MUTAÇÃO POR INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL JUDICIAL: RISCOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E AS MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

MUTATION BY JUDICIAL CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: RISKS OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND UNCONSTITUTIONAL CHANGES

Carla Santos Cardoso¹

RESUMO: O presente escrito percorre pelas teorizações da doutrina pátria acerca da mutação por interpretação constitucional judicial, analisando a importância do fenômeno como mecanismo de atualização da Constituição. Não obstante, se faz necessário discutir também sobre os riscos da interpretação constitucional, que pode, inclusive, ultrapassar os limites semânticos do texto da norma e contrariar frontalmente a Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Mutação constitucional. Interpretação judicial. Riscos da interpretação. Mutação inconstitucional.

ABSTRACT: This writing goes through the theorizations of the homeland doctrine about the mutation by judicial constitutional interpretation, analyzing the importance of the phenomenon as a mechanism of updating the Constitution. However, it is also necessary to discuss the risks of constitutional interpretation, which may even surpass the semantic limits of the text of the norm and directly contradict the Constitution.

KEYWORDS: Constitutional change. Judicial interpretation. Risks of interpretation. Unconstitutional mutation.

INTRODUÇÃO

Atualmente, a interpretação constitucional é um dos grandes desafios para os operadores do direito, além de suscitar grandes debates no campo jurídico, notadamente em razão dos reflexos do processo interpretativo no mundo jurídico e na sociedade.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário CESMAC; Pós-Graduada em Processo Civil pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas. E-mail: carlacarlacarlasc174@gmail.com

Nessa perspectiva, destaca-se a mutação pela via interpretativa judicial, como um mecanismo de atualização da Constituição apto a realizar uma adequação entre a norma constitucional e a realidade social.

Diante disto, o objetivo geral é discutir sobre a mutação constitucional como espécie de interpretação judicial. Quanto aos objetivos específicos, pretende-se abordar sobre os riscos da interpretação judicial, os limites da mutação constitucional e as mutações inconstitucionais.

O problema em questão, é que existem riscos na interpretação judicial, de modo que, se o intérprete judicial extrapola os limites impostos à mutação, acabará promovendo um processo manifestamente inconstitucional.

A hipótese utilizada como ponto de partida no desenvolvimento é que a mutação constitucional será considerada legítima quando a interpretação judicial não modificar o texto da norma constitucional, nem o seu conteúdo, mas alterar somente o seu significado, ou seja, alterar o sentido ou alcance da norma.

Para tanto, com a finalidade de confirmar a hipótese levantada, a metodologia selecionada foi a revisão bibliográfica, utilizando o método descritivo com a abordagem de modo qualitativo.

Ao decorrer da pesquisa, serão feitas considerações gerais sobre a interpretação constitucional, explicando como a interpretação realizada pelo judiciário pode ser considerada uma espécie de mutação constitucional. Posteriormente, serão estudados os riscos da interpretação constitucional e as mutações inconstitucionais.

1 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL JUDICIAL COMO ESPÉCIE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A princípio, convém registrar que para compreender a mutação constitucional pela via interpretativa se faz necessário tecer breves comentários sobre a interpretação constitucional.

A interpretação consiste em estabelecer o significado de um texto, isto é, a “norma” contida nesse texto. É um processo intelectual por meio do qual, partindo de fórmulas linguísticas presentes nas disposições, preceitos, enunciados e textos, é possível alcançar a determinação do conteúdo de uma norma².

² DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 86.

Atécnica de interpretar normas jurídicas é um processo que por si só já resguarda certa importância. A relevância é ainda maior quando a interpretação envolve normas constitucionais, tendo em vista que a Constituição é a Lei máxima responsável por organizar e reger uma nação.

A interpretação é produzida por qualquer aplicador do Direito, sendo um ato de conhecimento, porque é produzida por uma operação de conhecimento. É um ato volitivo, dependendo de uma opção entre as diversas possibilidades reveladas por meio da interpretação cognoscitiva. Os órgãos aplicadores do Direito são o legislador, o juiz e a administração pública, sendo que a sua interpretação é autêntica, pois, em maior ou menor, cria Direito³.

Convencionou-se chamar de interpretação constitucional orgânica aquela realizada pelos órgãos do Poder Público, notadamente, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Logo, tem-se a interpretação legislativa, administrativa e judicial⁴.

Dentre as modalidades de interpretação constitucional orgânica, a interpretação realizada pelo judiciário é considerada a mais relevante, haja vista a enorme repercussão que as decisões judiciais provocam na sociedade e no mundo jurídico⁵.

A interpretação judicial da Constituição se revela nas decisões – sentenças, acórdãos – que aplicam a norma constitucional ao caso concreto, acontecendo de duas formas: (i) por meio da aplicação pura e simples do dispositivo constitucional para resolver o caso; (ii) ou nos conflitos em que o exercício da função jurisdicional objetiva o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos⁶.

No Brasil, a interpretação constitucional pelo Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, é realizada em um farto ambiente de controle de constitucionalidade. A adoção do modelo concreto e difuso de constitucionalidade fez com que todos os magistrados se tornassem juízes constitucionais. Nesse aspecto, a interpretação judicial dá sequência ao trabalho iniciado pelo poder constituinte, tendo em vista que a sua tarefa não consegue perdurar durante um largo processo histórico-social⁷.

³DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 88.

⁴BULOS, Uadi Lammêgo. Op. Cit. p. 131.

⁵RAMOS, Carlos Henrique. Op. Cit., p. 259.

⁶FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 104

⁷DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 96.

Na tentativa de encontrar o sentido da norma constitucional, o intérprete pode acabar modificando o seu significado, porém sem alterar o texto da norma, oportunidade em que haverá o fenômeno denominado pela doutrina pátria de mutação constitucional.

A interpretação constitucional é um processo eficaz de mutação constitucional, de modo que, seja através dos métodos clássicos ou modernos, seja através de princípios interpretativos, o trabalho interpretativo pode ocasionar modificações difusas, sem violar a forma prescrita pelo legislador constituinte. Em maior ou menor extensão, os métodos de interpretação atribuem novos sentidos aos dispositivos constitucionais, conteúdos antes não evidenciados, tornando possível a ocorrência de mudanças não previstas na letra da Carta Magna⁸.

A mutação constitucional pode ser conceituada como a “revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem que haja alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”⁹.

É uma modificação semântica “dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação”¹⁰.

A Constituição tem por objetivo refletir ideias e valores predominantes em seu tempo, mantendo compromisso entre crenças e interesses diversos, não somente em matéria política, mas, também, jurídica, econômica e social. Nessa perspectiva, a Constituição mantém uma postura condicionadora, e, ao mesmo tempo, condicionante em relação às demais estruturas do Estado e da sociedade. Isto significa, que se as estruturas políticas, jurídicas, econômicas e sociais estão sujeitas a constantes alterações, essa mobilidade também irá refletir sobre a estrutura constitucional. Por conseguinte, a Constituição se transforma, mesmo sem mudança de forma, caso em que se altera o seu sentido e alcance¹¹.

Percebe-se, pois, que a mutação constitucional é um fenômeno que está associado à modificação da realidade, abrangendo dois fatores: o temporal, que diz respeito ao reconhecimento da historicidade do ordenamento; e o social, resultante da delegação de

⁸BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 118.

⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003, p. 1.228.

¹⁰MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.

¹¹FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 125.

relevância interpretativa a componentes externos ao conteúdo da norma, sejam políticos, ideológicos ou econômicos¹².

A espécie de mutação constitucional mais clássica e pacificamente reconhecida na doutrina é a mutação por força da interpretação constitucional judicial¹³.

A mutação constitucional por meio da interpretação judicial ocorre “quando uma Corte atribui a certa norma um significado que ainda não havia sido utilizado previamente”¹⁴.

Insta salientar, que a mutação constitucional mantém íntima relação com o ato de interpretar, sobretudo pelo fato de que a interpretação da Constituição não é somente clarear o sentido da norma constitucional, mas também, se necessário, atualizá-lo¹⁵.

Dentre os processos não formais de mutação constitucional, a interpretação judicial exerce uma função de extrema relevância, posto que a interpretação realizada pelos Tribunais transforma o significado e o alcance da Constituição. Além disto, permite a evolução do sentido das normas constitucionais, adaptando a Lei Maior à realidade social¹⁶.

A mutação constitucional pela via interpretativa judicial é a modalidade mais importante de mutação constitucional em razão das particularidades que a envolvem.

Na doutrina de Bulos¹⁷, destacam-se as seguintes características: a) obrigatoriedade, pois a interpretação constitucional judicial é obrigatória, sendo que o juiz não pode se furtar do papel de julgar conflitos, como, por exemplo, no papel do controle de constitucionalidade das leis; b) primariedade, porque a interpretação constitucional judicial acontece por provocação, sendo realizada somente por meio de processo judicial; e c) definitiva, sendo que essa particularidade é própria das Cortes Constitucionais, pois mantêm autoridade final para decidir conflitos, declarando a palavra final sobre a matéria submetida a sua análise.

Conforme os estudos de Ferraz¹⁸, o papel transformador da interpretação judicial é reafirmado por diversos fatores internos e externos. São fatores internos a linguagem, o caráter sintético das Constituições, as lacunas e omissões constitucionais. Já os fatores externos são: a) a mutabilidade social, que gera o surgimento de novas necessidades ou

¹²DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 45.

¹³MENEZES, Daniel Francisco Nagão. **Economia e mutação constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 43.

¹⁴CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 179.

¹⁵RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional: constituição e identidade constitucional evolutiva**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 221.

¹⁶FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 126.

¹⁷BULOS, UadiLammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 133.

¹⁸FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

situações impossíveis de serem previstas pelos constituintes, mas perceptíveis ao intérprete judicial da Constituição; b) a mudança, razoável, admissível e legítima, na intenção dos próprios intérpretes constitucionais, os quais também sofrem influência das modificações políticas, históricas, sociais e econômicas; e c) a evolução dos valores (políticos, filosóficos, econômicos, morais) e das noções-base, inerentes a toda Constituição, e que devem ser levadas em consideração no momento da interpretação e aplicação da norma constitucional ao caso concreto.

Note-se, que nenhum sentido consegue ser extraído fora do mundo circunstancial, mas sim dentro do contexto da situação fática concreta em que se depara. Atribuir conteúdo a uma norma ou sua aplicação a um caso concreto consiste em um processo singular, tendo em vista que não existe interpretação constitucional dissociada dos problemas concretos ou do seu tempo. O conteúdo semântico de uma expressão é revelado no contexto prático da ação, demonstrando a dependência do contexto histórico-social em que se mobiliza, razão pela qual é impossível realizar uma interpretação a partir de um ponto de vista desconectado da história. Aliás, o processo interpretativo perpassa pela história¹⁹.

Vale destacar ainda, a mutação constitucional decorrente da interpretação judicial consiste na porta de entrada do ordenamento constitucional das modificações políticas, sociais e econômicas. Aliás, esse tipo de mudança pode ser compreendido como o canal de comunicação entre a Constituição e a sociedade, de modo que o resultado da interpretação constitucional reside no limite entre a mutação e o desuso constitucional²⁰.

Dessa maneira, a mutação constitucional pela interpretação judicial não é somente um processo que, sem alterar a letra da norma constitucional, lhe concede novo significado ou alcance, objetivando sua melhor aplicação. É um fenômeno que permite que a Constituição se torne o que realmente ela pretende ser: um documento vivo e efetivamente cumprido²¹.

Acompanhando essa linha de raciocínio, Dias²² explica que “uma Constituição compromissória, que se comporta como um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida, pressupõe a mutação”.

Ocorre que, a mutação constitucional pela via interpretativa judicial pode provocar, por diversos fatores, processos manifestamente inconstitucionais.

¹⁹DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 89.

²⁰MENEZES, Daniel Francisco Nagão. **Economia e mutação constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 45.

²¹FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.p. 126.

²²DIAS, Cibele Fernandes. **A justiça constitucional em mutação**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 5

2 RISCOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E AS MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

Em face da possibilidade de surgir mutações inconstitucionais, mister se faz refletir sobre os riscos da interpretação constitucional realizada pelo judiciário.

A interpretação constitucional, em todos os seus modos de manifestação, representa um mecanismo relevante e eficiente para adequar os dispositivos supremos do Estado às necessidades emergentes da realidade social. Entretanto, se a interpretação corromper a letra da norma constitucional, violando a juridicidade dos princípios norteadores da ordem constituída, produzirá uma mutação inconstitucional²³.

As modificações não formais à Constituição são perceptíveis ou invisíveis, mas sempre acontecem dentro dos limites constitucionais, não alterando a letra tampouco o espírito da Carta Magna, mas adequando-a à realidade, concedendo-lhe novo significado e ampliando-lhe ou restringindo-lhe o alcance. Não obstante, a realidade constitucional demonstra constantemente que nem sempre as limitações impostas são respeitadas, e que as modificações constitucionais escapam, geralmente, a qualquer controle²⁴.

Ademais, a prática revela também que os processos informais podem ultrapassar o próprio controle de constitucionalidade das leis. Com efeito, os obstáculos de uma interpretação defeituosa e desordenada, como processo de mutação constitucional, não podem ser desprezados. Ao contrário, devem ser combatidos com o fortalecimento dos mecanismos de controle jurisprudencial, criando novos instrumentos de controle popular, apesar da persistência e continuidade do problema em vários ordenamentos constitucionais²⁵.

Um instrumento fundamental para a elaboração de uma teoria da mutação em conformidade com os ditames constitucionais é “a necessária vinculação da intérprete às significações possíveis de um enunciado normativo”. O intérprete da Constituição encontra nesses enunciados uma verdadeira barreira interpretativa, pois, apesar de a norma ser provida de uma estrutura elástica, a mesma não pode ter infinitos significados. Logo, a verificação de compatibilidade com o texto constitucional é uma atividade meramente silogística que deve

²³BULOS, UadiLammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 135.

²⁴FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 243.

²⁵BULOS, UadiLammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ser mediada pelos princípios constitucionais e pelos fins supremos da Carta Magna, especialmente, a proteção dos direitos fundamentais à luz da dignidade da pessoa humana²⁶.

As violações, mais ou menos intencionais, decorrentes de uma interpretação ardilosa, podem gerar alterações eventuais ou permanentes e, até mesmo, suspender, por determinado tempo, a produção de efeitos da norma constitucional, o que, por sua vez, promove também um atentado às expressas finalidades da Carta Magna²⁷.

Como bem alerta Dias²⁸, “se a mutação faz parte da atividade de realização da Constituição, naturalmente não pode deixar de estar sujeita à observância de limites constitucionais, sob pena de se transformar numa mutação constitucional inconstitucional”.

Nessa perspectiva, a Constituição e suas cláusulas pétreas são compreendidas como limites à mutação constitucional. Isto não significa que a própria ordem constitucional e suas cláusulas pétreas não estão disponíveis para sofrer, em certo grau, mutações constitucionais. No entanto, isto não afasta o núcleo estabelecido como programa normativo, de modo que o conjunto de mudanças informais no cerne do sistema constitucional ainda será limitado por um significado fundamental das cláusulas pétreas. Qualquer cenário de derramamento desses irá caracterizar uma ruptura institucional ou violação constitucional²⁹.

De acordo com as lições de Ramos, existem parâmetros democráticos que permitem ao juiz manter as suas competências sem exceder os limites interpretativos: a) o texto da norma, de modo que a busca pelo único sentido correto na leitura de um texto não justifica o desentranhamento de infinitas possibilidades semânticas, ou seja, é o contexto que estabelece o sentido interpretativo do texto e o limita; b) a exigência de motivação das decisões judiciais, que é uma garantia processual que visa limitar eventuais arbitrariedades do juiz, não permitindo qualquer leitura, haja vista a necessidade de motivação racional; c) a autocontenção judicial, um mecanismo de inibição do julgador, que diante da ausência de regulação prévia, deve se abster de decidir questões de competência legislativa, impedindo a reforma implícita da Carta Magna. Nesse último caso, a intenção é que a mutação não se destine a modificar deliberadamente o sentido do texto constitucional, respeitando a predominância natural do Poder Legislativo no processo de alteração da Constituição³⁰.

²⁶RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional: constituição e identidade constitucional evolutiva**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 150.

²⁷BULOS, UadiLammêgo. Op. Cit. p. 135-136.

²⁸DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 74.

²⁹CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 183.

³⁰RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional: constituição e identidade constitucional evolutiva**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 151.

Nessa senda, Ferraz³¹ leciona que “os processos de mutação inconstitucional desbordam os limites de forma ou fundo fixados pelo constituinte e de observância obrigatória pelos órgãos de aplicação constitucional”.

Convém registrar, que as mutações constitucionais encontram limitações no conjunto de direitos que protege as garantias dos cidadãos contra atos arbitrários por parte do Estado. Daí porque, se não é possível impedir a ocorrência de mudanças informais derivadas da interpretação constitucional, entende-se que estas encontram limites no próprio enunciado normativo decorrente do texto, que não deve ser processadas em detrimento de direitos fundamentais³².

Consoante os estudos de Botelho³³, existem três limites primordiais à mutação constitucional, a saber: (i) os possíveis sentidos da norma constitucional; (ii) a mutação deve ser resultado de uma legítima transformação da realidade social; (iii) o intérprete não deve intervir no âmbito específico da reforma constitucional.

Patente, pois, os riscos da interpretação constitucional, enquanto processo informal de mudança da Constituição. Isto porque, ao invés de adequar a Constituição à realidade social variante, “passa a comprometer a sua estabilidade, ocasionando sua destruição como lei. Deveras, as mutações inconstitucionais representam o maior de todos os riscos que pode sofrer uma Constituição, em se falando de mudanças informais por ato interpretativo”.³⁴

As mutações inconstitucionais não somente contrariam a Constituição, mas produzem deformação constitucional, cujo alcance diversifica em grau e profundidade: a) podem afrontar parcialmente a Carta Magna, contrariando-a somente em um caso concreto, mesmo que o texto constitucional não tenha sido alterado ou revogado; b) podem ab-rogar ou derogar uma norma constitucional específica; c) podem suspender, de modo temporário, a eficácia das normas constitucionais; d) podem gerar rupturas no ordenamento constitucional; e) podem causar mudança total da Lei Maior. Em síntese, as mutações inconstitucionais ofendem a letra e o espírito da Constituição, podendo ou não alterar permanentemente o texto escrito³⁵.

³¹FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 245.

³²CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 173.

³³BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação Constitucional**: A Constituição viva de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 39-40.

³⁴BULOS, UadiLammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 138.

³⁵FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.p. 245.

À luz do entendimento de Bulos³⁶, as mutações inconstitucionais “destroem a vida dos preceptivos constitucionais, idealizados por obra de um poder incondicionado, cujo reflexo incide sobre todo o ordenamento jurídico”. Ademais, as consequências produzidas por estas “deformações variam em grau e em profundidade e podem contrariar a Carta Suprema, em maior ou menor extensão, sem mudar a letra das suas normas”.

Note-se, que a mutação constitucional será legítima quando a interpretação judicial não alterar o texto da lei, tampouco o conteúdo da norma constitucional, modificando apenas o seu significado, o que, por sua vez, altera exclusivamente o sentido ou alcance da norma. Do contrário, a mutação constitucional pela via interpretativa incorrerá em quebra da Constituição³⁷.

Como bem esclarece Ramos³⁸, a interpretação judicial é “apenas um veículo, nunca a causa da mudança. Do contrário, tudo nos levaria a crer que o juiz (caso intérprete) poderia criar ou forjar uma mudança artificial por meio da técnica, violando o pano de fundo democrático da teoria”.

Dessa forma, a interpretação judicial não pode servir de justificativa para que a norma constitucional seja interpretada ao arpejo da própria Constituição. O intérprete judicial deve respeitar os limites semânticos do texto e o sistema constitucional como um todo, especialmente, os princípios nucleares que regem a ordem constituída, promovendo, apenas, as alterações estritamente necessárias para ajustar a Carta Magna à realidade social.

3 CASOS DE MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No direito pátrio, é possível visualizar alguns casos em que a interpretação judicial, sob o argumento da mutação, atribuiu novo sentido a norma constitucional, sentido este que contraria a própria Constituição, trazendo à tona um processo manifestamente ilegítimo, isto é, uma mutação inconstitucional.

É o caso da fidelidade partidária, oportunidade em que a questão central era discutir se os partidos políticos teriam direito a manter o número de cadeiras garantidas através

³⁶BULOS, UadiLammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 135.

³⁷MENEZES, Daniel Francisco Nagão. **Economia e mutação constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 43.

³⁸RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional: constituição e identidade constitucional evolutiva**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 223.

do resultado das eleições pelo sistema proporcional, caso um dos políticos eleitos viesse a trocar de partido”³⁹.

Ressalta-se, que no ano de 1989, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos MS 20.916 e 20.927, decidiu que não existia a imposição de fidelidade partidária para os detentores de cargos eletivos com base no argumento de que a vinculação do candidato a agremiação partidária seria somente condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, da CF). Isto significava que, a maior sanção que o partido político poderia aplicar ao filiado era a exclusão de seus quadros⁴⁰.

Em março de 2007, após consulta (1398/DF) formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL - atual DEM), o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu por 6 votos a 1 a possibilidade de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional no caso de cancelamento de filiação ou mudança de partido, desde que a desfiliação ou mudança de partido ocorra sem justificativa. Vale destacar, que a resposta do TSE a essa consulta provocou a edição da Resolução nº 22.526, de 08 de maio de 2007⁴¹.

Com base nesse entendimento do TSE, diversos Mandados de Segurança foram impetrados, especialmente em razão do ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que não declarou a vacância dos mandatos dos deputados que se desfiliam do partido pelo qual foram eleitos, deixando de conferir posse aos suplentes do mesmo partido⁴².

No julgamento dos MS n. 26.602, n. 26.603 e n. 26.604, o Supremo Tribunal Federal (STF), sob a alegação de mutação constitucional, modificou o seu posicionamento anterior para decidir que a perda do mandato em razão de infidelidade partidária seria constitucionalmente admitida⁴³. A decisão do STF foi embasada em uma renovada interpretação dos princípios da democracia partidária, da representação proporcional, do pluralismo político e da fidelidade partidária, ensejando, então, mudança radical em sua jurisprudência.

A suposta mutação constitucional acabou criando uma nova espécie de perda do mandato político, não estabelecida no art. 55 da Carta Magna. Insta salientar, que não há norma constitucional a ser modificada pelo desuso, mas sim, a criação jurisprudencial pela

³⁹PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 53.

⁴⁰RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional: constituição e identidade constitucional evolutiva**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 261.

⁴¹*Idem*. p. 261-262.

⁴²PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 53.

⁴³RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional: constituição e identidade constitucional evolutiva**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 262.

Suprema Corte de mais uma cláusula punitiva. Fato é que o Min. Eros Grau discordou da possibilidade de se falar em mutação constitucional por total ausência de descompasso entre norma e realidade⁴⁴.

Outro caso de mutação inconstitucional é o da prisão em segunda instância. Convém lembrar, que no ano de 2009, no julgamento do HC nº 84.078, a Suprema Corte decidiu que o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CRFB/88) impedia a execução provisória da pena, notadamente, após a confirmação de sentença penal condenatória pelo tribunal de segunda instância.

Não obstante, no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento sobre a prisão em segunda instância. No julgamento do HC nº 126.292, prevaleceu o entendimento de que a execução provisória da pena não configura uma violação ao princípio da presunção de inocência, ainda que cabível a interposição dos recursos especial e extraordinário.

Nota-se, que a alegação de mutação constitucional como causa de mudança de interpretação do entendimento acerca da prisão em segunda instância não se sustenta, pois o novo sentido atribuído à norma constitucional acaba por violar o próprio texto da Constituição, que estabelece: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, inc. LVII).

Ademais, o princípio da presunção de inocência possui a qualidade, atribuída pelo legislador constituinte, de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. IV) de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º), além de possuir força de direito humano fundamental. Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal não pode mitigar o referido princípio, sobretudo pelo fato de que a norma não se encontra fora de costume, tampouco desatualizada, requisitos estes essenciais para a mutação constitucional.

Finalmente, vale destacar, que a Suprema Corte deverá se pronunciar novamente sobre a possibilidade da prisão em segunda instância no julgamento de mérito das ADC(s) 43 e 44, propostas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente. O julgamento ainda não tem data confirmada para acontecer, mas a realidade até lá é que a presunção de inocência não impede a prisão do acusado após a confirmação da condenação pelo tribunal de segunda instância.

⁴⁴PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 53.

CONCLUSÃO

A Constituição é a lei máxima de uma nação, composta por normas jurídicas que organizam a forma do Estado e seu governo, o exercício do poder e os limites de suas funções. É um organismo vivo que deve estar em conformidade com as necessidades do povo e devidamente adequada à realidade social.

Para tanto, os processos de mudanças informais da Constituição são de elevada importância no sentido de realizar a atualização da norma constitucional, sem alterar o texto da lei, atribuindo novo significado que altera o sentido e alcance da norma.

Entretanto, o presente estudo deixou evidente que a mutação pode se tornar um processo manifestamente inconstitucional, especialmente quando o julgador se utiliza de métodos de interpretação sem a devida cautela, ultrapassando os limites impostos à mutação.

O intérprete judicial deve utilizar a mutação constitucional como fundamento para sua decisão somente quando constatada a transformação de uma realidade social que resulte na necessidade de adequação da norma constitucional. Isto significa que a interpretação judicial não pode ser o motivo da mutação constitucional, mas apenas um instrumento que se encontra à disposição do juiz.

Além disto, o novo significado atribuído à norma constitucional não poderá extrapolar os limites semânticos do texto da lei, tampouco atacar o programa normativo e os pilares fundamentais da Constituição, sob pena de desvirtuar a natureza do fenômeno jurídico da mutação constitucional.

REFERÊNCIAS

BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação Constitucional: A Constituição viva de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BULOS, UadiLammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

DIAS, Cibele Fernandes. **A justiça constitucional em mutação**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008,

MENEZES, Daniel Francisco Nagão. **Economia e mutação constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional: constituição e identidade constitucional evolutiva**. Curitiba: Juruá, 2013.