. 54, qual votou contra a autorização de aborto em caso de feto anencefálico, asseverou que “Não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovação no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos”.

A Constituição não pretende ser imutável, apesar de ser classificada como rígida pela doutrina. A mutação constitucional é um importante instrumento de atualização das normas constitucionais, quando, contudo, não for necessário que a norma seja alterada formalmente por meio de emendas constitucionais.

Será realizado um estudo sobre o poder constituinte para que se possa ter uma melhor compreensão do tema; posteriormente veremos quais os meios formais de alteração da constituição destacando suas possibilidades e limites; chegando então ao estudo do tema mutação constitucional, onde estudaremos todas suas características, limites, conceitos, noções gerais, formas, e etc.; analisaremos também a ocorrência da mutação inconstitucional e finalmente estudaremos o fenômeno do ativismo judicial, momento em que será analisado como nasceu, seus diversos conceitos, características, e decisões que incorreram nessa prática.

Temos como objetivos específicos do trabalho analisar as consequências para a sociedade das alterações da constituição por meio do instituto da mutação constitucional e a ocorrência da mutação inconstitucional pela prática do ativismo.

2. PODER CONSTITUINTE

O surgimento da ideia de um Poder que estabelece a Constituição se origina na Antiguidade, mas somente no século XVIII é associada a Constituição escrita.¹

A teoria do poder constituinte se trata de uma teoria de legitimidade do poder, a qual surgiu no momento em que uma nova forma de poder, baseada em conceitos de soberania nacional e soberania popular, aparece.² Com o surgimento das Constituições Americana, em 1787 e a Francesa, em 1791, nasceu também o Poder originário, o qual seria ilimitado e autônomo.³

Contudo, como mencionado, antes mesmo do surgimento da TEORIA do poder constituinte, já existia o PODER COSTITUINTE, pois, nunca deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização.⁴

Quem mais se aproximou da ideia do poder constituinte na antiguidade foi ROSSEAU. Em sua doutrina contratualista estabeleceu que o contrato social estrutura a sociedade a partir do comando da vontade geral, assim o governo legítimo é o governo democrático. Dizia que o contrato social se consistiria em todos os homens colocarem todos os seus direitos ao dispor da vontade geral.⁵

A ideia de poder constituinte como um poder capaz de criar a Constituição, é elaboração da teoria constitucional francesa e norte-americana do período revolucionário do século XVIII. No que pese a revolução liberal tenha se dado na Inglaterra no século XVII, a ideia não se desenvolveu lá, tendo o constitucionalismo se fundando em outras bases, quais conjugavam liberalismo com respeito às tradições políticas.⁶

¹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Constituinte. 5ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2007. p. 3.

²BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28ª Edição: São Paulo. Editores Malheiros. 2013. p. 145.

³DIAS, Cibele Fernandes. Decisões Intermédias e Mutação na Justiça Constitucional. Belo Horizonte: Editora Arraes. 2012. P. 7.

⁴BONAVIDES, Curso de Direito, op. cit, p. 148.

⁵FERREIRA FILHO, O Poder..., op. cit.

⁶DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Direito Constitucional Teoria, história e método de trabalho. 1ª reimpressão: Belo Horizonte. Editora Fórum. 2013.

A versão mais conhecida do conceito do poder constituinte foi formulada por Emmanuel Sieyès, o qual “trouxe contornos que até hoje representam a ortodoxia no assunto”.⁷

SIÈVES desenvolveu a doutrina da Nação como titular do Poder constituinte. Na visão dele o Poder constituinte é soberano e inaugural, juridicamente incondicionado e instituidor da organização política do Estado.⁸

(...) é ele que, “explica, em qualquer momento, uma perene possibilidade de auto-organização do Estado, poder que nunca desaparece, mas que fica latente – qual 'vulcão adormecido' – em momentos não constituintes (de 'não atividade vulcânica'), sendo a partir dele que todos os outros poderes derivam.”⁹

“O douto Alexandre de Moraes aduz que o Poder Constituinte é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, e juridicamente organizado” (MORAES, 2006, p. 21).

O Poder constituinte pode ser conceituado como o poder de fixar um novo ordenamento jurídico, por meio de uma nova Constituição ou de alterações realizadas na própria Constituição vigente, mais especificamente, pode-se dizer que o Estado é uma sociedade que esta juridicamente organizada, com fins políticos; comerciais; recreativos. Sendo o direito quem as estrutura a qual está materializada na Constituição.

BULOS (apud TEMER, 2010, p. 102.) conceitua Poder constituinte como “(...) manifestação soberana da vontade de um ou alguns indivíduos capazes de fazer nascer um núcleo social”.

BULOS (2010, p.101) preleciona que “Poder Constituinte é a potência responsável pela criação, reforma e mutação das constituições. Numa palavra, é a energia vital da ordem jurídica. ”

Conforme aponta a doutrina moderna, a titularidade do Poder Constituinte é do povo. A própria Constituição Federal de 1988 no parágrafo único do art.1º traz

⁷DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional Teoria, história e método de trabalho*. 1ª reimpressão: Belo Horizonte. Editora Fórum. 2013.

⁸DIAS, Cibele Fernandes. *Decisões Intermédias e Mutação na Justiça Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Arraes. 2012.

⁹DIAS, *Decisões...* op. cit., apud GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional*. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2005. p. 626.

“Todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou direta ou indiretamente, nos termos desta Constituição”.

Contudo, não se pode confundir titularidade com exercício do poder. A titularidade é do povo enquanto o exercício desse poder cabível a outro ente. Esse exercício pode dar-se diversas formas: a) pela eleição de representantes populares que integram “uma Assembleia Constituinte”; b) pela revolução, quando um grupo exerce aquele poder sem manifestação direta do agrupamento humano. Porém, tal distinção é meramente didática, posto que, o conceito de “povo” só é apurável por meio de uma ordem jurídica.

O Poder Constituinte é dividido em Poder constituinte originário (conhecido também como inicial, inaugural, genuíno ou de 1º grau), Poder constituinte derivado (denominado também como instituído, constituído, secundário, de segundo grau e remanescente), sendo que o Poder constituinte derivado é subdividido em reformador e decorrente, Poder constituinte difuso e Poder constituinte supranacional.

Passa-se então para a análise dessas subdivisões.

2.1. Poder constituinte originário.

O Poder constituinte originário, também conhecido como inicial, inaugural, genuíno ou de 1º grau é aquele que cria uma nova Constituição em um Estado ou cria a primeira Constituição de um Estado. Seu principal objetivo é fazer um novo Estado, diferente do que vigorava antes. (LENZA, p. 185, 2012)

Em uma interessante explanação, TEMER (apud LENZA, 2013, p. 167) afirma:

Ressalte-se a ideia de 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 1891, ou de 1824. Historicamente é o 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 Dec. n. 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 a 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 novo Estado.

Para que o Poder constituinte originário seja legítimo, deve haver uma congruência entre a vontade do povo (material) e a vontade da assembleia constituinte (formal).

Para FACHIN, “o poder constituinte originário está localizado fora do Direito e precede o Estado e a Constituição, os quais, tanto aquele quanto esta, são criados por ele”.

Cláudio Pereira de SOUZA NETO e Daniel SARMENTO, prelecionam que o poder constituinte “trata-se do poder de criar a Constituição e de fundar ou refundar o Estado e a ordem jurídica”.¹⁰

O poder constituinte originário não se prende a limites formais, tendo em vista que é essencialmente político, ou extrajurídico.¹¹

Sobre a natureza jurídica do poder constituinte originário, há duas teses que explicam o tema, a jusnaturalista e a juspositivista.

Conforme a primeira tese, o poder constituinte originário é um poder de direito, o qual tem como fundamento o Direito natural, que é anterior e superior ao Direito do Estado.¹² Cibele FERNANDES DIAS, diz que “anterior ao próprio direito positivo, existe o direito natural, que não é posto pelo Estado, mas pressuposto”.¹³

Já a tese juspositivista acredita que o poder constituinte originário é um poder de fato, o qual se vincula à realidade concreta da vida social em determinado espaço territorial. Sob esse prisma, dizer que se trata de um poder de fato se equivale a dizer que é um poder político.¹⁴ Cibele FERNANDES DIAS sustenta que “(...) é uma força social ou energia política que cria uma ordem jurídica a partir de uma Constituição, podendo para tanto destruir o regime constitucional anterior, tudo segundo a vontade soberana”.¹⁵

O poder constituinte originário é subdividido em histórico e revolucionário. Histórico porque é aquele verdadeiramente originário, estruturando o Estado pela primeira vez, fazendo assim com que seja criado o Estado.

¹⁰DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Direito Constitucional Teoria, história e método de trabalho. 1ª reimpressão: Belo Horizonte. Editora Fórum. 2013. p.241.

¹¹BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28ª Edição: São Paulo. Editores Malheiros. 2013. p. 152.

¹²FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 7ª Edição: Rio de Janeiro. 2015. p. 49.

¹³DIAS, Cibele Fernandes. Decisões Intermédias e Mutação na Justiça Constitucional. Belo Horizonte: Editora Arraes. 2012. p. 13.

¹⁴FACHIN, Curso de Direito..., op. cit. p. 49.

¹⁵DIAS, Cibele Fernandes. Decisões Intermédias e Mutação na Justiça Constitucional. Belo Horizonte: Editora Arraes. 2012. p. 13.

Já o revolucionário é aquele que posterior à estruturação originária, criando assim um novo Estado, ou seja, ele rompe a antiga e existente ordem jurídica de forma integral, instaurando uma nova.

Sobre o tema Zulmar FACHIN, em seu magistério assevera que “ O poder constituinte originário cria o Estado. Pode fazer isso a partir do *nada*, quando cria o Estado e lhe dá a *primeira* Constituição, ou a partir de uma *ruptura* da ordem jurídica existente, quando estabelece um *novo* tipo de Estado e lhe dá uma *nova* Constituição, substituindo a anterior.”¹⁶

2.1.1 Características do Poder constituinte originário

Alguns doutrinadores caracterizam o poder constituinte como: inicial, autônomo, incondicionado, ilimitado, instantâneo.

Inicial porque instaura uma nova ordem jurídica, rompendo totalmente com a ordem jurídica anterior. (LENZA) Ou seja, antecede e origina a ordem jurídica do Estado, que somente passa a existir com o advento da constituição que ele criou. Vem de então sua natureza pré-jurídica, porque o ordenamento começa a partir dele, e não antes de seu exercício.

Nessa ótica, assevera Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO que é o poder constituinte que “(...) funda a ordem jurídica, instituindo a sua base, a Constituição. Assim, sua força não provém do direito anterior, mas se afirma por autoridade própria.”

A esse respeito, o douto Michel TEMER (2001, p. 33) assevera que:

Como todo movimento inaugural, não há limitação à sua atividade. Materialmente, o constituinte estabelecerá a preceituação que entender mais adequada; criará Estado Unitário ou Federado; estabelecerá forma republicana ou monárquica de governo; fixará sistema de governo, parlamentar, presidencialista ou diretorial; dirá como se distribui o exercício do poder, descreverá e assegurará, ou não, direitos reputados individuais. Enfim, criará o Estado mediante atuação ilimitada do poder. Quanto à forma de produção constituinte, os exercentes do poder, seja pela via revolucionária (quando a forma de atuação jamais vem a público), seja pela via de Assembleia, é que estabelece tal procedimento.

Ainda nesse contexto Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (apud Hans Kelsen, p. 228) observa:

“Toda a ordem jurídica, portanto, deve ser concebida como procedente da Constituição. Isto importa logicamente na perda da eficácia de ordem jurídica

¹⁶FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 7ª Edição: Rio de Janeiro. 2015.

anterior, eventualmente existente. Esta, porém, pode ser objeto de *recepção* pela (nova) Constituição, desde que compatível com esta, voltando a ter eficácia. Mas sua força tem de ser considerada como fruto da Constituição que a recebe. Conseqüentemente, todas as normas de uma ordem jurídica anterior que não são compatíveis com a nova Constituição perdem com a vigência desta a sua eficácia e não a recobram.”

Sua autonomia se dá pelo fato de sua estrutura ser determinada de forma autonomamente por quem exerce o poder constituinte originário (LENZA). Não se vincula a nada na realização de suas normas, ou seja, não é necessário outro documento anterior para se ter um embasamento.

É incondicionado e soberano na tomada de suas decisões, pelo fato de o poder constituinte originário não ter que se submeter a nenhuma forma de manifestação já fixada anteriormente.

Zulmar FACHIN, define a incondicionalidade da seguinte maneira:

A incondicionalidade refere-se ao procedimento. O poder constituinte cria as regras de acordo com as quais, em seguida, irá trabalhar. Ele não está condicionado a nenhuma regra jurídica preexistente, podendo expressar-se por meio da forma que escolher. Cria suas próprias regras (regimento interno), as quais irá observar para elaborar a Constituição (a primeira ou uma nova). Criadas as regras, ele passa a atuar balizado por elas para elaborar a Constituição. É incondicionado, assim, porque não precisa observar as regras jurídicas que existem e regulam o nascimento de normas infraconstitucionais ou de normas constitucionais de reforma.¹⁷

Uadi Lammêgo BULOS (2010, p. 102) conceitua as características de forma separadamente, para o autor o poder soberano e o poder incondicional são, respectivamente:

Mais do que um poder autônomo, é autossuficiente. Haure sua força de si mesmo, não se vinculando a prescrição jurídico-positivas para embasá-la. Não constitui um dado interno no mundo do Direito, pois não é um fato jurídico. Logo, não tem como referencial atos normativos; estes é que lhe tomam por parâmetro, pois, para serem válidos, devem conformar-se à sua obra-prima: a constituição do Estado; Como potência que atua no período de elaboração constitucional, o poder constituinte originário é a forma de todas as formas, antecedendo a todas as criações do legislador ordinário. Não encontra condicionamentos ao seu exercício. É juridicamente ilimitado e livre de toda e qualquer formalidade;

É ilimitado juridicamente, no sentido de que não precisa respeitar os limites postos pelo direito anterior. Esse caráter ilimitado do poder constituinte originário faz com que, entre nós, não seja juridicamente possível fiscalizar a validade de sua obra, ou seja, não é juridicamente possível ao Judiciário fiscalizar a validade das normas

¹⁷FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 7ª Edição: Rio de Janeiro. 2015. pg. 54.

inseridas na Constituição, no momento de sua elaboração, pelo poder constituinte originário.

Zulmar FACHIN entende que o poder constituinte “(...) é livre para escolher os valores que pretende assegurar na Constituição.”. Diz ainda que “(...) por ser ilimitado, não fica submetido à Constituição que edita. Ao contrário, poderá substituí-la, quando entender necessário”¹⁸

Há entendimento, contudo, que, quando da atuação do poder constituinte originário, existe algumas regras de convivência já preestabelecidas. Nesse sentido, na lição de Marcelo ALEXANDRINO (2011, p. 85):

Alguns constitucionalistas fazem a ressalva de que o poder constituinte originário deve ser visto como ilimitado e incondicionado somente no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, porque, no plano externo, não estaria legitimado a violar regras mínimas de convivência com outros Estados soberanos, estabelecidas no Direito Internacional. O Direito Internacional funcionaria, pois, como uma limitação ao poder constituinte originário, visto que seria juridicamente inaceitável, contemporaneamente, por exemplo, a elaboração de uma Constituição que contivesse normas frontalmente contrárias às regras internacionais de proteção aos direitos humanos.

Além dos princípios de direito internacional, já citados, CANOTILHO apud Vicente PAULO (2011, p. 85) anota que “o poder constituinte originário deve obediência, também, a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como “vontade do povo””.

No que se refere a essas ressalvas, no Brasil predomina a doutrina positivista, segundo a qual não existem limites à atuação do poder constituinte originário. Com isso pode-se dizer que, teoricamente, em nosso País, o poder constituinte originário é ilimitado em sua função de iniciar uma nova ordem jurídica do novo Estado, não devendo respeitar direito internacional nem considerações de direito natural entre outras.

Na visão de BULOS (2010, p. 102) é caracterizado também como instantâneo, porque, depois de elaborada a Constituição, a potência cessa instantaneamente, deixando a sua obra pronta até o dia em que o pulsar dos acontecimentos exija mudanças no texto originário da Constituição. Nesse sentido, a competência para reformar a Constituição é acionada, quando então o poder constituinte volta, mas por meio do poder constituinte secundário.

¹⁸FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 7ª Edição: Rio de Janeiro. 2015. pg. 55.

Nesse viés, o íclito constitucionalista Pedro LENZA (2013, p. 168) assevera sobre tal característica de forma diversa, caracterizando, assim, o poder constituinte originário como permanente, ou seja, não se esgotando com a edição de uma nova Constituição, sobrevivendo a ela e fora dela como expressão da liberdade humana, em verdadeira ideia de subsistência.

No mesmo sentido MORAIS (2006, p. 23) entende que “o poder constituinte originário é permanente, pois não desaparece com a realização da sua obra, ou seja, com a elaboração de uma nova Constituição.

Com o mesmo pensamento Vicente PAULO (2011, p. 84) anota que “o poder constituinte é permanente, pois não se esgota no momento do seu exercício, isto é, na elaboração da Constituição. Ele subsiste fora da Constituição e está apto para manifestar-se novamente a qualquer tempo, quando convocado pelo povo”.

Sintetizando todas essas características, CANOTILHO apud MORAIS (2006, p. 23) aduz que

O poder constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder inicial, autônomo e onnipotente. É inicial porque não existe, nem de fato e nem de direito, qualquer outro poder. É ele que se situa, por excelência, a vontade do soberano (instância jurídico - política dotada de autoridade suprema). É um poder autônomo: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve ‘dar-se’ uma Constituição à Nação. É o poder onnipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo.

2.1.2 Instrumentos de exercício do Poder constituinte originário

São instrumentos ou formas pelos quais o poder constituinte originário exerce seu poder:

- (a) Assembleia nacional constituinte ou convenção constituinte - onde os representantes eleitos pelo povo elaboraram a constituição, ou seja, nasce então da deliberação da representação popular. Pode-se usar como exemplo as Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1988, as quais nasceram por meio de assembleias constituintes;
- (b) Outorga - caracterizada pela declaração unilateral de agentes revolucionários, como os autocratas, ditadores e déspotas, onde estes exercitam o poder constituinte originário por meio de atos institucionais, estatutos, impondo de maneira unilateral suas vontades. Em tal modalidade não existe o debate democrático, bem como a participação dos governados, do povo. Exemplos: Constituição brasileiras de 1824, 1937 e 1967.
- (c) Segundo Vicente PAULO (2011, p. 81) “Temos, nesse caso, o que a doutrina chama de poder constituinte usurpador”;
- (d) Aclamação – ocorre quando a multidão se reúne e decide o que deve constar, ou não, no texto maior, como exemplo pode-se citar a Constituição das Cidades-Estado gregas do século V;

- (e) Referendo popular – nesta a Assembleia Constituinte submete aos eleitores um projeto de constituição para que, mediante voto, seja aprovado ou reprovado. Como exemplo: Carta francesa de 1946, onde o primeiro projeto foi rejeitado pelo eleitorado;
- (f) Participação mista – ocorre quando a participação popular e a outorga são combinadas, ou seja, os detentores do poder celebram pactos ou acordos com os representantes da assembleia eleita pelo povo. Exemplo: Constituição francesa de 1830 e, Ato revolucionário – onde um grupo de pessoas, infelizes com o sistema, chegam a conclusão que as vias normais de elaboração e reforma das constituições não funcionam. Onde se revoltam contra a ideia de Direito prevaiente, e pela força, ou por derramamento de sangue, exercitam o poder constituinte originário, implantando assim, uma nova ordem jurídica. Exemplo: Constituição francesa de 1848.

Convém mencionar que tais modalidades de exercício do poder constituinte são relativas, porque, conforme menciona BULOS (2010, p. 105) “(...)Inexistem equações matemáticas nesse setor”. O poder constituinte originário não tem uma forma prefixada para se manifestar, trazendo assim essa relatividade do poder constituinte originário quanto ao instrumento de exercício do poder.

Passa-se, agora, ao estudo do poder constituinte derivado.

2.2.Poder constituinte derivado

O Poder Constituinte derivado, também conhecido como instituído, constituído, secundário ou de segundo grau, é o poder de alterar a Constituição Federal bem como de elaborar as Constituições Estaduais.

Esse poder é criado pelo Poder constituinte originário, como o próprio nome já sugere, e está previsto e regulamentado na própria Constituição. É passível de controle de constitucionalidade pelo fato de ser derivado e sofrer limitações impostas pelo originário, sendo estas expressas e implícitas.

Nesse sentido pode-se dizer que o poder derivado é limitado e condicionado aos parâmetros impostos pelo Poder constituinte originário.

Sua limitação se dá pelo fato de o Poder constituinte derivado ser subordinado às limitações constitucionais, não podendo desrespeitá-las, sob pena de inconstitucionalidade. Sendo tal característica determinante para a existência de cláusulas pétreas expressas e implícitas na Constituição Federal de 1988.

É condicionado porque no momento de sua atuação o Poder constituinte derivado deve observar fielmente as regras predeterminadas pelo texto constitucional.

Uadi Lammêgo BULOS (2010, p. 107) caracteriza o poder constituinte derivado também como contínuo, segundo ele:

(...)ao manifestar-se na etapa da reforma constitucional, prossegue a obra do constituinte, adaptando os preceptivos supremos do Estado à realidade dos fatos. Desse modo, atualiza a constituição, sem, contudo, corromper-lhe a espinha dorsal, afinal, é limitado por ela mesma.

Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO classifica o esse Poder como instituído, e diz que:

“(...) o Poder Constituinte instituído somente pode atuar estritamente de acordo com a Constituição que o estabelece. Sua obra, portanto, está sujeita, para ser válida, à condição de constitucionalidade. Assim, a violação de norma constitucional relativa a esse Poder importa na inconstitucionalidade do ato que editar. Em consequência, tal ato será nulo e írrito como o deve declarar o órgão para tanto competente.”

O Poder constituinte derivado é subdividido em poder constituinte derivado reformador e poder constituinte derivado decorrente.

2.2.1. Poder constituinte derivado reformador

Também chamado de competência reformadora, o Poder constituinte derivado reformador é o Poder de modificar a Constituição Federal, sempre respeitando as regras e limitações impostas pelo Poder constituinte originário, e por meio de um procedimento específico, estabelecido pelo originário, sem que haja uma verdadeira revolução.

Pedro LENZA(2013, p. 170) conceitua Poder constituinte derivado reformador como “O poder de reforma constitucional, assim, tem natureza jurídica, ao contrário do originário, que é um poder de fato, um poder político, ou, segundo alguns, uma força ou energia social.

Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, diz que “o Poder Constituinte ao estabelecer a Constituição, em regra geral, estabelece um Poder Constituinte instituído, que é um poder de revisão, o poder incumbido de adaptar a Constituição a eventuais situações novas”.¹⁹

Na Constituição Federal de 1988 o poder constituinte derivado reformador está sob a responsabilidade do Congresso nacional, que tem o poder de modificar o

¹⁹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Constituinte. 5ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2007. pg. 109.

texto constitucional, sendo que, para que isso ocorra, deve respeitar as limitações estabelecidas para que essa alteração seja realizada.

Nesse sentido, argumenta Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO:

“O Poder Constituinte intuito é um poder de direito, ninguém o nega. Em realidade, para o positivismo jurídico, o único Poder Constituinte suscetível de ser analisado juridicamente é o Poder Constituinte instituído. Desse fato resultam, frequentemente, algumas confusões, como a aplicação, ao Poder Constituinte instituído, de certas qualificações que só cabem em relação ao Poder Constituinte originário. Por exemplo, a ilimitação do Poder Constituinte. Tem sentido a ilimitação do Poder Constituinte quando se fala do Poder Constituinte originário, na medida em que isso significa que esse Poder não está sujeito a regra de direito positivo. Mas não tem cabimento em relação ao Poder instituído, que obviamente tem de respeitar o seu estatuto.²⁰

Com efeito, o poder originário estabeleceu dois procedimentos diferentes para a modificação da Constituição Federal, são: emenda constitucional, prevista no art. 60 da Constituição, e o procedimento simplificado de revisão constitucional, prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (este já teve a sua eficácia exaurida, em vista do dispositivo mencionado), as quais serão vistas mais detalhadamente no decorrer do trabalho.

2.2.2 Poder constituinte derivado decorrente

O Poder constituinte derivado decorrente, no mesmo modo que o reformador, é também jurídico e encontra seus parâmetros de manifestações nas regras estabelecidas pelo poder constituinte originário.

É o Poder que a Constituição Federal atribui aos Estados-membros para que eles se auto organizem, por meio de elaboração de sua própria Constituição (CF, art. 25 c/c ADCT, art. 11), ou seja, decorre da capacidade de auto-organização estabelecida pelo poder constituinte originário.

Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, assevera que “(...) nos Estados Federais aparece uma outra modalidade de Poder Constituinte, que é também um Poder Constituinte instituído. É exatamente aquele poder que recebe da Constituição

²⁰FERREIRA FILHO, O Poder..., op. cit. p. 110-111.

a tarefa de estabelecer a organização fundamental das entidades componentes do Estado Federal, numa palavra, a Constituição do Estado-membro”.²¹

Segundo CUNHA FERRAZ apud LENZA (2013, p. 171) afirma que

Em uma das mais completas monográficas sobre o tema no direito pátrio, o poder constituinte derivado decorrente “...intervém para exercer uma tarefa de caráter nitidamente constitucional, qual seja a de estabelecer a organização fundamental de entidades componentes 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.

Com efeito, considerando que o Distrito Federal é ente federado com autonomia política, titular de competência legislativa dos Estados-Membros, necessariamente sua competência para elaborar Lei Orgânica decorre diretamente da Constituição Federal (art. 32), existem divergências na doutrina no tocante a titularidade do poder constituinte derivado decorrente.

Assevera o jurista Pedro LENZA (2012, p. 193)

Assim, na medida em que a derivação é direta em relação a Constituição Federal, parece razoável afirmarmos, mudando de posição firmada em edições anteriores à 13ª, que, no âmbito do DF, verifica-se a manifestação do poder constituinte derivado decorrente, qual seja, a competência que o DF tem para elaborar a sua lei orgânica (verdadeira Constituição Distrital) sujeitando-se aos mesmos limites já apontados para os Estados-membros e, assim, aplicando-se, por analogia, o art. 11 do ADCT.

Corroborando o entendimento exposto acima, o Supremo Tribunal federal tem se pronunciado no sentido de que a Lei Orgânica do Distrito Federal é norma equiparada à Constituição estadual, possuindo então natureza de “verdadeira Constituição local”. Nesse sentido, também a jurisprudência do STF:

Antes de adentrar no mérito da questão aqui debatida, anoto que, muito embora não tenha o constituinte incluído o Distrito Federal no art. 125, § 2º, que atribui competência aos Tribunais de Justiça dos Estados para instituir a representação de inconstitucionalidade em face das constituições estaduais, a Lei Orgânica do Distrito Federal apresenta, no dizer da doutrina, a natureza de verdadeira Constituição local, ante a autonomia política, administrativa e financeira que a Carta confere a tal ente federado. Por essa razão, entendo que se mostrava cabível a propositura da ação direta de inconstitucionalidade pelo MPDFT no caso sob exame.” (RE 577.025, voto do Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-12-2008, Plenário, DJE de 6-3-2009, com repercussão geral.) No mesmo sentido: RE 599.633-AgR-AgR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 2-4-2013, Primeira Turma, DJE de 25-4-2013

²¹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Constituinte. 5ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2007. pg. 109.

Já no que concerne aos Municípios, esses não dispõem de Poder constituinte derivado decorrente, embora serem dotados de autonomia política, administrativa e financeira, com competência para elaborar suas próprias Leis Orgânicas como se fossem “Constituições Estaduais”, esse poder, porém, não foi estendido aos Municípios.

LENZA apud Noemia PORTO (2012, p. 194) entende que

Não basta, portanto, ser componente da federação, sendo necessário que o poder de auto-organização decorra diretamente do poder constituinte originário. Assim, o poder constituinte decorrente, conferido aos Estados-membros e ao Distrito Federal, não se faz na órbita dos Municípios. Por essa razão, ato local questionado em face de lei orgânica municipal enseja controle de legalidade e não de constitucionalidade.

2.3. Poder constituinte difuso

É caracterizado pela doutrina como poder de fato que atua ou se manifesta por meio do instituto das mutações constitucionais.

É um meio informal e espontâneo de alteração da Constituição, decorrentes de fatores sociais, políticos e econômicos. É chamado de difuso porque não vem formalizado (positivado) no texto das Constituições.

Vicente Paulo (apud BULOS, 2011, p. 88), fala que “enquanto o poder originário é a potência, que faz a Constituição, e o poder derivado, a competência, que a reformula, o poder difuso é a força invisível que a altera, mas sem mudar-lhe uma vírgula sequer”.

As mutações constitucionais, também conhecidas como vicissitudes constitucionais tácitas, mudanças silenciosas de Constituição, transições constitucionais, processos de fato, processos indiretos, processos não formais, processos informais, processos oblíquos, será objeto de estudo mais aprofundado no decorrer do trabalho.

2.4 . Poder constituinte supranacional

O Poder constituinte supranacional, também conhecido como transnacional ou global, é o poder de fato encarregado de fazer e reformular as Constituições transnacionais, supranacionais ou globais, buscando sua fonte de validade na

cidadania universal, no pluralismo de ordenamento jurídicos, na vontade de integração e em um conceito remodelado de soberania.

O poder transnacional está ligado ao poder do constituinte transnacional fazer constituições que ultrapassem as fronteiras domésticas de um Estado, em nome de uma maior integração, na intenção de alcançar uma comunidade de nações. Para que isso ocorra, ela sugere que os Estados se reorganizem, internamente, de modo a se adaptarem à supranacionalidade.

Zulmar FACHIN assevera que “(...) as normas jurídicas produzidas por organismos que transcendem os limites territoriais de um Estado acabam se impondo sobre as normas constitucionais elaboradas pelo poder constituinte nacional.”²²

De acordo com LENZA apud Maurício ANDREIULO RODRIGUES (2012, p. 197):

Agindo de fora para dentro, o poder constituinte supranacional busca estabelecer uma Constituição supranacional legítima: “ faz as vezes do poder constituinte porque cria uma ordem jurídica de cunho constitucional, na medida em que reorganiza a estrutura de cada um dos Estados ou adere ao direito comunitário de viés supranacional por excelência, com capacidade, inclusive, para submeter as diversas constituições nacionais ao seu poder supremo. Da mesma forma, e em segundo lugar, é supranacional, porque se distingue do ordenamento positivo interno assim como do direito internacional.

A ideia central do Poder constituinte supranacional é que seja capaz de submeter às diversas constituições nacionais ao seu Poder supremo, mais de modo pacífico, sem uso de força, da demagogia, da imposição de teses ou ideias de um grupo pequeno de pessoas.

Nesse sentido Zulmar FACHIN:

“O fenômeno é visível no campo dos direitos humanos, tendo-se discutido a possibilidade da supremacia de normas jurídicas que se sobrepõe a dispositivos da Constituição nacional. Após a Segunda Guerra Mundial, cujo marco foi a criação da ONU, esses direitos foram sendo estudados em sua dimensão internacional. Passou-se a falar, por exemplo, em internacionalização dos direitos humanos.”²³

Em um estudo interessante, LENZA (apud Marcelo NEVES, 2013, p. 198), demonstra a tendência mundial de superação do “constitucionalismo provinciano ou

²²FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 7ª Edição: Rio de Janeiro. 2015. p. 64.

²³FACHIN, Curso de Direito..., op. cit, p. 64 e 65.

paroquial pela transconstitucionalismo”, mais adequado para a solução de problemas de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima de poder.

3 FORMAS DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal pode ser emenda por meio do processo legislativo, mediante apresentação de Proposta de Emenda à Constituição. O artigo 60 da Constituição Federal elenca as pessoas/órgãos que possuem legitimidade para proporem Emenda à Constituição, a saber:

- (A) Um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
- (B) O(a) Presidente da República;
- (C) Mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Segundo TEMER (2006, p. 144), “a emenda à constituição é, enquanto projeto, um ato infraconstitucional: só ingressando no sistema normativo é que passa a ser preceito constitucional e, daí, sim, da mesma estatura daqueles normas anteriormente postas pelo constituinte”, segundo o autor a proposta de emenda, enquanto projeto, é um ato infraconstitucional.

Apresentada a Proposta de Emenda à Constituição, a mesma será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional (Senado da República e Câmara Federal) em dois turnos, considerando aprovada se obtiver, em ambos, 3/5 (três quintos) dos votos dos membros de cada casa.

Após a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição caberá a promulgação à Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, cuja decisão é soberana, portanto para o processo legislativo inexistente sanção presidencial.

Portanto podemos observar que o procedimento para aprovação de uma Emenda Constitucional é mais dificultoso do que o previsto para as demais normas, por isso, a maioria dos doutrinadores classificam a Constituição Federal quanto à estabilidade como uma constituição rígida.

Tal rigidez dá origem ao princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual a Constituição Federal está no topo do ordenamento jurídico e nenhuma outra norma pode ir contra ela.

A emenda constitucional é uma espécie normativa fruto do poder constituinte derivado reformador, portanto possui a mesma hierarquia das normas constitucionais

originárias, mas está sujeita ao controle de constitucionalidade, podendo assim ser declarada inconstitucional.

O ínclito doutrinador Pedro LENZA, (2013, p. 170), “o poder de reforma constitucional, assim, tem natureza jurídica, ao contrário do originário, que é um poder de fato, um poder político, ou segundo alguns, uma força ou energia social”, podemos observar que, por ter natureza jurídica, o poder constituinte reformador possui limitações expressas ou explícitas (formais ou procedimentais, circunstanciais e materiais) e implícitas.

Os limites ao poder de reforma que estão expressos no texto constitucional podem ser de quatro tipos: circunstanciais, temporais, formais ou materiais.

- (A) **Limites circunstanciais:** O poder constituinte originário vedou a alteração do texto constitucional, em determinadas circunstância, tendo em vista a gravidade e anormalidade institucional. Dessa forma o § 2º do artigo 60 da Constituição Federal estabelece que a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
- (B) **Limites temporais:** A limitação temporal é a vedação de que a constituição seja alterada durante um determinado prazo, na constituição atual não existe tal limitação. Nas constituições brasileiras, somente existiu limitação temporal na Constituição do Império de 1824, que em seu artigo 174 em que somente permitia a reforma da Constituição somente após 4 anos de sua vigência.
- (C) **Limites materiais:** Os limites materiais são conteúdos que compõe um núcleo intangível da Constituição, chamado pela doutrina de cláusulas pétreas, e estão elencados no § 4º do artigo 60 da Constituição Federal, a saber: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais.
- (D) **Limites formais ou procedimentais:** Os limites formais se referem ao procedimento pelo qual as emendas constitucionais devem passar para que tenham regular formação. Os limites formais relaciona-se aos legitimados para apresentarem proposta de emenda à Constituição (incisos do caput do art. 60 da CF), quórum de votação (§ 2º do art. 60 da CF), promulgação (§ 3º do art. 60 da CF) e irrepetibilidade de proposta de emenda à Constituição (§ 5º do art. 60 da CF).

Outros limites que, embora não estejam escritos na Constituição, podem ser depreendidos de sua leitura, são:

- (A) A titularidade do poder constituinte originário e derivado, que será sempre do povo;
- (B) O processo de modificação da Constituição não pode ser alterado;
- (C) Não pode ser criada uma nova Revisão Constitucional;
- (D) Vedação à dupla revisão, ou seja, não pode ser aprovada uma Proposta de Emenda à Constituição objetivando abolir as cláusulas pétreas e em seguida aprovar outra Proposta de Emenda Constitucional modificando aquilo que a cláusula pétrea protegia.

Outra forma de alteração da Constituição Federal se efetivou pela emenda de revisão. O Poder constituinte derivado revisor é fruto do trabalho de criação do originário, sendo condicionado e limitado.

A revisão constitucional estava prevista no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, em que fora estabelecido que foi realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, portanto trata-se de um Poder constituinte derivado revisor.

Podemos observar que foi instituído um procedimento simplificado de alteração do texto constitucional, excepcionando a forma de alteração prevista para as Propostas de Emenda à Constituição, as quais exigem aprovação por 3/5 (três quintos) dos votos dos membros de cada casa, e obedecendo, assim, às regras da bicameralidade.

Preleciona Pedro LENZA (2011, p. 174):

O art. 3º do ADCT introduziu verdadeira competência de revisão para “atualizar” e adequar a Constituição às realidades que a sociedade apontasse como necessários, não estando a aludida revisão vinculada ao resultado do plebiscito do art. 2º do ADCT (que admitia a volta à monarquia e ao parlamentarismo).

A Resolução n. 1/1993 – RCF, do Congresso Nacional, regulou o procedimento de Revisão Constitucional. A citada resolução, diferentemente do disposto nos incisos I a III do *caput* do art. 60 da Constituição Federal, estabeleceu a possibilidade de oferecimento de propostas revisoras:

- Por quaisquer congressistas;

- Por representações partidárias com assento no Congresso Nacional, por meio de líder;
- Pelas Assembleias Legislativas de 3 (três) ou mais Unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria de seus membros;
- Pela apresentação de proposta revisional popular, desde que subscrita por 15.000 (quinze mil) ou mais eleitores, em lista organizada por, no mínimo, 3 (três) entidades associativas legalmente constituídas, que se responsabilizaram pela idoneidade das assinaturas, obedecidos as condições fixadas na resolução.

Apesar do art. 3º da ADCT tenha estabelecido um procedimento simplificado o artigo 13 da Resolução n. 1 – RCF, do Congresso Nacional, estabeleceu que as matérias fossem votadas em 2 (dois) turnos.

Cabe ressaltar que foram aprovadas apenas 6 (seis) Emendas Constitucionais de Revisão, não sendo mais possível nova manifestação do poder constituinte derivado revisor em razão da eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada da regra estabelecida no art. 3º da ADCT.

Outra forma de se modificar a Constituição é através da mudança do sentido do seu texto, sem atingir a letra da Lei Maior. Assim, ocorrem atualizações não formais da CF derivadas da evolução dos costumes e valores da sociedade, não atingindo o seu texto. Esse tipo de modificação da Constituição é chamado de mutação constitucional, que será detalhadamente explanada no decorrer do presente trabalho.

3.1. Rigidez e mutabilidade da constituição federal

Para alguns doutrinadores a supremacia da Constituição parte diretamente da sua rigidez. O faz com que garanta a supremacia da Constituição é justamente a necessidade de um procedimento mais dificultoso e solene para alterar as normas constitucionais. Cibele FERNANDES DIAS, assevera que “A supremacia formal da Constituição depende da rigidez. (...) Da rigidez, decorre a ideia de um poder

constituente derivado responsável pela reforma constitucional por um meio de processo oneroso e distinto do processo de alteração das leis.”²⁴

Segundo Alexandre de MORAIS “são rígidas as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas, como por exemplo, a CF de 1988 – art. 60.” (2006, p. 5).

Existe uma conexão entre a rigidez constitucional e o fenômeno da mutabilidade.

Ou seja, para que a Constituição não fique parada no tempo, e que não seja apenas uma folha de papel, é necessário que ela se concretize no meio da sociedade, que vá se adaptando e se moldando as novas realidades sociais, econômicas e culturais de uma sociedade.

BULOS (1997, p. 72.) define Mutabilidade como:

Qualidade daquilo que é mutável, o termo logra dois sentidos completamente distintos: um formal e outro informal; a mutabilidade formal delinea-se através da reforma constitucional, seja por revisão, seja por emenda; já a mutabilidade informal, concerne ao processo difuso de modificação da Constituição.

Cibele FERNANDES DIAS, assevera que “Numa sociedade plural, composta por pessoas de diferentes crenças religiosas, filosóficas e morais, a Constituição precisa ser reconhecida como um “mínimo ético comum”. Sem a “aceitação social”, as Constituições “não são normas, mas simples folhas de papel”.²⁵

É necessário que se faça alguns comentários acerca do princípio da rigidez constitucional com a mutabilidade informal. Para isso é de suma importância que seja relacionado os elementos estáticos e dinâmicos da rigidez constitucional, cuja análise nos fornece uma visão mais enriquecedora da ordem jurídica (BULOS, 1997, p. 72).

Sobre o elemento estático BULOS (1997, p. 72) salienta que “através do elemento estático a Constituição reveste-se de certa estabilidade, de certo equilíbrio, pois a instabilidade da Carta Magna seria responsável pela instabilidade do próprio Estado”

²⁴DIAS, Cibele Fernandes. *Decisões Intermédias e Mutações na Justiça Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Arraes. 2012. p 22.

²⁵DIAS, *Decisões Intermédias...*, op. cit. p. 23 apud AMARAL, Maria Lúcia. *A forma da república: uma introdução ao estudo do direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 101.

Destaca também que: “(...) a estabilidade, não significa inalterabilidade, o dinamismo da realidade social, com situações e exigências sempre novas, em constante evolução, obriga a adaptação das normas constitucionais a realidade social”. (1997, 72).

A Constituição Federal está efetivamente ligada aos avanços sociais, da ciência, tecnologia, economia, da religião e etc. Com isso resta claro que a Constituição é um organismo vivo e que tais mudanças interferem na Constituição. Nesse sentido é evidente que os textos devem seguir o ritmo das mudanças sociais, adaptando-se a realidade. (BULOS, 1997,p. 72).

Nessa mesma linha de raciocínio, aduz o ínclito constitucionalista Uadi Lammêgo BULOS (1997, p. 73) que,

Efetividade simboliza a aproximação, tão íntima quando possível, entre o dever ser normativo e o ser da responsabilidade social. Ademais, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado.

O elemento estático é uma exigência indispensável à segurança jurídica, evitando, ao menos em tese, a instabilidade institucional, procurando salvaguardar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.²⁶

Entretanto, assevera Anna Candida da CUNHA FERRAS, que “Estabilidade, todavia, não significa imutabilidade. Bem ao contrário. A eficácia das Constituições repousa, justamente, na sua capacidade de enquadrar ou fixar, na ordem constitucional, as vontades e instituições menores que a sustentam”.²⁷

No que se refere ao elemento dinâmico, pode-se dizer que ele propicia uma adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução da sociedade e do bem-estar social.

Desse modo, chega-se à conclusão que a vida constitucional dos estados se desenvolve perante esses dois elementos, quais são aparentemente contraditórios, contudo se complementam.

Sobre o tema, Anna Candida da CUNHA FERRAZ, argumenta que “estabilidade e mudança são componentes necessários do conceito de rigidez constitucional, do qual deflui a supremacia constitucional”

²⁶Extraído do artigo do Da Reforma à Mutação Constitucional, BULOS, p.35

²⁷FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 1ª Edição: São Paulo. Editora Max Limonad. 1986. pg. 5.

A exigência desses elementos torna possíveis as alterações formais (revisões, emendas), indispensável às adaptações das Constituições as novas realidades sociais. Ao ser estabelecido o processo de revisão ou emenda, os legisladores fazem-no cautelosamente, de modo a tornar tais técnicas de mudança mais solenes, difíceis, demoradas, para que não sejam despropositadas, sem previsibilidade de quando irão ocorrer.

Como características do princípio da rigidez, estabelecida por BULOS (1997, p. 74) podemos destacar:

Dificultar a estabilidade constitucional; b) assegurar a estabilidade constitucional; c) Resguardar os direitos e garantias fundamentais, mantendo estruturas e competências, com vistas à proteção das instituições, dessa maneira a estabilidade constitucional está resolvida.

Depois dessa breve análise acerca do princípio da rigidez constitucional, que influência todo o ordenamento jurídico, vale examinar como ele se apresenta diante da mutação constitucional, sendo esse o foco principal do estudo.

A mutação constitucional não depende da rigidez do texto constitucional. Tanto as constituições rígidas como as flexíveis estão sujeitas a alterações, novos significados que, mesmo que não mudem a letra da lei, lhe atribuem sentido diversificado, através da interpretação, da construção judicial, dos usos, e dos costumes.

E diante das transformações de uma sociedade, sejam elas políticas, econômicas, sociais, as constituições flexíveis e rígidas, evoluem no sentido, significado e alcance de seus preceitos, através dos processos informais de alteração constitucional.

4. TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

4.1 Conceitos e noções sobre mutação constitucional

A Constituição Federal, conforme já visto, é abrangida pelo princípio da rigidez constitucional para que seja garantida a estabilidade da Carta Maior. Porém não possuem o condão de serem eternas da forma que são criadas.

O texto constitucional, ao passar do tempo, da evolução da sociedade e dos costumes, necessita de reformas, alterações. Ou seja, a Constituição possui, desde seu nascimento, uma perspectiva de mudança.

Para que ocorram tais mudanças, em regra, é necessário que ocorra um processo formal e difícil, com alguns requisitos específicos, o que acaba por gerar um obstáculo para o legislador no poder de reforma.

Entretanto, existe a possibilidade de que ocorra alterações da constituição por um processo informal ou indireto, que se dá pela denominada teoria da mutação constitucional, também conhecida por revisão informal, transição constitucional, processo não formal, vicissitude constitucional tácita, mudanças constitucionais difusas, processo de fato e mudança material.

A teoria da mutação constitucional nasceu na doutrina alemã no final do século XIX e início do século XX. A Constituição de 1871 vinha sofrendo várias mudanças no que diz respeito ao funcionamento das instituições francesas, sendo que tais mudanças ocorriam sem reformas constitucionais.

A partir de então Paul LABAND, examinando o texto constitucional alemão, notou que estava ocorrendo modificações importantes nesse Texto Supremo, e percebeu que havia distinção entre reforma da constituição e mutação constitucional²⁸.

Assim, LABAND reconheceu que havia possibilidade de se ter uma modificação da Constituição sem que houvesse necessariamente uma alteração formal do texto.

Adiante foi constatado que a mutação constitucional consiste na distinção entre realidade e o preceito da norma constitucional. Sendo que tal fenômeno ocorre de forma lenta sem que haja interferência do poder de reforma da constituição.

Estudiosos entendem por mutação constitucional, como a aplicação de normas que se modificam lenta e imperceptivelmente, contudo, no que se trata ao

²⁸BULOS, Revista de Informação Legislativa Da reforma à Mutação Constitucional, 1996, p. 26

texto constitucional, esse permanece imodificado, porém lhe dado um sentido diferente do original.²⁹

Ressalta Raul MACHADO HORTA que, “A mudança da Constituição não se identifica, necessariamente, com a desestima da Constituição. Ela se propõe, via de regra, a introduzir aperfeiçoamentos e correções no texto constitucional. Opera no rumo da evolução.”³⁰

A denominação mutação constitucional originou-se com a expressão *Verfassungswandlung*, sendo criada por LABAND, quando notou importantes modificações no Diploma Maior para acompanhar a situação constitucional do Império (BULOS, artigo, 1996, p. 26)

No Brasil, a primeira a estudar o tema foi Anna Cândida da CUNHA FERRAZ, a qual, em 1986,³¹ a qual escreveu o livro “*Processos Informais de Mudança da Constituição*”, desenvolvendo, de forma ampla, o assunto.

BARROSO (apud LENZA, 2013, p. 124) firma que:

(...)a mutação constitucional consiste na alteração do significado de determinada 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 mudanças na realidade fática ou de nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético e justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter um lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.

PAULO e ALEXANDRINO, por sua vez, entendem que:

As denominadas mutações (ou transições) constitucionais descrevem o fenômeno que se verifica em todas as Constituições escritas, mormente nas rígidas, em decorrência do qual ocorrem contínuas, silenciosas e difusas modificações no sentido e no alcance conferidos às normas constitucionais, sem que haja modificação na letra de seu texto. Consubstanciam a chamada atualização **não formal** da Constituição. Em uma frase: ocorre uma mutação constitucional quando “muda o sentido da norma sem mudar o seu texto”. (2011, p. 590)³²

²⁹BULOS, Revista de ..., op. cit. p. 26.

³⁰HORTA, Raul Machado. DIREITO CONSTITUCIONAL. 5ª Edição: Belo Horizonte. 2010. p. 76.

³¹DIAS, Cibele Fernandes. Decisões Intermédias e Mutação na Justiça Constitucional. Belo Horizonte: Editora Arraes. 2012. p 45.

³²PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo, Direito Constitucional Descomplicado, 2011, p. 590.

A definição de mutação constitucional para Anna Cândida da CUNHA FERRAZ (1986, p. 10) consiste na “alteração do sentido, significado e alcance do texto Constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito”.

Anna Candida da CUNHA FERRAZ, aponta ainda que:

“(…)Mutação Constitucional consiste na altera o, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposi es constitucionais, através ora da interpreta o judicial, ora dos costumes, ora das leis, altera es essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.”³³

Nessa esteira, Cibele FERNANDES DIAS:

“O Estado   um fenômeno social e histórico, capaz de ordenar o Direito, mas não de criá-lo. Por isso, os acontecimentos históricos somente podem ser previstos pela norma de forma imperfeita.   impossível a um Direito, que pretenda conscientemente operar no futuro, dispor de normas para regular todos os acontecimentos vindouros e imprevisíveis. Toda Constitui o tem lacunas que somente se manifestam depois de muito tempo e não podem ser colmatadas pelos meios convencionais de interpreta o e analogia. A descoberta imprevista dessas lacunas pode produzir uma muta o da Constitui o se a situa o fática induz ao reconhecimento do Direito consuetudinário e se lhe atribui um significado normal. Contudo, a regra geral   que a reforma da Constitui o seja o mecanismo mais seguro para colmatar tais lacunas”³⁴

Pode-se entender então que muta o constitucional nada mais   do que um processo de altera o da Constitui o Federal, sem que ocorra propriamente uma mudança no seu texto, porém altera o sentido e alcance das normas constitucionais, decorrente da evolu o de fatores políticos, sociais e econ micos, sendo que tais altera es são realizadas por meio de um processo informal, pois não está prevista expressamente no conjunto de normas existente na Constitui o, ou seja, não faz parte dos processos formais, quais são meios de altera es já previstos na Carta Magna como as Emendas Constitucionais e Revisões.

Nesse sentido, Cibele FERNANDES DIAS, diz que “A adequada compreensão da muta o constitucional deve levar em conta que a Constitui o não

³³FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constitui o*. 1  Edic o: São Paulo. Editora Max Limonad. 1986. p. 9.

³⁴DIAS, Cibele Fernandes. *Decisões Intermédias e Muta o na Justiça Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Arraes. 2012. p 49.

normatiza tudo”³⁵, assim, pode concluir que “A Constituição não é apenas um 'texto jurídico' mas também uma expressão do desenvolvimento cultural do povo” e constitui-se como um sistema aberto à evolução ou desenvolvimento”³⁶

4.2 Características das mutações constitucionais

Realizada a conceituação de mutação constitucional, tal como a noção histórica, faz-se necessário a menção a algumas características relativa ao tema.

BULOS, traz como algumas características de mutação constitucional as seguintes:

Obrigatoriedade – a interpretação constitucional judicial é obrigatória, porque o Magistrado não poderá furtar-se à missão de julgar litígios, e. g., no papel do controle de constitucionalidade das leis e, também, do controle de constitucionalidade da atuação do legislador ordinário, que interpreta de igual modo o Texto Maior, para elaborar as leis de aplicação constitucional; **primariedade** – tal modalidade de interpretação ocorre por provocação, dada a máxima *nemo iudex sine actore*, implicando dizer que ela é realizada através de processo judicial; e **definitiva** – essa característica é própria das Cortes Constitucionais, que possuem autoridade final para decidir litígios, dando a última palavra sobre a matéria submetida a seu crivo.”³⁷(grifou-se)

Ainda sobre a concepção de BULOS, o processo de mutação ocorre de forma lenta e fática. É lenta porque realizada por meio de interpretações dos Tribunais, dos usos e costumes, da construção judicial, da influência dos grupos de pressão e de diversos meios que podem provocar mudança na realidade constitucional, porém sem que ocorra mudança no texto da lei. É fática pois ocorre de uma forma natural, espontânea, sem que se tenha uma previsão de quando e como irá ocorrer.³⁸

BULOS ainda afirma que a mutação constitucional ocorre em momentos cronologicamente distintos, em situações diferentes. Contudo tal entendimento possui divergência doutrinária sendo que alguns estudiosos entendem que pode ocorrer a mutação em um período maior ou menor de tempo, não sendo necessário um longo período.

Nesse sentido HESSE (apud BULOS, 1996, p. 30) entende que “os processos que dão lugar à mutação constitucional não têm relação alguma com o caráter mais

³⁵DIAS, Decisões Intermédias..., op. cit. p 73.

³⁶DIAS, Cibele Fernandes. Decisões Intermédias e Mutação na Justiça Constitucional. Belo Horizonte: Editora Arraes. 2012. p 74.

³⁷BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação Constitucional. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 133.

³⁸BULOS, Uadi Lammêgo, Revista de Informações legislativas, Da reforma a mutação Constitucional, 1996, p. 29.

ou menos remoto da entrada em vigor de uma Constituição, pois pode produzir-se ao cabo de muitos anos, como também ao cabo de pouco tempo. ”

Na concepção de KUBLISCKAS (2009, p. 80) são características da mutação constitucional as seguintes:

- ✓ Informalidade: estão presentes na Constituição Federal processos formais para que sejam realizadas alterações no seu texto, ocorre que a mutação não está estipulada como um desses processos formais, motivo pelo qual é considerada pela doutrina como um processo informal de mudança da Constituição, ou seja, não inserindo naqueles previstos expressamente na CF.
- ✓ Pluralidade de agentes: pode se realizada tanto pelos poderes responsáveis por interpretar a Constituição, quais são Executivo, Legislativo e Judiciário, quanto pela sociedade, grupos de pressão, agentes estatais e construções feitas por juristas.
- ✓ Distanciamento no tempo: ocorre de maneira lenta, em certos momentos separados cronologicamente.
- ✓ Manutenção do texto e modificação da norma: a mutação constitucional consiste na mudança do significado, alcance e sentido de certa norma constitucional, sem, contudo alterar seu texto escrito.
- ✓ Sujeição a limites: serão tidas como legítimas quando desenvolvidas para atualizar ou completar as normas escritas, porém não pode ir contra as normas constitucionais pois nesse caso serão tidas como mutações inconstitucionais.

BULOS (1960, p. 18-22, apud Milton CAMPOS 1996, p. 29) caracteriza tal fenômeno como *constitucionais*, pois são modificações que não geram deformações maliciosas, nem subversões traumatizantes; daí serem *constitucionais*.

Anna Candida da CUNHA FERRAZ, entende que a característica fundamental da mutação constitucional é que se “altere o sentido, o significado, e o alcance o texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito”, ou seja, a mudança constitucional não deve contrariar a Constituição, deve ser “indireta ou implicitamente, acolhida pela Lei Maior”. 39

A citada autora, ainda entende que a mutação constitucional “Destina-se a função constituinte difusa a completar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a *continuar* a obra do constituinte.

4.3. Limites da mutação constitucional

No que tange aos limites existentes no processo de mutação constitucional, primeiramente cumpre-se observar que há divergências quanto a sua existência ou não, sendo um tema ainda tímido na doutrina.

³⁹FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 1ª Edição: São Paulo. Editora Max Limonad. 1986. pg. 10.

Na concepção de BULOS não é possível traçarmos limites com exatidão ao Poder constituinte difuso, senão veja-se:

Em verdade, não é possível determinar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis, que variam conforme acontecimentos derivado de fato social cambiante, com exigências e situações sempre novas, em constante transformação.⁴⁰

Uadi Lammêgo BULOS, ainda destaca que as mutações não são produzidas por meios convencionais, ao contrário pode ser produzida por diversas formas tais quais: por intermédio de interpretações, usos e costumes, da construção judicial, etc. (BULOS, 1996, p. 41)

Contudo BULOS ressalva que:

[...] A única limitação que pode existir - mas de natureza subjetiva, e até mesmo, psicológica - seria a consciência do interprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior[...]

Em que pese o entendimento do ilustre doutrinador, é necessário que certos parâmetros sejam respeitados, pois deixando somente a cargo da consciência do interprete a realização de mudanças no sistema normativo, mesmo que não altere expressamente o texto constitucional, estaria ocorrendo uma violação da segurança jurídica. Nesse sentido, o fenômeno da mutação constitucional deve estar em harmonia com a Constituição Federal, pois, caso contrário, estaríamos diante de uma mutação inconstitucional.

Sobre o tema, Anna Candida da CUNHA FERRAZ:

“A experiência constitucional demonstra que a expressão *mutação constitucional*, ou seja, os processos não formais de mudança constitucional, não é empregada uniformemente pela doutrina, abrigando, a um só tempo, dois tipos ou espécies diferentes de mutações: as que não violentam a Constituição, isto é, aquelas que, se confrontadas por qualquer meio de controle, particularmente pelo jurisdicional, não sofrerão a pecha de inconstitucionalidade, e as mutações constitucionais que contrariam a Constituição e que, num confronto com a Lei Fundamental, não devem subsistir”.

⁴⁰BULOS, Da Mutação..., op. cit., p. 41

Nesse sentido Jose Afonso DA SILVA diz que “Admitir que as mutações constitucionais são ilimitadas eliminaria o caráter normativo da Constituição e colocaria em risco seu caráter estabilizador.”⁴¹

Outrossim, Herman HELLER (1968, p.296 apud BULOS, 1996, p. 42), entende que o fenômeno da mutação constitucional encontra limitações na própria normatividade da Constituição. Entende ainda que a alteração do significado na norma constitucional se encontra *adstrita à normalidade dos fatos*, qual não pode renegar por completo à normatividade, posto que tais elementos andam coordenados entre si.

HESSE, por sua vez, dispõe que:

A Mutação Constitucional e seus limites somente podem ser entendidos com clareza quando a modifica o do conteúdo da norma   compreendida como modifica o no interior da própria norma constitucional e não como consequência de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constitui o bem como a ‘muta o’ em normalidade estatal tampouco pode ser explicada satisfatoriamente quando se parte de uma rela o de coordena o corretiva entre normalidade e normatividade. (...) (KUBLISCKAS, 2009, p. 149).

José Afonso DA SILVA, entende:

Admitir o triunfo dos fatos sobre a norma como queria Jellinek, como forma de muta o constitucional, seria destruir o próprio conceito jurídico de Constitui o, pelo aniquilamento de sua força normativa. (...) Nesse contexto, admitindo a possibilidade da existência de muta es constitucionais, ou seja, mudanças de significado, sentido e alcance das normas constitucionais sem a altera o do texto escrito, ganha relevância a questão dos limites das muta es constitucionais. **Admitir que as muta es constitucionais são ilimitadas eliminaria o caráter normativo da Constitui o e colocaria em risco seu caráter estabilizador**(grifou-se)⁴²

Anna Candida da CUNHA FERRAZ, entende que:

“Como exercício de fun o constituinte implícita,   forçosamente limitada. Seus limites são necessariamente mais amplos e definidos do que os limites que se impoem ao constituinte deivado, isto  , ao poder de reforma constitucional, na medida em que este, com permissão expressa da Constitui o, atua precisamente para reform -la, emend -la, modificando o texto e o conteúdo constitucional”⁴³

⁴¹ SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 297.

⁴² SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 297.

⁴³FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constitui o*. 1  Edi o: São Paulo. Editora Max Limonad. 1986. p. 11.

Sobre o tema Nadja MACHADO BOTELHO dispõe que “apesar da dificuldade de estabelecer limites à mutação constitucional, é certo que esta esbarra no texto da Constituição e que a norma em questão consubstancia uma regra que deixa pouco espaço para a interpretação, não podendo haver mutação que retire toda a eficácia de determinado dispositivo constitucional.”⁴⁴

Nesse mesmo diapasão BOTELHO cita como limite a mutação constitucional as cláusulas pétreas, dispondo que, “mesmo sujeitas às suas próprias mutações, as cláusulas pétreas também se afiguram como limites a mutação constitucional, de maneira que a alteração de sentido e alcance dos dispositivos constitucionais não poderá atingir o conteúdo essencial nem favorecer a abolição do núcleo duro da Constituição”.

Ressalta ainda que “aplica-se a mutação incidente sobre cláusulas pétreas o entendimento doutrinário e jurisprudencial pertinente a reforma; o que não pode é pretender, via mutação, aquilo que não se alcançaria nem por emenda.”⁴⁵

Contudo, deve haver uma distinção entre a interpretação dada à norma e a criação de uma nova norma, para que a nova interpretação se condicione ao real significado da norma. Ou seja, deve respeitar os parâmetros do texto constitucional expresso para que a interpretação não se sobreponha ao verdadeiro sentido da norma e acabam por transformar os seus “interpretes em legisladores sem mandato”.⁴⁶

Nesse sentido, cabe ainda frisar que a mutação constitucional também tem como limite a elasticidade da constituição, pois a norma constitucional não pode ser interpretada de maneira unilateral relevando em consideração o princípio da unidade da Constituição Federal, ou seja, deve a norma ser analisada em conjunto com as demais normas constitucionais.

Pelo exposto, pode-se concluir que a mutação constitucional deve respeitar tanto o limite subjetivo conforme entendimento já exposto acima como o limite objetivo, qual seja o próprio texto constitucional como as cláusulas pétreas e os princípios constitucionais, pois, caso contrário, estaríamos diante de uma mutação inconstitucional com uma sobreposição do fato ao direito.

⁴⁴BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional**: a Constituição viva de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 160.

⁴⁵ BOTELHO, Nadja, **Mutação constitucional...**, op. cit., p. 39 e 40.

⁴⁶MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 132.

Por fim, as limitações aqui listadas não se tratam de um rol exaustivo, pois o fenômeno da mutação constitucional pode ser ocasionado por diversos fatores. Uadi Lammêgo Bulos afirma que “é impossível enumerar com a pretensão de esgotar a matéria, todas as hipóteses em que os dispositivos de uma constituição sofrem mudanças no seu sentido, significado e alcance, sem mudar a forma prescrita pela manifestação constituinte originária”.⁴⁷

4.4. Espécies de mutação constitucional.

As espécies de mutação constitucional se referem aos meios pelos quais ocorrem as alterações do sentido da norma constitucional. Pode-se ocorrer de diversas formas, contudo, a doutrina não é uníssona quanto as modalidades, vejamos então as duas principais modalidades e o que entendem alguns doutrinadores a respeito do tema.

4.4.1 Mutação constitucional por meio da interpretação

A Constituição possui um caráter amplo e aberto, motivo pelo qual se faz necessário que ocorram interpretações no decorrer o tempo para que não a mantenha petrificada, ou que suas normas sejam meramente abstratas e aplicada de uma forma geral.

A interpretação da Constituição visa garantir a eficácia do preceito fundamental, pois as normas constitucionais não são fixas na sua ideologia, possuem um caráter dinâmico pelo qual é imprescindível que ocorram algumas adaptações das normas a realidade social.

É também considerada como um fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. As mudanças que ocorrem no meio social trazem também uma mudança para o ordenamento jurídico, pois as normas são criadas com intuito de regulamentar fatos ocorridos no meio social, contudo quando as normas constitucionais não conseguem mais alcançar a sociedade, ou seja, quando elas se encontram ultrapassadas, é necessário que se use do mecanismo da interpretação para que haja a devida adaptação da norma com a sociedade atual.

Essa sociedade mutante caracteriza nossa sociedade contemporânea. Nesse sentido o seguinte julgado:

⁴⁷BULOS, Uadi Lammêgo, curso de direito constitucional, 2011, p. 428.

A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição. A questão dos processos informais de mutação <constitucional> e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria CR, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. (HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009.)

HESSE, Konrad (2009, p. 103) traz como o objetivo da interpretação o seguinte:

É chegar ao resultado constitucionalmente “correto” através de um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado de modo igualmente racional e controlável, e criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão por decisão.

Márcio KUBLISCKAS entende como situação possíveis de ocorrer a mutação constitucional por interpretação quando: “Há uma extensão do texto constitucional, aumentando a abrangência, para que possa alcançar a realidade atual de uma sociedade; Se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; Se modifica interpretação anterior dada, ou lhe dá novo sentido, atendendo a evolução da sociedade; Há a adaptação do texto constitucional a nova realidade social, a qual não existia no momento da edição da norma constitucional; Há a adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação da norma constitucional; Se preenchem, por via interpretativa, as lacunas existentes no texto constitucional”. (2009, p. 119-120)

Anna Candida DA CUNHA FERRAZ, dispõe que o fenômeno da mutação constitucional por via da interpretação constitucional ocorre “Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por ela ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela (...)”.⁴⁸

A interpretação funciona como uma forma de atualização e proximidade entre a norma constitucional e as demandas sociais, evitado que ocorra a petrificação da norma com o decorrer do tempo.

⁴⁸FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 1ª Edição: São Paulo. Editora Max Limonad. 1986.

Na prática, a forma mais notável da ocorrência dessa modalidade de mutação constitucional se faz por meio do Supremo Tribunal Federal em suas decisões no exercício do poder constituinte difuso, mais especificamente no controle de constitucionalidade difuso.

Nesse sentido, a jurisprudência a seguir sintetiza a utilização da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal:

A força normativa da CR e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de <mutação> <constitucional>, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, caput) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.” (ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-8-2005, Plenário, DJE de 20-8-2010.) No mesmo sentido: AI 733.387, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 16-12-2008, Segunda Turma, DJE de 1º-2-2013; RE 132.747, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-1992, Plenário, DJ de 7-12-1995. Vide: HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009; RE 227.001-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18-9-2007, Segunda Turma, DJ de 5-10-2007.

Assim, resta claro o importante papel do Supremo Tribunal Federal na ocorrência do fenômeno da mutação constitucional por meio da interpretação da norma constitucional.

Todavia, essa forma não é a única por meio da qual a mutação de manifesta, Anna Candida DA CUNHA FERRAZ, divide em duas espécies de interpretações, a orgânica e a não orgânica.

A orgânica é subdividida em interpretação constitucional legislativa, judicial e administrativa e a não orgânica, em interpretação constitucional doutrinária.

A interpretação Legislativa, em apertada síntese, se trata da “atividade desenvolvida para a aplicação da Constituição por meio de ato normativo de natureza legislativa”.⁴⁹

A interpretação judicial, conforme já mencionado, é a que tem mais relevância entre as formas de interpretação, tendo em vista que a atribuição “à repercussão das decisões judiciais e às características de que se reveste essa modalidade de interpretação” .⁵⁰

Nesse sentido, Anna Candida da CUNHA FERRAZ, caracteriza interpretação judicial como sendo “*obrigatória, primária, por só atua mediante provocação e em casos concretos, definitiva, mutável e vinculante*”.⁵¹

Já a interpretação constitucional administrativa, se refere a forma de interpretação “operada mediante atos, resoluções ou disposições gerais ou não, que não tenham por objetivo a elaboração de leis integrativas ou complementares à Constituição ou decisões jurisprudenciais visando à aplicação da Constituição a casos concretos ou a declarações de inconstitucionalidade de leis e atos normativos”⁵².

No que se refere a interpretação constitucional doutrinária, “é de fundamental relevância”, tendo em vista que “contribui decisivamente, e de modo constante, para a modificação formal e informal da Constituição”⁵³. Se caracteriza como sendo *indireta*, pois só indiretamente “atua na mutação constitucional, na medida em que influi no processo de mudança da Constituição pela interpretação judicial, legislativa e administrativa”, e *não vinculante*.

A doutrina acrescenta, à modalidade não orgânica, a interpretação autêntica e a popular, contudo Anna Candida DA CUNHA FERRAZ, entende que essas modalidade de interpretação não visam a aplicação da Constituição, tendo em vista que a interpretação autêntica “busca a reforma da Constituição” e a popular “em regra, visa alterar entendimento dado à norma constitucional ou a alterar a própria norma constitucional”, contudo há divergência na doutrina, assim, quanto à espécies de interpretações não orgânicas, limite-se à análise da interpretação doutrinária.”⁵⁴

⁴⁹FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 1ª Edição: São Paulo. Editora Max Limonad. 1986. p. 66.

⁵⁰FERRAZ, *Processos informais...*, *op. cit.*, p. 103.

⁵¹FERRAZ, *Processos informais...*, *op. cit.* p. 117.

⁵²FERRAZ, *Processos informais...*, *op. cit.* p. 149.

⁵³FERRAZ, *Processos informais...*, *op. cit.* p. 171.

⁵⁴FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 1ª Edição: São Paulo. Editora Max Limonad. 1986. p. 54.

3.4.1 Mutação constitucional por meio do costume

O costume consiste em regras sociais que resultam em práticas reiteradas pela sociedade de certo comportamento, o que acaba resultando numa certa convic o de obrigatoriedade, de acordo com cada sociedade.

Para que ocorra a muta o constitucional por meio da prática costumeira, faz se necessário que estejam presentes dois requisitos: o objetivo e o subjetivo. O requisito objetivo consiste na prática reiterada de determinado ato. E o subjetivo representa o sentimento de cada indivíduo de dever e obrigatoriedade da observância de prática do ato.

O elemento objetivo traduz-se no uso, o tem como característica ser: **uniforme e constante**, pois ocorre sempre do mesmo modo e sem interrup es; **público** pois deve ser uma obriga o para todos; e **geral** pois alcança todos os atos, pessoas e rela es que realizam os pressupostos de sua inser o na norma consuetudinária. Já o elemento subjetivo representa a convic o de cada pessoa da exigibilidade, crença e obrigatoriedade de que a norma   indispensável, ou seja, nessa concep o a norma consuetudinária equivale a uma certeza jurídica o que resulta na sua obrigatoriedade.⁵⁵

Segundo Bulos⁵⁶ "O costume, não raro, constitui uma fonte supletiva para a colmata o de lacunas". E apresenta-se de três formas, quais são: *secundum legem*, aquele que já está prevista na lei; *praeter legem*, aquele que complementa a lei, possui caráter supletivo " são os que se desenvolvem nas lacunas do ordenamento jurídico, preenchendo-lhe, portanto, nas falhas, as deficiências. Trata-se, pois, de matéria não-regulada em lei, e, no silêncio da mesma lei, incide a força normativa do costume. O costume introduz, aqui, direitos e deveres novos, não-escritos, nas brechas ou lacunas do ordenamento jurídico";⁵⁷ e *contra legem*, aquele que   contrário a lei, se fazendo de maneira oposta ao texto constitucional.

Na concep o de BULOS o costume *secundum legem* atua como um valoroso instrumento de muta o constitucional, pois o nessa modalidade o costume desencadeia altera es no conteúdo das normas constitucionais por meio da

⁵⁵BULOS, Uadi Lammêgo Bulos, Costume Constitucional, Revista de informa o Legislativa, 1996, p. 97.

⁵⁶BULOS, Costume ..., op. cit. p.98.

⁵⁷TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Forense universitária, 1991. p. 30. Apud BULOS, Uadi Lammêgo, Costume constitucional, 1996, p. 98.

interpretação. Já o *praeter legem* atua complementando, preenchendo lacunas, “criando-se novações para casos não-disciplinados, legislativamente, sanando, assim, omissões, descuidos, imanentes à atividade legiferante”. E o *contra legem*, na visão do doutrinador também mudam as normas da constituição, contudo ressalva que “[...] os costumes *contra constitutionem* devem ser repelidos, independentemente das ocorrências dos mesmos no campo concreto dos fatos”.⁵⁸

Sobre o costume *contra legem*, Cláudio Pereira de SOUZA NETO e Daniel SARMENTO, argumentam que “A rigidez e a força normativa da Constituição não se compatibilizam com o costume *contra constitutionem*..”, entendem que, por mais enraizado que seja o costume, ele não pode ser “ (...) invocado como razão para descumprimento da Constituição, nem muito menos enseja a revogação dos seus preceitos”.⁵⁹

Entretanto, são admissíveis os costumes constitucionais *secundum constitutionem*, também conhecido como interpretativo, e o *praeter constitutionem*, integrativo, posto que o primeiro é adotada uma interpretação da Constituição, porque ela é “endossada por costume jurídico cristalizado”. Já o segundo, é preenchida as lacunas constitucional.⁶⁰

Quanto as formas admissíveis de alteração da constituição por meio do costume constitucional, é certo que “em ambas as hipóteses, as mudanças fáticas ou axiológicas ocorridas na sociedade podem ensejar tanto o surgimento de novo costume, como a alteração ou abandono.”⁶¹

Uadi Lammêgo BULOS⁶² denomina essa espécie de mutação constitucional como praxes constitucionais, abarcando além dos costumes os usos e as convenções. Ressaltando que podem promover mutações no sentido, significado e alcance das normas constitucionais, sem revisões ou emendas à carta maior.

Anna Candida da CUNHA FERRAZ entende que o costume constitucional decorre da própria Constituição:

“Se a Constituição nasce para ser efetivamente aplicada, desse princípio decorre logicamente que, diante da obscuridade ou inexistência de norma que ponha em ação matéria constitucional, os órgãos ou poderes

⁵⁸BULOS, Uadi Lammêgo, Do costume constitucional, 1996, p. 104-105.

⁵⁹DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Direito Constitucional Teoria, história e método de trabalho. 1ª reimpressão: Belo Horizonte. Editora Fórum. 2013. p.351.

⁶⁰DE SOUZA NETO, Direito Constitucional..., op. cit. p.351.

⁶¹DE SOUZA NETO, Direito Constitucional..., op. cit. p.351.

⁶²BULOS, Uadi Lammêgo, Curso de Direito Constitucional, 2011, p. 427-428.

constituídos devem atuá-las. É uma decorrência *lógica* da Constituição encontrarem os poderes constituídos meios de atuá-la validamente. Nessa linha de raciocínio o costume constitucional forma-se por decorrência lógica da própria Constituição". 63

Contudo parte da doutrina entende que não existe o costume constitucional diante as Constituições rígidas, tendo em vista que, pelo princípio da supremacia, "não há lugar para o costume, seja criativo, modificador, supletivo ou simplesmente interpretativo da Constituição, pois toda norma, inclusive a não escrita, cede diante da superioridade da norma constitucional".⁶⁴

Assim pode-se constatar que a observância da norma constitucional não está simplesmente limitada ao texto normativo, sendo necessário que ocorram interpretações por meio da mutação constitucional levando-se em consideração os costumes para que a norma seja adequada a realidade social.

⁶³FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 1ª Edição: São Paulo. Editora Max Limonad. 1986. p. 185.

⁶⁴FERRAZ, *Processos informais...*, *op. cit.*, p. 183.

5. O ATIVISMO JUDICIAL E A MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL

5.1 Conceito geral de ativismo judicial

Nos dias de hoje, “a linguagem cotidiana, política e acadêmica está impregnada por esse novo conceito”⁶⁵ o qual, além de ser muito usado no meio jurídico, também se espalha a outros órgãos e instituições, tal como, ativismo ministerial e ativismo do CNJ.

O termo *ativismo judicial* veio importado dos Estados Unidos, após ter sido utilizado pelo professor Arthur Schlesinger Jr., no artigo *The Supreme Court: 1947*, onde descreveu os juízes da Suprema Corte como juízes “ativistas”⁶⁶ (*activists*) e “campeões da restritividade judicial”, os quais podem ser chamados de “passivistas” (*self-restrain*).⁶⁷

Nesse sentido, os juízes “ativistas” seriam aqueles caracterizados por “inocularem, em suas decisões, as suas próprias concepções do bem comum” já os juízes “passivistas”, seriam aqueles que procuravam “preservar as margens de conformação do legislador, prezando pela maior deferência judicial”. Nesse contexto poderíamos concluir que o ativismo se referiria a uma forma negativa do exercício da jurisdição, contudo, “existem outras formas de enxergar esse fenômeno”.⁶⁸

Afinal, o que significaria ativismo judicial? Seria pois “(...) a extrapolação das funções inerentes ao Poder Judiciário? Usurpação da competência institucional alheia (Executivo ou Legislativo)? Erro da decisão? Decisão proferida por Juiz inconsequente? A adoção de uma metodologia da interpretação escusa? O casuísmo jurídico? Uma decisão progressista? Ou, ao invés, conservadora? Quem sabe, simplesmente uma decisão qual eu ou você discorda? Enfim, uma decisão que frustra uma expectativa prévia?”⁶⁹

Elival da SILVA RAMOS conceitua ativismo judicial como sendo “ o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) ”.

⁶⁵Ativismo judicial, proposta para uma discussão conceitual

⁶⁶Marcia Helena Bosh, *Mutação Constitucional e Ativismo*. p. 5

⁶⁷CONTINENTINO, Marcelo Casseb, *Ativismo Judicial Proposta para uma discussão conceitual*, pg. 2.

⁶⁸CONTINENTINO, *Ativismo Judicial...*, op. cit., p. 2.

⁶⁹Ativismo judicial, proposta..., op. cit.

Diferentemente, Cass SUNSTEIN apud Marcelo CASSEB CONTINENTINO, retrata a *multidimensionalidade* do termo, classificando-o em cinco sentidos diferente, quais sejam:

- Quando ocorre a anulação de um ato normativo (do executivo ou do legislativo), onde a constitucionalidade seria demonstrável ou defensável. Nesse caso, “critica-se a atuação da Suprema Corte pois se entende que, em tal situação, diante da presunção de constitucionalidade da lei, a corte deveria democraticamente prezar pela deferência ao legislador (*in dubio pro legislatore*)”⁷⁰
- Quando a Suprema Corte despreza os limites de suas atribuições e o princípio do da separação dos Poderes, criando um novo direito aduzindo que interpretou. Nesse sentido “o conceito de ativismo judicial estaria relacionado com a vedação à criação judicial do direito”⁷¹

Esse ponto merece uma explanação especial, tendo em vista a riqueza do assunto. Dessa classificação podemos destacar duas situações: o poder de interpretar, e a separação entre os Poderes.

No que se refere ao poder de interpretação da Suprema Corte, o problema reside “em sua premissa: a existência de normas jurídicas claras, com conteúdo bem definido e delimitado, “o que, em matéria constitucional, na maioria das vezes, não acontece, considerando que uma das características principais das normas constitucionais é sua “estrutura normativa aberta, que se presta a diversas interpretações”⁷²

Outrossim, o princípio da separação dos poderes parte das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, sendo essas atribuídas a estruturas orgânicas independentes entre si, sendo que cada órgão deve, *predominantemente*, exercer cada uma, sendo assim “estruturado com vista ao exercício adequado da atividade”⁷³, o que chamamos de função típica. Elival da SILVA RAMOS aduz que a função típica “admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um *núcleo essencial* da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente.

⁷⁰ CONTINENTINO, Marcelo Casseb apud COMELLA, 1997, pg 141.

⁷¹CONTINENTINO, Marcelo Casseb, Ativismo judicial, uma proposta para uma discussão conceitual, pg. 4

⁷²Ativismo Judicial, uma discussão...

⁷³SILVA RAMOS, Elival. Ativismo Judicial, Parâmetros Dogmáticos, Editora Saraiva: 2ª Edição.2015. p. 115.

Nesse sentido, ao se referir ao ativismo judicial, o que gera críticas é a “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa”⁷⁴. Elival da SILVA RAMOS, ainda destaca que, aqui “(...) não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”.⁷⁵

Sobre um contexto crítico, Elival da SILVA RAMOS, diz que:

Se não se pode afirmar que o ativismo judicial esteja necessariamente associado a Estados cujas Constituições adoram como dogma a independência e harmonia entre os Poderes, não é menos verdadeiro que a identificação do fenômeno, em geral, provenha desses sistemas constitucionais. Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos Poderes.

- Quando a Suprema Corte se desvia de uma metodologia de interpretação aceita. Marcelo Casseb CONTINENTINO explica que “É como se tivéssemos atingido o estado da arte em matéria de interpretação constitucional, ou seja, houvésssemos obtido o consenso em torno do método constitucionalmente adequado e correto de interpretar a Constituição, o que, naturalmente, não aconteceu.”⁷⁶
- Quando a Corte ou Juízes ativistas julgam se baseando nos resultados. Contudo, esse tipo de abordagem “(...) não traz consigo um parâmetro satisfatório para mapear as orientações individuais dos juízes e/ou da corte em contraste com a “correta” interpretação da norma constitucional, que estivesse acima de qualquer suspeita ou controvérsia.”⁷⁷

⁷⁴SILVA RAMOS, *Ativismo...*, op. cit. p. 119

⁷⁵SILVA RAMOS, *Ativismo...*, op. cit. p. 119.

⁷⁶CONTINENTINO, Marcelo Casseb, *Ativismo Judicial, Proposta para uma discussão conceitual*, p. 4.

⁷⁷CONTINENTINO, Marcelo Casseb, *Ativismo Judicial, Proposta para uma discussão conceitual*, p. 4

- A quinta e última classificação, ocorre quando não há o respeito aos precedentes judiciais, ou seja, quando uma decisão judicial não respeita as orientações consolidadas pela jurisprudência.⁷⁸

A Suprema Corte faz a interpretação constitucional sobre determinada matéria, devendo o Juiz segui-la. Contudo, se, caso contrário, os juízes ou as cortes inferiores não interpretar conforme o precedente, estaríamos diante do ativismo judicial. Nesse caso, não aplicar o precedente seria o mesmo que não aplicar o direito preexistente, ou seja, o Juiz ou a corte estaria julgando conforme sua própria consciência e vontade.⁷⁹

Nesse sentido, sobre as jurisprudências ou precedentes, se considerarmos o conceito das fontes formais do direito, qual seja o “conjunto de atos que o ordenamento jurídico atribui força normativa, com eficácia vinculante direta sobre a conduta dos sujeitos de direito e sobre os órgãos públicos incumbidos oficialmente da solução de controvérsias”⁸⁰ deve ser recusado às decisões judiciais o caráter de fonte formal.

O poder de criação normativa, dado às decisões judiciais, é limitado, tendo em vista que “o que importa é que nelas sobressai o aspecto da observância de atos normativos previamente editados em dada situação específica e não a capacidade expansiva de regular comportamentos.”⁸¹

Em um estudo comparado, vê-se que é reconhecido que no sistema do *civil law* “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros”⁸²

Contudo, no que tange ao sistema do *comom law*, a jurisprudência ocupa o posto de principal fonte, a qual tem valor de precedente, que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados.

Analisando as classificações, verifica-se a imprecisão do termo ativismo judicial, considerando as diversas maneiras de conceitua-lo. Elival da SILVA RAMOS aduz que a expressão possui uma carga valorativa positiva ou negativa, senão vejamos:

⁷⁸CONTINENTINO, Ativismo Judicial..., op. cit. p. 4

⁷⁹CONTINENTINO, Ativismo Judicial..., op. cit. p. 5

⁸⁰SILVA RAMOS, Elival da. Ativismo Judicial, Parâmetros Dogmáticos, Editora Saraiva: 2ª Edição. 2015. p. 106

⁸¹SILVA RAMOS, Ativismo Judicial..., op. cit. p. 107.

⁸²SILVA RAMOS, Ativismo Judicial..., op. cit. p. 107.

(...) dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais. Para os adeptos do literalismo e do originalismo, toda a prática judiciária que não se filie ao interpretativismo é ativista, emprestando ao termo conotação negativa, que o contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à objetividade e segurança jurídica, ao pluralismo ideológico etc. Em sentido oposto, os defensores da *construction* (não interpretativismo) não veem o ativismo de forma negativa, na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial, como demonstrado pela Hermenêutica contemporânea. Para os não interpretativistas, o passivismo judicial é que deve ser combatido, pois apenas uma interpretação evolutiva da Constituição teria permitido a sua sobrevivência durante duas centúrias, acomodando-se às profundas transformações sociais, econômicas e culturais experimentadas pelos Estados Unidos.⁸³

De uma forma positiva, Paulo Roberto BARBOSA RAMOS E Jorge FERRAZ DE OLIVEIRA JUNIOR apud Mauro CAPPELLETTI, aduz que “a criatividade judicial não somente é um fenômeno inevitável, mas também necessário e recomendável em países democráticos.”⁸⁴

Sobre um enfoque negativo, Elival da SILVA RAMOS apud DWORKIN, condena o ativismo judicial, aduzindo que o juiz ativista estaria violando o texto constitucional desde sua concepção:

“ O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um Juíz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativismo ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz da maneira complexa que estudamos em vários capítulos. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam uma às outras. Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um Juíz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto ao passivismo, não cede espaço algum à tirania.”⁸⁵

⁸³SILVA RAMOS, Elival, ATIVISMO JUDICIAL, Parâmetros Dogmáticos, Editora Saraiva, 2ª Edição, 2015, p. 135-136.

⁸⁴RAMOS, Paulo Roberto Barbosa e JUNIOR, Jorge Ferraz de Oliveira, Características do Ativismo Judicial nos Estados Unidos e no Brasil, um breve histórico do ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte Brasileira, pg. 3, apud CAPPELLETTI, 1999, p. 13, 103, 116, 133.

⁸⁵SILVA RAMOS, Elival da, ATIVISMO JUDICIAL, Parâmetros Dogmáticos, Editora Saraiva, 2ª Edição, 2015, p. 138, apud O IMPÉRIO DO DIREITO, p. 451-2.

Ante todo o exposto, resta claro as várias faces do termo ativismo judicial, as quais não pretendemos esgotar, tendo em vista a necessidade de um longo trabalho histórico, bem mais rico em detalhes e aprofundamento, contudo, visando atingir a finalidade do trabalho, vamos nos ater apenas ao conceito de desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional para caracterizar um Juiz ou uma decisão como ativista.⁸⁶

5.2 O ativismo judicial no direito constitucional brasileiro

Uma vez conceituado o ativismo judicial como uma decisão que não respeita os limites impostos pela própria lei, ou seja, a extrapolação da função jurisdicional, veremos como é o tratamento dogmático do ativismo judiciário à luz do ordenamento brasileiro, mas precisamente em relação a matéria constitucional.⁸⁷

O Supremo Tribunal Federal, a partir do ano de 2004, período em que houve uma mudança considerável em sua composição, com a aposentadoria dos ministros nomeados no regime militar, começou-se a apresentar “seus primeiros efeitos na jurisdição constitucional”, o que faz parecer que os ministros deixaram o perfil “autorrestritivo em abono a uma posição mais ativista”, no exercício da função jurisdicional constitucional, o que tem levado a diferentes opiniões, sendo que há afirmações de que “o Supremo tem sido fomentador de mudanças sociais reclamadas pelo seio social”, e de que o Supremo tem usurpado a competência atribuída a outros poderes.⁸⁸

No Brasil, geralmente esse conceito é utilizado com uma conotação negativa, mais precisamente quando ocorre a “extrapolação das funções inerentes ao Poder Judiciário”.⁸⁹

Quando se refere a extrapolação dos marcos normativos materiais da função jurisdicional, isso não significa, necessariamente que as decisões ativistas ampliem de modo inaceitável, o campo previsto pelo legislador em uma norma. Os limites quais o poder judiciário deve observar são os que se referem a atividade de interpretação e a aplicação, sendo observado todo o conjunto do ordenamento, “seja para fixar o

⁸⁶SILVA RAMOS, ATIVISMO JUDICIAL..., op. cit. p. 141.

⁸⁷SILVA RAMOS, ATIVISMO JUDICIAL..., op. cit. p. 141.

⁸⁸RAMOS, Paulo Roberto Barbosa, e JUNIOR, Jorge Ferraz de Oliveira. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil...p.2

⁸⁹CONTINENTINO, Marcelo Casseb, ATIVISMO JUDICIAL, Proposta para uma discussão conceitual. p. 5

sentido das disposições que o integram, seja para estabelecer a adequada relação entre elas.⁹⁰

A decisão judicial, onde se concretiza a aplicação da norma, poderá destoar do direito aplicado de várias formas, como diz Elival da SILVA RAMOS, “pode o juiz deixar de “reconhecer a revogação ou a invalidade de dispositivo legal ou ampliando, reduzindo ou alterando o espaço de interpretação que ele comporta”.⁹¹

Em matéria constitucional, o ativismo judicial é visto de uma forma singular, considerando às “especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior”, que compreende a “Supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito.”⁹²

O fato de a norma constitucional possuir um caráter de norma-princípio, amplia a sua incidência em outros textos normativos, contudo, sua capacidade regulatória fica menos intensa. Diante da imprecisão do texto constitucional, o qual geralmente tem textos com conceitos indeterminados, qual depende de uma interpretação valorativa, e da posição de “supremacia funcional dos órgãos judiciários, com atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição, quer por lhe incumbir, à título exclusivo, o controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas” ou por se tratar de “órgão da cúpula do Poder Judiciário, e que, nessa condição, tem a palavra final sobre questões constitucionais”⁹³

Ante essas questões, é fato que não deve ser restringido o ativismo judicial apenas à matéria constitucional, sendo que, o fenômeno está inserido também em toda e qualquer ocasião que a Constituição Federal esteja envolvida, sobre o assunto, Elival da SILVA RAMOS:

Se a essência do fenômeno está no menoscabo aos marcos normativos que balizam a atividade de concretização de normas constitucionais por juízes e tribunais, toda e qualquer situação que envolva a aplicação da Constituição por esses órgãos há que ser avaliada. Desse modo, o ativismo pode se dar em sede de fiscalização de atos legislativos ou administrativos-normativos, mas, também, no âmbito do controle de atos administrativos de natureza concreta, de atos jurisdicionais atribuídos a outro Poder ou de atos relativos ao exercício da função de chefia de Estado.

⁹⁰SILVA RAMOS, Elival da Silva, ATIVISMO JUDICIAL, Parâmetros Dogmáticos, Editora Saraiva, 2ª Edição, 2015, p. 142.

⁹¹SILVA RAMOS, ATIVISMO JUDICIAL...op. cit. p. 142.

⁹²SILVA RAMOS, ATIVISMO JUDICIAL...op. cit. p. 142.

⁹³SILVA RAMOS, ATIVISMO JUDICIAL..., op. cit. p. 142.

A causa desse fenômeno, em um primeiro momento, está relacionada com o modelo de Estado que “o constitucionalismo pátrio vem prestigiando desde a Carta de 1934”⁹⁴ onde havia um Estado democrático-social intervencionista, o qual se manteve até hoje na atual Constituição. Em vários momentos a Constituição de 1988 qualifica a República Federativa do Brasil com um Estado democrático, o qual tem a função de ser atuante, “que a tudo provê e que em tudo intervém”⁹⁵ Elival da SILVA RAMOS aduz que “esse intervencionismo estatal se verifica, especialmente por meio das funções de governo, legislativa e administrativa.

Nesse modelo, deveria caber ao Poder Judiciário, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais poderes, contudo, sobre ele, e principalmente nele, recaem as expectativas e pressões da sociedade, no sentido de que o judiciário deve executar de forma célere os fins traçados na Constituição, incluindo a fruição de direitos sociais.⁹⁶

E diante disso que pode-se concluir que o próprio modelo de “Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial”⁹⁷, pois, dessa forma acaba por levar os tribunais ou juízes à revelar, em certas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento, que a atuação lhes cabe.

Nesse sentido Elival da SILVA RAMOS, “cabe à crítica doutrinária auxiliar o Poder Judiciário a encontrar o equilíbrio entre a ousadia e a criatividade, imprescindíveis à tarefa de concretização de uma Constituição social-democrática, e a observância dos limites decorrentes da adequada interpretação do próprio texto que se pretende ver transformado em realidade”.

Contudo, por outro lado, é certo que essa atuação criativa dos julgadores, também se dá pela busca de uma nova hermenêutica para decidir, visando dar real efetividade aos direitos constitucionais, tendo em vista as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, os quais detêm a função de regular tais direitos.⁹⁸

⁹⁴SILVA RAMOS, Elival da, ATIVISMO JUDICIAL, Parâmetros Dogmáticos, Editora Saraiva, 2015 p. 284.

⁹⁵SILVA RAMOS, ATIVISMO JUDICIAL.. op. cit. p. 285.

⁹⁶SILVA RAMOS, ATIVISMO JUDICIAL..., op. cit., p. 286.

⁹⁷SILVA RAMOS, ATIVISMO JUDICIAL..., op. cit. p. 286.

⁹⁸JUNIOR, Arthur Bezerra de Souza e MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro, O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JUDICIAL ACTIVISM THE FEDERAL SUPREME COURT , p. 2.

O poder Judiciário, visando suprir tais omissões dos outros poderes, acabam em certas situações, por extrapolar seus limites e ingressam no “campo da criação legislativa e da realização de políticas públicas.”⁹⁹

Arthur BEZERRA DE SOUZA JUNIOR e Samanta RIBEIRO MEYER-PFLUG, em artigo dedicado ao tema, argumentam que “como guardião da Constituição, não seria permitido ao Supremo Tribunal Federal deixar de zelar pelo respeito às normas constitucionais. A necessidade de manifestação do Poder Judiciário acerca de certas questões decorre da própria judicialização da política levada a efeito pela Constituição Federal de 1988”.¹⁰⁰

Os autores referidos apontam que a Constituição Federal Brasileira tem uma carga axiológica, sendo que, deixar de implementar seus ditames ou desrespeitar direitos individuais acaba por gerar um desacato. A própria omissão legislativa gera o desrespeito dos princípios constitucionais.¹⁰¹

Elival da SILVA RAMOS, em uma análise às decisões que se verifica o fenômeno do ativismo judicial, conclui que o poder judiciário pressionado pelo fato de ter que concretizar com plenitude a Constituição Federal, acaba por ultrapassar os limites impostos a função jurisdicional:

O exame das decisões em que se pode detectar o fenômeno do ativismo judicial na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela que uma das principais causas de seu recrudescimento é de ordem institucional. Ou seja, o Poder Judiciário, estimulado pelo reforço à tarefa de controle jurídico da função legislativa que lhe compete exercer e premido pelas pressões no sentido de concretizar plenamente a Constituição social-democrática de 1988, ultrapassa, por vezes, os limites que o nosso sistema jurídico estabelece ao manejo da função jurisdicional, porém o faz, em boa medida, pela ineficiência dos Poderes representativos na adoção das providências normativas adequadas àquela concretização.¹⁰²

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, dispõe que “não se pretende, de modo algum, usurpar a competência do Parlamento, mas, ao contrário, pressionar para que o legislador atenda, faça aquilo que a Constituição preconiza”, afirmando

⁹⁹JUNIOR, O ATIVISMO JUDICIAL..., op. cit. p. 2.

¹⁰⁰JUNIOR, O ATIVISMO JUDICIAL..., op. cit. p. 2.

¹⁰¹JUNIOR, O ATIVISMO JUDICIAL..., op. cit. p. 6.

¹⁰²SILVA RAMOS, Elival. ATIVISMO JUDICIAL, parâmetros dogmáticos. Editora Saraiva, 2ª Edição, 2015. p. 303.

ainda que o ativismo judicial “não é uma manifesta de despreço com o Congresso Nacional, mas uma tentativa de concretizar a Constituição”¹⁰³

Luiz Roberto BARROSO, ao defender o ativismo judicial assevera que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. [...] o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. [...] o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades construindo regras específicas da conduta de enunciados vagos [...] ¹⁰⁴

Aduz ainda que, o ativismo judicial tem sido uma saída plausível em face da crise institucional do Poder executivo e legislativo. Todavia, adverte que o ativismo judicial não é um remédio definitivo, mas sim um remédio excepcional nos momentos de crise, senão vejamos¹⁰⁵:

[...] o ativismo, até aqui, tem sido parte da solução, e não um problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real representatividade, legitimidade e funcionalidade do poder legislativo.

Nesse sentido, quando o uso do ativismo judicial é excessivo, e extrapola os limites constitucionalmente delimitados para o exercício de cada função dos Poderes, ocorre por vezes, uma mutação inconstitucional. ELIVAL DA SILVA RAMOS, afirma que “ Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só”. ¹⁰⁶

¹⁰³SILVA RAMOS, Elival da. ATIVISMO JUDICIAL, parâmetros dogmáticos. Editora Saraiva, 2ª Edição , 2015. p. 304.

¹⁰⁴BARROSO, Luiz Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo. Editora Saraiva , 2011, p. 89.

¹⁰⁵JUNIOR, Arthur Bezerra de Souza e MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro, O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JUDICIAL ACTIVISM THE FEDERAL SUPREME COURT , pg.7, apud MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. Ativismo Judicial e a efetivação de direitos o Supremo Tribunal federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 63

¹⁰⁶SILVA RAMOS, ATIVISMO JUDICIAL..., p. 144.

Se há cerceamento da atividade de outro Poder, fundamentada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou com conceito indeterminado, haverá uma interferência indevida na função de outro Poder ou órgão. Diante disso, o ativismo judicial em sede de controle de constitucionalidade, pode agredir o direito em duas situações: “pela deformação da normatividade constitucional e pela deformação, simultaneamente ou não, do direito infraconstitucional.”¹⁰⁷

5.3. Mutação inconstitucional como consequência do ativismo judicial

No que tange a muta o constitucional, já vimos anteriormente que se trata de altera o da interpreta o da norma constitucional para que essa seja adequada a realidade social. Sendo que tal altera o ocorre por meio de novas interpreta es, sem, contudo, alterar o texto da norma, devendo haver o respeito aos limites impostos pela própria norma ou por expressa previsão na Constitui o Federal, como exemplo as cláusulas pétreas.

Contudo, como já sabemos existe situa es onde não são respeitados os limites impostos pela própria natureza da norma, ultrapassando a elasticidade do texto constitucional, resultando em uma altera o que afronta a Constitui o, e ocorrendo a muta o inconstitucional que pode ocorrer por meio do ativismo judicial. Anna Candida DA CUNHA FERRAZ, aduz que “a prática constitucional revela constantemente que nem sempre as limita es impostas são observadas, e que as mudanças constitucionais escapam, muitas vezes, de qualquer controle”, nesse sentido explica que:

A ausência de controle   resultado de vários fatores: os processos de mudança são incontroláveis pela natureza da matéria que versam ou pelo modo em que ocorrem; os controles são ineficazes, não os atingindo em plenitude; ou predominam, sobre eles, forças extraconstitucionais, forças políticas, pressões de grupos sociais, etc, de tal sorte que a mudança inconstitucional se impõe e fera efeitos na vida constitucional do Estado.

Uadi Lammêgo BULOS conceitua muta o inconstitucional como “processos informais de viola o a carta magna”. Mencionando também que os efeitos que são provocados por essas deforma es variam, e podem contrariar o texto constitucional em uma extensão maior ou menor.¹⁰⁸

¹⁰⁷SILVA RAMOS, Elival da. ATIVISMO JUDICIAL, parâmetros dogmáticos. Editora Saraiva, 2  Edic o , 2015. p. 144.

¹⁰⁸BULOS, Uadi Lammêgo, Curso de Direito Constitucional, EDITORA SARAIVA, 2011, p. 429.

A mutação inconstitucional pode consistir em uma interpretação que viole limites em uma proporção notória e conhecida ou pode ocorrer de uma maneira despercebida pela inércia legislativa.

A inércia legislativa também conhecida como inércia constitucional ocorre a partir do momento em que o legislador tem o dever de editar uma lei ou ato normativo para regular algum dispositivo constitucional e não o faz, sendo que nesse caso esta desobedecendo a própria manifestação do poder constituinte originário.¹⁰⁹

O legislador, a partir do momento em que, encarregado de dar execução a uma norma, não o faz, paralisando a aplicação da norma, esta corrompendo sua finalidade. Tal inércia nada mais é do que a inatividade dos poderes estatais, sendo caracterizada pela não obediência das disposições expressas na Constituição.

Aqui, podemos fazer um paradoxo com o ativismo judicial visto por uma concepção positiva, onde doutrinadores, defensores desse fenômeno, afirmam que o fenômeno ocorre com a intenção de suprir as lacunas deixadas pelo poder legislativo, se manifestar ante as omissões às situações presentes na sociedade atual, que precisam de regulamentação.

No que tange a mutação inconstitucional de grande proporção pode-se citar como exemplo a investidura do então vice-presidente Marechal Floriano Peixoto, na presidência da república, sendo violado o artigo 42 da Constituição Federal de 1891, o qual previa que “se no caso de vaga, por qualquer causa, da Presidência ou Vice-Presidência, não houverem ainda decorrido dois anos do período presidencial, proceder-se-á nova eleição”. Ocorre que o Congresso Nacional permitiu que Marechal assumisse o cargo de Presidente, embora a renúncia do primeiro presidente tenha ocorrido antes do término dos dois primeiros anos de mandato.¹¹⁰

Sobre o tema Anna Cândida da CUNHA FERRAZ faz uma distinção entre *mutação constitucional, que não violam o texto constitucional, e mutação inconstitucional, que implicam em violação da Constituição*, a autora menciona ainda que apesar de violar a constituição a mutação inconstitucional ainda subsiste na prática.¹¹¹ Ou seja, o fato de a mutação constitucional não estar expressamente prevista na Constituição não faz com que a mutação seja um fenômeno *contra*

¹⁰⁹BULOS, Uadi Lammêgo, Curso de Direito Constitucional, EDITORA SARAIVA, 2011, p. 429.

¹¹⁰BULOS, Uadi Lammêgo, Curso de Direito Constitucional, EDITORA SARAIVA, 2011, p. 430.

¹¹¹CF. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, p. 9 e ss. Apud SALET, Ingo Wolfgang, Curso de Direito Constitucional, 3ª Edição revista, atualizada e ampliada, Revista dos Tribunais, p. 163.

constitutionis, contudo ocorrerá a mutação inconstitucional toda vez que contrariar a natureza da norma constitucional, ferindo seu texto propriamente dito, sua finalidade original ou princípios.

A mutação constitucional, como já dito anteriormente, deve respeitar limites, que estão previstos na própria norma constitucional, sendo que o próprio poder constituinte já projetou no momento em que criou a norma. A existência do fenômeno da mutação inconstitucional não quer dizer que tais mudanças devem ser juridicamente toleradas, motivo pelo qual devem ser rejeitadas pelos órgãos estatais competentes.¹¹²

Pode-se verificar a ocorrência da mutação inconstitucional pela distância entre a realidade atual da sociedade e a constituição. A mutação constitucional supera o distanciamento entre a realidade social e a norma, permitindo que ocorra a efetivação dos preceitos da norma constitucional, pois, sem a alteração do alcance e do sentido da norma essa não poderia ser utilizada. Já a mutação inconstitucional ultrapassa os limites impostos pela própria natureza da norma, fazendo com que ela se distancie da realidade social, tornando-a incapaz de exercer seu verdadeiro papel e totalmente ineficaz.

BULOS¹¹³ descreve como veículo da mutação constitucional as *manipulações inconstitucionais* que se tratam do “desrespeito às normas constitucionais, que passam a ser usadas para servir, ardilosamente, a interesses vis. O intérprete, em vez de servir a constituição, serve-se dela, mediante manobra ou engodo da lei suprema fazendo passar “gato por lebre constitucional” (Néstor Pedro Sagués)”¹¹⁴.

O autor (ibidem, p. 432) cita ainda alguns meios de manipulações inconstitucionais, quais são:

- ✓ **Conferir as palavras escritas nas constituições sentidos totalmente ilógicos e absurdos** – no *Instrument of Government de 1653*, temos o registro do primeiro absurdo manipulativo de que se tem notícia. Oliver Cromwell, a fim de driblar a exigência de cinco meses para a dissolução do Parlamento inglês (art. VIII), interpretou esse prazo pelo calendário lunar, e não pelo solar. Assim, mudou o sentido óbvio da palavra *mês*, adequando-a a seus próprios interesses;
- ✓ **Interpretar um dispositivo constitucional como se não existissem outros** – o Supremo evitando uma indesejada *manipulação inconstitucional*, arquivou *habeas corpus* contra a Súmula Vinculante n. 11 cujo enunciado restringe o uso de algemas durante as prisões apenas para os casos em que o preso oferecer riscos ao policiais ou a terceiros. Ao decidir assim a Corte não considerou apenas o art.

¹¹²Barroso, Luis Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, p. 127-128 apud SALET, Ingo Wolfgang, Curso de Direito Constitucional, 3ª Edição revista, atualizada e ampliada, Revista dos Tribunais, p.163.

¹¹³BULOS, Uadi Lammêgo, Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 6ª Edição, 2010, p. 431.

¹¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo, Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 6ª Edição, 2010, p. 431.

5ª LXVIII que contempla o *habeas corpus* como também o art. 103 – A parágrafo 2ª, que consagra os requisitos para a revisão de tais Súmulas. Desse modo a Corte evitou a manipulação inconstitucional do remédio heroico, que, seguramente, não deve ser usado para revisar o conteúdo de Súmulas vinculantes (STF, HC 96, 301/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, J. em 2-10-2008);

- ✓ **Legitimar competência inconstitucional** – o art. 127 da Carta Magna não legitima a competência para o Ministério Público propor ação civil pública para obter internação compulsória de pessoas portadoras de alcoolismo. Nessa hipótese, não se trata de interesse social indisponível, de defesa da ordem pública ou do regime democrático mas compete a defensoria pública tutelar tal interesse. Esse entendimento do Supremo impediu que se legitimasse a competência inconstitucional de o *parquet* obrigar o internamento de alcoólatras. (STF, RE 496.718/RS. p/acórdão Min. Menezes Direito, j. em 12-08-2008); e
- ✓ **Criar exceções não previstas constitucionalmente** – O Supremo impediu que houvesse manipulação inconstitucional do art. 37, II, do texto maior, ao concluir pela presunção de boa-fé na feitura de concursos públicos. Ensinou o Ministro Lewandowski que “não é possível presumir a existência de má-fé ou a ocorrência de irregularidade pelo simples fato de duas das candidatas aprovadas terem sido assessoras de desembargadores integrantes na banca examinadora”(STF, MS 26.700/RO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *Clipping* do DJ de 30-05-2008).

Anna Candida DA CUNHA FERRAZ lista algumas formas de violação à Constituição Federal, senão vejamos:

As violações à Constituição assumem forma variada. Impossível registrá-las todas. Mencionem-se, portanto, algumas delas: as interpretações constitucionais legislativas, judicial e administrativa que ao atuarem, contrariam a Constituição; as práticas ou costumes *contra constitutionem* – processos esses que se contrapõem aos de mutação constitucional em razão das falhas apontadas. De outro lado, agrupam-se processos, violentos ou não, que podem ou não, ter, no início, base constitucional e que provocam, como resultado, *mutações inconstitucionais* multifárias: suspensão da Constituição, ilegitimidade do exercício do poder ou, como *ultima ratio*, a supressão da Constituição. Esses processos são examinados pela doutrina sob titulação variada: golpes de estado, ditaduras, revoluções”.¹¹⁵

Na prática, as mutações inconstitucionais ocorrem ou porque o controle de constitucionalidade é ineficaz; o controle não atinge os atos e práticas desenvolvidas no âmbito dos poderes constituídos, ou porque “pela própria natureza do processo ele se subtrai, sem possibilidade de sanção, a qualquer controle de constitucionalidade exercido por órgãos ou poder constituído”.¹¹⁶ Anna Candida DA CUNHA FERRAZ assevera que “(...) o único tipo de controle que poderá incidir sobre tais mutações é o

¹¹⁵FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos Informais de mudança da Constituição. Editora Max Limonad. 1ª Edição, 198, p. 244.

¹¹⁶FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos Informais de mudança da Constituição. Editora Max Limonad. 1ª Edição, 198, p. 214.

controle constitucional não organizado, isto é, o acionado por grupos de pressão, pela opinião pública, pelos partidos políticos, etc.”¹¹⁷

A referida autora ainda destaca que a mutação inconstitucional é um problema de tal magnitude que “(...) em regra, resultam do mau uso ou abuso das modalidades de mutação constitucional”¹¹⁸. Ouso acrescentar que, no atual cenário do poder judiciário, resulta principalmente do ativismo judicial, sob o prisma de que, os aplicadores da lei, sobre a justificativa de que estão interpretando a norma constitucional, acabam por ultrapassar as competências de sua função, invadindo ou usurpando da competência de outro poder.

O fenômeno da mutação inconstitucional pode trazer algumas consequências considerando que viola a constituição. Anna Candida DA CUNHA FERRAZ, lista três efeitos, quais sejam: “a) podem contrariar parcialmente a Constituição afetando-a apenas num caso concreto, sem que o texto constitucional seja alterado ou revogado; b) podem ab-rogar ou derogar determinada norma constitucional; c) podem suspender, temporariamente, a eficácia das normas constitucionais; d) podem produzir rupturas no ordenamento constitucional; podem provocar mudança total da Constituição.”¹¹⁹

Em notas finais de sua obra, a referida autora, conclui que a mutação inconstitucional transforma, alteram, mudam substituem e podem até destruir normas constitucionais, afirmando a inadmissibilidade de sua prática, contudo, se conformando com sua existência:

Inadmissíveis teoricamente diante da concepção de Constituição, obra de um poder mais alto, reflexo de uma ideia de direito na comunidade, decisão política fundamental positivada, dotada de caráter impositivo que deve prevalecer sobre todo o sistema jurídico e político, abarcando, a um só tempo, todos os atos dos governantes e governados, perduram, todavia, na prática. Não há como negar-lhe existência. Combatê-los e repeli-los é, pois, imperativo indiscutível.

Assim, resta claro que a ocorrência da mutação inconstitucional é algo perigoso e que pode causar inúmeros prejuízos a ordem constitucional. A mutação

¹¹⁷FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos Informais de mudança da Constituição. Editora Max Limonad. 1ª Edição, 198, p. 214

¹¹⁸FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos Informais de mudança da Constituição. Editora Max Limonad. 1ª Edição, 1986, p. 214.

¹¹⁹FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos Informais de mudança da Constituição. Editora Max Limonad. 1ª Edição, 1986, p. 245.

constitucional, conforme já dito, deve ocorrer de maneira que respeite o real objetivo e a finalidade da norma, ou seja, deve haver o respeito aos limites da mutação constitucional tal como os limites impostos para o próprio poder judiciário no exercício da interpretação e aplicação da Constituição, pois, caso contrário, estaríamos diante de destruição das normas constitucionais.

5.4 Análise jurisprudencial

Diante de tudo que foi aqui exposto, verifica-se que a Suprema Corte tem como função a proteção da Constituição Federal.

Entretanto, essa função, ou o modo de atuação dessa Corte só é possível diante da expressa previsão constitucional, onde deve haver autorização para que o Supremo Tribunal Federal intervenha “tanto na vida social quanto nos demais poderes instituídos”.¹²⁰

Essas atribuições conferidas ao STF não conferem ao órgão uma “(...) carta em branco para atuar livremente”¹²¹, mas sim, atribuições que devem ser cumpridas, nos limites impostos pela própria norma, e inerente ao poder o qual pertence.

Em estudo dedicado ao tema, Jefson Márcio Silva Romaniuc, preceitua que não se tem uma certeza de que as decisões do Supremo Tribunal Federal serão justas e obedecerão a Constituição Federal apenas pelo fato do órgão ser composto¹²² por 11 ministros, nesse sentido vejamos:

Ora, o fato daquela Corte ser composta de onze ministros não confere, por si só, a certeza de que as decisões ali emanadas serão justas e conforme s a Constituição Federal. (...) O Supremo Tribunal Federal é um órgão de proteção e fiscalização do respeito à Constituição, devendo respeito aquele documento estruturante do Estado, de modo que, para que se mantenha dentro dos limites de atuação legítima, deve, logicamente, não afrontar preceitos constitucionais. É o mínimo que podemos esperar de um órgão com essas atribuições.

¹²⁰ Jefson Márcio Silva Romaniuc . Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: visão crítica sobre os limites da atuação judicial. p. 9.

¹²¹ Jefson Márcio Silva Romaniuc . Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: visão crítica sobre os limites da atuação judicial. p. 9.

¹²² Jefson Márcio Silva Romaniuc . Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: visão crítica sobre os limites da atuação judicial. p. 9.

Nesse sentido, resta claro que algumas decisões judiciais extrapolam os limites previstos pela Constituição Federal, atuando o Juiz, interprete da lei, como se legislador fosse, preenchendo o vácuo legislativo.

Em um primeiro momento podemos verificar o caso da greve dos servidores públicos. A Constituição Federal, no artigo 37, inciso VII, prevê o direito de greve, dispondo que seu exercício deverá se dar nos termos dos limites definidos em lei específica.

Ocorre que a referida norma constitucional possui eficácia limitada, sendo que, enquanto não sobrevier a lei regulamentadora, os servidores públicos ficariam impossibilitados de exercer o direito de greve. O poder legislativo até agora não editou a citada lei, assim o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mandado de injunção n. 708, decidiu pela aplicação da lei geral de greve (Lei n. 7.783/89), sob a fundamentação de que já que era função do legislativo regular sobre referida matéria é o mesmo nada fez, cabia ao judiciário tomar uma posição.¹²³

Outro exemplo da ocorrência do ativismo judicial se deu na decisão em sede da ADPF n. 54, que discutia a possibilidade de realização de aborto no caso de gravidez de feto anencefálico, a qual gerou uma série de discussões a respeito do neoconstitucionalismo tal como da legitimidade do poder judiciário em atuar como legislador, sendo que a lei autoriza a realização do aborto apenas nos casos de gravidez resultada por estupro, ou se a gestação coloca em risco a vida a gestante.¹²⁴Nesse caso, o relator Ministro Marco Aurélio que votou pelo deferimento do pedido, assim asseverou:

A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. [...]Se

¹²³FERNANDES, Rafael Laffitte e ROSSO NELSON, Rocco Antonio Rangel. O supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judicial: " (Re)analizando o Dogma do "legislador negativo". Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980- 7791.

¹²⁴FERNANDES, Rafael Laffitte e ROSSO NELSON, Rocco Antonio Rangel. O supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judicial: " (Re)analizando o Dogma do "legislador negativo". Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980- 7791, p. 16.

alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal. A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.¹²⁵

A citada decisão trouxe muita polemica pois foi vista por muitos como ativista, no que tange a criação de uma terceira hipótese de aborto, o que deveria ter sido realizado pelo Poder Legislativo. O ministro Cezar Peluso afirmou que “ Não temos legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal, a ADPF não pode ser transformada em panaceia que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional”¹²⁶

Nesse mesmo sentido o Ministro Ricardo Lewandowski aduziu que “Não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos”¹²⁷

A ministra Ellen Gracie, em uma inteligente explanação, votou pelo não conhecimento da ação, afirmando que não é possível, por uma criação jurisprudencial, criar uma terceira causa exculpante para realização do aborto. Afirmou ainda que essa decisão é uma criação legislativa e fere profundamente os princípios basilares, como o da separação dos poderes e repartição estrita das competências, senão vejamos:

O que vem ao crivo do Tribunal nesta ação? Uma norma velha de 65 anos que, ao momento da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi

¹²⁵ Informativo nº 661 do STF, de 9 a de 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Acesso em 29 de outubro de 2016.

¹²⁶FERNANDES, Rafael Laffitte e ROSSO NELSON, Rocco Antonio Rangel. O supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judicial: “ (Re)analisando o Dogma do “legislador negativo”. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980- 7791. p. 17.

¹²⁷FERNANDES, Rafael Laffitte e ROSSO NELSON, Rocco Antonio Rangel. O supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judicial: “ (Re)analisando o Dogma do “legislador negativo”. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980- 7791. p. 17.

recepcionada, como todo o Código Penal. Essa disposição de lei comina com pena privativa de liberdade quem promova o abortamento. Criadas foram duas exceções em que tal prática não será penalizada. O que a ação pretende é fazer inserir, nesse dispositivo, por criação jurisprudencial, uma terceira causa exculpante. Ou seja, que, além do abortamento sentimental (gravidez fruto de violência) e do abortamento terapêutico (risco para a vida da mãe), também seja isento de penalidade o abortamento de feto diagnosticado como anencefálico. É, sem dúvida, atuação legislativa que se pretende do Tribunal. A esse propósito, é preciso também registrar que inúmeras são as iniciativas parlamentares tendentes a alargar as excludentes de ilicitude da prática de abortamento. Sete desses projetos encontram-se em tramitação conjunta nas casas legislativas, um deles foi arquivado no Senado em 21.10.04 e outro, em regime de tramitação ordinária, aguarda parecer. [...] Entendo, Senhor Presidente, que a sociedade brasileira precisa encarar com seriedade e consciência um problema de saúde pública que atinge principalmente as mulheres das classes menos favorecidas. E deve fazê-lo por meio de seus legítimos representantes perante o Congresso Nacional, não, ao contrário, por via oblíqua e em foro impróprio, mediante mecanismos artificiosos que, inobstante o brilho com que deduzidos os argumentos na inicial e na sustentação oral pelo eminente Professor Luiz Roberto Barroso, acarretaria uma ruptura de princípios basilares, como o da separação de poderes e a repartição estrita de competências entre eles. Parece-me profundamente antidemocrático pretender obter, por essa via tão tortuosa da ADPF, manifestação a respeito de um tema que, por ser controverso na sociedade brasileira, ainda não logrou apreciação conclusiva do Congresso Nacional, ainda que registradas tantas iniciativas legislativas em ambas as Casas. Não há o Supremo Tribunal Federal de servir como “atalho fácil” para a obtenção de resultado – a legalização da prática do abortamento – que os representantes eleitos do povo brasileiro ainda não se dispuseram a enfrentar.¹²⁸

Analisando as considerações feitas nos votos vencidos, podemos verificar que os Ministros deixaram claro que a questão deveria ser primeiramente analisada no Poder Legislativo, o qual tem a legitimidade para legislar, e como no caso, acrescentar mais uma possibilidade de realização de aborto, sem que os participantes incidam em responsabilização.

¹²⁸ Informativo nº 661 do STF, de 9 a de 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Acesso em 29 de outubro de 2016.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo central o estudo da mutação constitucional e a consequência do desrespeito aos limites impostos pela Constituição Federal, analisando o tema sobre a visão da doutrina e da jurisprudência.

Do estudo, pode-se concluir que a mutação constitucional acontece na realidade na cabeça do interprete sob a influência do meio social. Observamos que existe uma grande relação entre a Constituição e a sociedade, vez que a sociedade constantemente passa por uma evolução de seus valores, sua forma de pensar e agir e a Constituição necessitada acompanhar essa evolução, pois caso contrário perderia sua real eficácia, ou seja, não estaria havendo a busca necessária pela efetivação dos preceitos constitucionais e a garantia a todos dos direitos fundamentais.

Inicialmente buscou-se demonstrar como ocorre a mutação constitucional, bem como suas formas e consequências para o ordenamento jurídico, mais especificamente como ela ocorre quando não respeita fielmente o texto constitucional, resultando em uma mutação inconstitucional.

Vimos ainda a relevância do fenômeno da mutação constitucional para a sociedade de uma forma geral, pois quando a Constituição do Estado evolui juntamente com a sociedade que a regulamenta essa está efetivamente exercendo seu papel, qual seja, organizar a sociedade de acordo com os fatos reais e efetivos.

Percebe-se que apesar da Constituição ser classificada como rígida ela passa por transformações devido as mudanças sociais, ocorrendo na área econômicas, tecnológica e até famílias, afetando assim direitos fundamentais, os quais também pode ser objeto de mutação constitucional.

Verifica-se que para que utilização da mutação constitucional deve ser respeitada alguns limites que são impostos pela própria natureza da norma, pois, caso contrário, resulta em uma mutação inconstitucional.

Em um momento posterior verificamos que essas consequências oriundas das alterações realizadas por meio da mutação inconstitucional por muitas vezes ocorrem em decorrência do ativismo judicial, onde o Juiz ou tribunal, em suas decisões, sobre a justificativa de sanar omissões legislativas, criam leis, usurpando da competência de outro Poder.

Apesar de no Brasil o conceito do ativismo judicial ser usado pelos doutrinadores com um viés negativo, a expressão implica em uma grande variedade

de empregos, o que acaba por vezes em dificultar a apuração se estamos diante de uma atuação ativista ou não do Poder Judiciário.

Enfim, chega-se à conclusão que o fenômeno mutação constitucional ora estudado se trata de uma mudança do sentido e alcance ocorrida no texto normativo por meio de uma nova interpretação da norma realizada pelo STF no exercício do poder difuso, e que esse fenômeno assume um importante papel na atualização da nossa Constituição, sem o qual a Carta Política não ia passar de uma simples folha de papel. Tal como de que também é comum a mutação inconstitucional no momento em que o interprete da lei, não respeita os limites impostos pela Constituição, agindo como um ativista judicial.

BIBLIOGRAFIA

BARATA, Rodrigo Sarmiento. ***A Mutação Constitucional e o STF: Sua utilização e algumas perspectivas***. 2009. 118 f. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob a orientação da Professora Paula Gorzoni. São Paulo. 2009.

Biblioteca Digital do Senado Federal. Disponível em [www.2senado.gov.br](http://www2.senado.gov.br), acesso em: 04 de outubro de 2016.

BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 39 e 40.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª Edição: São Paulo. Editores Malheiros. 2013. pg. 145.

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

BULOS, Uadi Lâmego. ***Da Reforma à Mutação Constitucional***. Biblioteca Virtual

BULOS, Uadi lammêgo, **Costume constitucional**, 1996, Brasília a.33 n. 131 jul/set 1996 revista de informação legislativa, disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176479/000512740.pdf?sequencia=3>

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. Editora Saraiva: São Paulo, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1990. (série legislação brasileira).

DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional Teoria, história e método de trabalho**. 1ª reimpressão: Belo Horizonte. Editora Fórum. 2013.

DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões Intermédias e Mutação na Justiça Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Arraes. 2012.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Edição: Rio de Janeiro. 2015.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Editora Max Limonad. 1ª Edição, 1986.

FERNANDES, Rafael Laffitte e ROSSO NELSON, Rocco Antonio Rangel. **O Supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judicial: “ (Re)analizando o Dogma do “legislador negativo”**”. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980- 7791, acesso em 01 de outubro de 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 5ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2007.

HESSE, Konrad – traduzido por: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Editora Saraiva: São Paulo. 2009.

HORTA, Raul Machado, **Direito Constitucional**, Editora Del Rey: 3ª Edição. Belo Horizonte. 2002.

JUNIOR, Arthur Bezerra de Souza e MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro, O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JUDICIAL ACTIVISM THE FEDERAL SUPREME COURT.

Julia da Silveira Rocha, **MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: POR UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA DEMOCRATICAMENTE ADEQUADA**, 2011. Monografia Disp. em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/5_-_tcc_pronto.pdf, acesso em: 5 de setembro de 2016.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**. Editora Atlas: São Paulo. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, Editora Saraiva 17ª Ed. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 132.

RAMOS, Elival da Silva. **ATIVISMO JUDICIAL, parâmetros dogmáticos**. Editora Saraiva, 2ª Edição , 2015.

ROMANIUC, Jefson Márcio Silva . **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: visão crítica sobre os limites da atuação judicial.**

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 3.ed. Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular.** São Paulo: Malheiros, 2000, p. 297.

SIMÕES, Viviane Rafael. **O casamento homoafetivo no Brasil,** 2012, p. 25, Monografia

Disp.http://www.avm.edu.br/docpdf/mo%20nografias_publicadas/K220406.pdf

WELLINGTON, Márcio Kubliskas. **Emendas e Mutações Constitucionais.** São Paulo. Atlas. 2009. disponível em:

http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000828916, acesso em 4 de outubro de 2016.