

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA SUA APLICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONSTITUTIONAL MUTATION: LEGAL IMPLICATIONS OF ITS APPLICATION BY THE SUPREME FEDERAL COURT

Ricardo de Azevedo Olivieri¹

RESUMO: A pesquisa tem por objetivo o estudo das implicações jurídicas da utilização da mutação constitucional na interpretação judicial. Aponta os aspectos que envolvem as implicações jurídicas das deliberações do Supremo Tribunal Federal e do controle incidental de constitucionalidade na Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras- chave: Constitucionalidade. Implicações jurídicas. STF.

ABSTRACT: This research aims to study the legal implications of the use of constitutional mutation in judicial interpretation. It points out the aspects that involve the legal implications of the deliberations of the Federal Supreme Court and the incidental control of constitutionality in the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

1536

Keywords: Constitutionality. Legal implications. STF.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito tem entre seus fundamentos o compromisso com a segurança jurídica e a justiça, segundo o preâmbulo da CRFB². Na declaração dos direitos e garantias fundamentais, a Carta Magna brasileira assegura o acesso de todos ao Poder

¹ Analista e gestão em contrato Jr. Cursando Bacharelado em direito pela Faculdade de direito de Santo André (Fadisa). E-mail: olivieriricardo354@gmail.com

² “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

Judiciário³, por meio do devido processo legal⁴, assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos inerentes,⁵ entendido nos dias atuais como processo justo, isto é, fiel às garantias constitucionais. A tudo isso se chega principalmente por graça e força do sistema recursal organizado pela Constituição e regulamentado pelas leis infraconstitucionais de natureza processual.⁶ Feitas estas considerações iniciais, passa-se ao assunto de desenvolvimento desta pesquisa, que trata das implicações jurídicas das decisões do supremo tribunal federal em reprodução geral a partir da mutação constitucional.

O monitoramento de inconstitucionalidade visa a garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais frente a prováveis violações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade de leis ou atos normativos em relação à Constituição.⁷ Na compreensão de Zavascki, a força normativa da Constituição a todos vincula e a todos submete. A inconstitucionalidade ocorre não apenas editando-se normas incompatíveis com a Constituição, mas da mesma forma por atos individuais ou por omissões a ela contrários. Ressalta que, é equivocada a ideia de que a inconstitucionalidade é apenas a incompatibilidade da norma com a Constituição, na verdade, as inconstitucionalidades podem derivar do comportamento de vários agentes e ser perpetradas de diversos modos. Não importa qual, que seja o modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade está sujeito a controle pelo Supremo Tribunal Federal que é órgão de cúpula e Corte Constitucional⁸. O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante torna inevitável a discussão sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.⁹ Mendes especifica, a forma de controle pode ser incidental ou principal, conforme segue:

³ Artigo 5º, inciso XXXV, da CF. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

⁴ Artigo 5º, inciso LIV, da CF. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

⁵ Artigo 5º, inciso LV, da CF. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 1163-1164

⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 901-902.

⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 19-21.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1046.

No controle incidental a inconstitucionalidade é arguida no contexto de um processo ou ação judicial, em que a questão da inconstitucionalidade configura um incidente, uma questão prejudicial que deve ser decidida pelo Judiciário. Cogita-se também de inconstitucionalidade pela via da exceção, uma vez que o objeto da ação não é o exame de constitucionalidade da lei. Em geral associa-se o controle incidental ao modelo difuso, tendo em vista a forma processual própria desse modelo derivado do sistema americano. [...] O controle principal permite que a questão constitucional seja suscitada autonomamente em um processo ou ação principal, cujo objeto é a própria inconstitucionalidade da lei. Em geral, admite-se a utilização de ações diretas de inconstitucionalidade ou mecanismos de impugnação *in abstracto* da lei ou ato normativo.¹⁰

Barroso sustenta que o sistema de controle judicial de constitucionalidade na Constituição de 1988¹¹ trouxe inovações. O controle de constitucionalidade por via principal deixou de ser monopólio do Procurador-Geral da República e passou a poder ser deflagrado por um rol de legitimados, expressos no artigo 103, da CRFB¹², dentre os quais, o Presidente da República, as Mesas do Senado, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, e partido político com representação no Congresso Nacional.¹³

1538

Diante do exposto, a supremacia da Constituição e de sua força vinculante visa a defesa das normas constitucionais frente a possíveis violações. Nessa sequência, à luz da doutrina, pressupõe-se o entendimento da Constituição Federal como uma norma jurídica fundamental que confere fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico. Compete ao Supremo Tribunal Federal o controle judicial de constitucionalidade.

O controle incidental de constitucionalidade pode ocorrer na deliberação de todo e qualquer litígio, sendo feito pelo juiz no curso de uma demanda concreta o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei. Seja qual for o caso judicial, pode obrigar o juiz de primeiro grau de jurisdição ou o tribunal, a partir de decisão da maioria absoluta dos membros do

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1047.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 87-89.

seu Plenário ou Órgão Especial, a deixar de empregar determinada norma considerada inconstitucional.¹⁴ Marinoni menciona a origem do controle incidental de constitucionalidade, conforme segue:

Deixar de aplicar lei inconstitucional é inerente ao poder de decidir, ou seja, ao poder jurisdicional. Vale dizer que o controle incidental de constitucionalidade faz parte da tarefa cotidiana e rotineira dos juízes e tribunais. Trata-se, exatamente, da doutrina Marshall, que inspirou o *judicial review* estadunidense. Em 1803, a Suprema Corte dos Estados Unidos, então presidida pelo Juiz John Marshall, enfrentou o célebre caso *Marbury v. Madison*,¹⁵ em que determinada lei foi contraposta à Constituição. Desenvolveu-se, aí, o raciocínio que deu origem à tese de que todo juiz tem poder e dever de negar validade à lei que, indispensável para a solução do litígio, não for compatível com a Constituição.¹⁶ Surge com a aceitação deste raciocínio, o controle incidental de constitucionalidade, que, originariamente, também foi corretamente visto como controle difuso, uma vez que o poder de realizar o controle de constitucionalidade de forma incidental, isto é, no curso de processo destinado a resolver um litígio, conferiu poder a todos os juízes e tribunais.¹⁷

Na compreensão de Fernandes, o controle difuso ocorre num caso concreto, via exceção e de modo incidental. Conseqüentemente, na hipótese de dúvida ou controvérsia sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma jurídica que envolva um caso concreto, entre autor e réu, o Juiz de 1ª instância pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma incidentalmente.¹⁸ Nos tribunais, a declaração de inconstitucionalidade será afeta apenas ao Pleno ou ao Órgão Especial, devido à Cláusula de Reserva de Plenário do artigo 97 da CRFB.^{19 20}

1539

¹⁴ MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I.W. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1008-1009.

¹⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

¹⁶ “Expoente da história jurídica estadunidense, John Rawls afirma que um dos princípios do constitucionalismo reside na distinção entre lei mais alta e a lei comum”. MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I.W. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1009.

¹⁷ MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I.W. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1008-1009.

¹⁸ Conforme manifestação do Min. Teori Zavascki, no ARE 868457, no qual expressa que a cláusula de reserva de plenário não se aplica às Turmas Recursais de Juizados Especiais.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo ARE 868457. Relator: Min. Teori Zavascki. DJe, Brasília, 27 de abril de 2015. p. 077. Disponível <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628819/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-com-agravo-rg-are-868457-sc-santa-catarina-5010781-7720114047205>

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

²⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 925-926.

Silva reconhece que a jurisdição constitucional difusa, ou o controle incidental, verifica-se quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, que é rigorosamente seguido no sistema brasileiro. Nessa perspectiva, no Direito Constitucional Comparado se reconhecem três modos de exercício do controle de constitucionalidade, seja por via de exceção, ou incidental, no qual cabe ao demandado argüir a inconstitucionalidade quando apresenta sua defesa no caso concreto; ou seja por via de ação direta de inconstitucionalidade, de iniciativa do interessado, de alguma autoridade, ou instituição ou pessoa do povo por meio de ação popular; ou, seja por iniciativa do juiz dentro de um processo de partes.²¹

Barroso reconhece que o controle incidental de constitucionalidade é exercido no desempenho normal da função judicial, consiste na interpretação e aplicação do Direito para a solução de litígios. Assim, pressupõe-se a existência de um processo, uma ação judicial, um conflito de interesses no qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade de lei ou ato que origina a disputa. Especifica que o STF desempenha normalmente a fiscalização concreta de constitucionalidade de leis e atos normativos, nos termos do artigo 102, inciso III, da CRFB,²² das causas decididas em única ou última instância.

Posto isto, cabe recurso extraordinário em quatro hipóteses, quais sejam, quando a decisão recorrida, contrariar dispositivo da Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal.²³

Não importa qual seja o modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade ou o seu agente causador, está sujeito ao controle pelo Poder Judiciário. Essa atuação do Poder do Estado na interpretação e aplicação da Constituição denomina-se jurisdição constitucional.²⁴

Por conseguinte, como atividade que não se restringe ao controle de constitucionalidade das leis e nem é exercida apenas pelo STF, ela congrega todos os órgãos do Poder Judiciário, e compreende o conjunto das atribuições jurisdicionais que digam respeito à salvaguarda e a efetividade das normas constitucionais. A contingência de acesso ao Judiciário para obtenção de tutela em face de “lesão ou ameaça a direito”, notadamente de direito de natureza constitucional, está inscrita no rol das garantias fundamentais, nos termos do artigo 5º, *caput*, inciso XXXV, da CRFB.^{25 26}

Segundo Barroso, na argumentação incidental de inconstitucionalidade, podem

²¹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. rev. e atual. Até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 52

²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

²³ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 127-128.

²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 20.

²⁵ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 20.

postular tanto o réu como o autor de uma ação, em seu pedido inicial ou em momento posterior, a declaração de inconstitucionalidade de norma ou ato normativo, para que não tenha de se sujeitar a seus efeitos. Conseqüentemente, a questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar. O controle incidental de constitucionalidade somente pode se dar na tutela de uma pretensão subjetiva, o objeto do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado. A argumentação incidental de constitucionalidade pode se dar em ação de rito ordinário, sumário, ação especial ou ação constitucional, inclusive, dentre estas, a ação popular e a ação civil pública.²⁷

Mendes menciona que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição e instância máxima da jurisdição brasileira, pode ser provocado a resolver demandas por interposição de recursos nas causas decididas em última ou única instância por outras cortes, ou pela propositura de ações constitucionais de sua competência originária.²⁸

De tal modo a atividade constitucional abrange todos os órgãos do Poder Judiciário, a questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza. O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e Tribunal da Constituição, o qual o acesso pode ser provocado por meio de recursos, além de outras ações constitucionais de competência originária.

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

No domínio do aperfeiçoamento do constitucionalismo moderno, constitui noção amplamente difundida e aceita, que uma das funções da constituição é a de assegurar um nível adequado de estabilidade às instituições políticas e jurídicas. A rigidez constitucional, traduzida pela dificuldade maior de alteração do texto constitucional em relação ao processo legislativo ordinário, serve ao propósito de garantir a permanência e a estabilidade, embora não a imutabilidade da constituição. Justamente para que a constituição permaneça em vigor, não apenas simbolicamente como uma mera “folha de papel”²⁹ e cumpra sua função estabilizadora, é preciso que ela seja sempre também um projeto em permanente reconstrução, acessível ao tempo e ao câmbio da realidade.³⁰

A problemática desta ponderação concentra-se no fenômeno jurídico da mutação constitucional. Por esse motivo a importância de instruir-se no conceito da mutação constitucional, os limites à interpretação do texto constitucional, e a segurança jurídica nas deliberações do Supremo Tribunal Federal.

No que se refere a mutação constitucional, Hesse menciona que o conceito poderia ser analisado sob três vertentes, uma de natureza interna, que acredita que as mudanças constitucionais advêm da própria Constituição; uma que determina que a mutação constitucional representaria a mudança da vontade da Constituição; é aquela que relaciona

²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 113-115.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1120-1121.

²⁹ LASSALE, Ferdinand. Que é uma Constituição? Porto Alegre: Editorial Villa Martha, 1980.

³⁰ SARLET, 2017, p. 119. SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

alterações ocorridas no plano fático com as mudanças nos preceitos constitucionais³¹. Hesse cita a obra de Kelsen ao definir a mutação constitucional da seguinte forma:

[...] em que a aplicação das normas constitucionais modifica-se, lenta e imperceptivelmente, quando às palavras que permanecem sem alteração no texto constitucional atribui-se um sentido distinto do original, ou quando se produz uma prática em contradição com o texto em qualquer sentido possível da Constituição – não é algo peculiar às normas constitucionais, mas um fenômeno constatado em todos os âmbitos do direito.³²

Morais determina, uma definição de mutação constitucional sob um ponto de vista dogmático para a mutação informal,³³ das caracterizações mais correntes é a de Canotilho, conforme segue:

As mutações constitucionais, separadas do normal processo interpretativo, seriam alterações não formais da Lei Fundamental de natureza *epigenética* (ou seja, modificações que nasceriam a partir de um meio ou realidade exterior à própria norma). Como tal envolveriam uma criação de normas constitucionais fora do processo formal de revisão, que violariam o compromisso constitucional, pelo que seriam juridicamente inadmissíveis.³⁴

Para Segado, a perspectiva, ampla da mutação constitucional, aparece contida na definição de Kelsen, que observa que “a utilização das normas constitucionais varia paulatina e insensivelmente, já atribuindo às palavras invariáveis do texto constitucional um sentido que não é o primitivo, formando-se uma prática constitucional em contradição notória com o texto e com todo sentido possível da constituição”³⁵. Observa Heller nessas situações o fenômeno no qual possibilita que a permanência da norma possa harmonizar-se com a alteração ininterrupta da realidade social, pois a normalidade social que se expressa nos princípios jurídicos vai transformando-se na corrente imperceptível da vida diária, pode suceder que “não obstante permanecer imutável o texto do preceito jurídico, seu sentido experimente uma completa revolução, embora fique salvaguardada a continuidade do direito frente aos membros da comunidade jurídica”.³⁶

³¹ HESSE, 2009 apud MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). Mutações constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2016. (Série IDP: Linha direito comparado). p. 176-177.

³² HESSE, 2009 apud MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). Mutações constitucionais. Série IDP: Linha direito comparado. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 177.

³³ MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). Mutações constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2016. (Série IDP: Linha direito comparado) p. 49-101.

³⁴ CANOTILHO, 2002 apud SEGADO, Francisco Fernández. As mutações jurisprudenciais na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). Mutações constitucionais. Série IDP: Linha direito comparado. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 62.

³⁵ KELSEN, 1983 apud SEGADO, p. 112. SEGADO, Francisco Fernández. As mutações jurisprudenciais na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). Mutações constitucionais. Série IDP: Linha direito comparado. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 103-174.

³⁶ HELLER, 1968 apud SEGADO, Francisco Fernández. As mutações jurisprudenciais na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). Mutações constitucionais. Série IDP: Linha direito comparado. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 112.

Em concordância com Sarlet, a problemática da mutação constitucional situa-se no âmbito mais alargado do fenômeno de mudança constitucional, pois ao lado das competências formais de alteração constitucional, no âmbito da reforma constitucional, existe a possibilidade de mudança do conteúdo e do alcance das normas constitucionais pela via informal sem que haja alterado o texto da constituição. O discernimento de mutação constitucional guarda relação com a concepção de que, em determinado sentido, uma constituição é um organismo vivo, submetido à dinâmica da realidade social, e por isso, não se esgota por meio de fórmulas fixas e predeterminadas.³⁷ A mutação constitucional pode ser conceituada como uma transformação no âmbito da realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que tal atualização encontre previsão no texto constitucional, que permanece intocado.³⁸

Barroso evidencia que a reorganização da Constituição pode decorrer por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Constituição, que disciplina o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária, circunstância que resulta da rigidez constitucional. Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, qualquer modificação do seu texto.³⁹

1543

Além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional existe uma terceira modalidade de poder constituinte, o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais.⁴⁰

Ante o exposto, pode-se compreender, por meio da doutrina, o conceito da mutação

³⁷ LÖEWENSTEIN, 1976 apud SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 161.

³⁸ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 160-161.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150.

constitucional, que sob o ponto de vista informal ocorre um fenômeno, no qual mantém-se a imutabilidade do texto constitucional, todavia altera-se a interpretação de suas normas diante da transformação da realidade social.

Limites à mutação constitucional

A prestabilidade de metodologias e critérios dogmaticamente admissíveis de interpretação da Constituição, à luz da Ciência do Direito, afeiçoa-se como um dos obstáculos mais importantes que se colocam à Teoria do Estado e à Teoria da Constituição.⁴¹ O cabimento de uma ou de outra via metódica, de uma forma continuada, deslumbra uma opção fundamental sobre a identificação do *locus*⁴² do poder político soberano do Estado.⁴³ Nessa conjuntura, Morais salienta, no que segue,

Existem operações interpretativas de embasamento evolutivo que alteram o sentido previamente conferido a normas da Constituição, na medida em que ajustam o objeto e âmbito de aplicação das referidas normas às variações registradas [registradas] na realidade fática, axiológica, econômica e política às quais elas se podem aplicar. As soluções interpretativas adjudicadas ao preceito defluem do texto constitucional por via de extensão, de subsunção, de atualização tele logicamente fundada, de concretização lógica e axiologicamente justificada ou de ponderação constitucionalmente orientada. [...] O esforço sutil de assimilação da mutação pela interpretação coloca, em sede de arquitetura dos poderes, o problema da Competência e da legitimidade do juiz, quando este, prevalecendo do seu *status* de intérprete autorizado da Constituição, transita da sua anterior posição de “servo” para se converter informalmente em “senhor” da Lei Fundamental, estabelecendo o que significa e impondo esse significado aos poderes e aos cidadãos.⁴⁴

Para Sarlet, a mutação constitucional poderá ocorrer, eventualmente, de modo a violar o sentido literal da constituição escrita, tanto pela interpretação judicial, quanto pela atuação do legislador infraconstitucional e por meio de um costume ou prática por parte dos poderes constituídos. No momento em que se trata de mutação por via de interpretação judicial,

⁴¹ LLORENTE, 1993 apud MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). Mutações constitucionais. Série IDP: Linha direito comparado. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 49-101. p.

⁴² O termo *locus regit actum* é uma frase latina de uso forense, que significa “os atos legais são regidos pela lei do lugar onde foram praticados”. CARLETTI, Amilcare. Dicionário de latim forense. 10. ed. rev. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2011. p. 214

⁴³ MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). Mutações constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2016. (Série IDP: Linha direito comparado). p. 49-10. p. 55

⁴⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). Mutações constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2016. (Série IDP: Linha direito comparado). p. 55-57.

verifica-se que os limites da interpretação são também limites da própria mutação.⁴⁵ Socorre-se da lição de Hesse, embora haja possibilidade de uma mudança constitucional pela interpretação, a ruptura da ordem constitucional encontra-se vedada, pois, em que lugar, o intérprete se coloca acima da constituição, não se trata mais de interpretação, mas sim de alteração ou mesmo violação da constituição.⁴⁶

Na interpretação de Mendes, não são poucas situações em que se pode verificar a eventualidade da mutação constitucional, alguns fatores atuam com certa intensidade na necessidade de se adaptar o texto constitucional a novas realidades.⁴⁷

Ferraz elenca, para tanto, “o caráter sintético, genérico e esquemático das normas constitucionais”; a “linguagem do texto constitucional, eivada de termos sem significação definida, vagos, equívocos, que abrigam conceitos elásticos, que evoluem com o tempo e condicionam a interpretação”; o fato de que constituições não são imunes a lacunas e obscuridades; “diferentes categorias de normas que particularizam o seu conteúdo, especialmente as normas programáticas e as de eficácia contida”⁴⁸ focaliza o fenômeno da mutação como processo decorrente de nítida alteração da interpretação constitucional.⁴⁹

Segundo Barroso, a mutação constitucional tem limites, e se ultrapassá-los estará violando o poder constituinte e, em última análise, a soberania popular. As normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, têm uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades, mas essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Nesse sentido, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites, seja nas possibilidades semânticas do relato da norma, isto é, nos sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; seja na preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela

⁴⁵ SOUZA NETO; SARMENTO, 2012 apud SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de Direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 165.

⁴⁶ HESSE, 1995 apud SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 165.

⁴⁷ HESSE, 1995 apud SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 165.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). Mutações constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2016. (Série IDP: Linha direito comparado). p. 175-255. p. 187.

⁴⁹ FERRAZ, 1986 apud MENDES, 2016, p. 187-188. MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). Mutações constitucionais. Série IDP: Linha direito comparado. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 175-255.

específica Constituição⁵⁰

Por influência do estudo apresentado, observa-se que os limites à interpretação do texto constitucional permanecem limitados ao próprio texto expresso na constituição.

De que maneira, relaciona-se de uma questão complexa, segundo os doutrinadores, não são poucas as situações em que pode ocorrer a mutação constitucional. Por causa disso a importância de identificar os limites às possibilidades interpretativas, principalmente quando se trata de mutação por via de interpretação judicial, uma vez que o Poder Judiciário não está autorizado a julgar contra disposição expressa no texto constitucional.

Mutações constitucionais em sede de repercussão geral

Como visto, na deliberação dos dissídios envolvendo situações concretas, o STF exerce o chamado controle incidental de constitucionalidade, teoricamente, essa espécie de controle pode ocorrer em qualquer processo submetido à sua apreciação, sendo a via mais comum a do recurso extraordinário. Na sapiência da competência das deliberações assim proferidas, é importante distinguir duas grandes espécies de questões constitucionais, as que dizem respeito à legitimidade de preceito normativo, e as que envolvem aplicação direta da norma constitucional ao caso concreto, independentemente de juízo sobre a constitucionalidade da intermediação legislativa ordinária. Nas duas conjunturas, idealiza-se o exercício da jurisdição constitucional, pois a procedência ou não do pedido formulado pelo demandante supõe interpretação e aplicação da Constituição,⁵¹ o que denota a força normativa das decisões do STF.

A causa constitucional debatida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso extraordinário, em sede de repercussão geral, apresenta relevância e transcendência, nos termos do artigo 1.035, caput, § 1º, do CPC, “considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”.⁵²

Marinoni, Arenhart, e Mitidiero exteriorizam que basta a causa debatida ser

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150.

⁵¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 31.

⁵² BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

relevante sob um desses pontos de vista, econômico, político, social ou jurídico, não é necessário que o seja de todos. Eventuais questões envolvendo a frontal violação de direitos fundamentais materiais ou processuais, tendo em conta a dimensão objetiva desses, apresentam a princípio transcendência.⁵³ Diante do exposto, baseado no estudo sobre a transcendência da coisa julgada pode-se compreender que a decisão de uma Corte Superior gera precedente, apto para regular os julgamentos de casos futuros.

A força das decisões do STF em matéria constitucional é de alta significação como forma de precedente, especialmente para o efeito de julgamento de recursos pelos demais tribunais do Brasil.⁵⁴ Zavascki afirma que têm força vinculante *erga omnes*,⁶⁸ os precedentes que são formados em julgamento pelo regime da repercussão geral, tanto quanto os precedentes objeto de súmula vinculante.⁵⁵ Considera que o movimento em direção à força subordinante foi acelerado com as reformas do Código de Processo Civil, nos termos do artigo 932, IV e V do CPC de 2015,⁵⁶ que autoriza o relator, nos tribunais, monocraticamente, a negar seguimento a recursos quando a decisão recorrida estiver adequada às súmulas ou à jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores. Nestas circunstâncias, a decisão do relator está sujeita a agravo interno para o julgamento do recurso pelo órgão colegiado.⁵⁷

1547

O artigo 489, § 1º, V, do CPC,⁵⁸ afirma que o tribunal e o juiz não podem decidir com base em julgado da Corte Suprema “sem identificar seus fundamentos determinantes” e “demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta” a tais fundamentos. Segundo Marinoni, por meio da análise da fundamentação é possível isolar a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes. A tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes tem ressonância criada pelo STF, a eficácia está ligada à natureza da função desempenhada pelos tribunais constitucionais, além de ser absolutamente necessária à tutela da força

⁵³ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. Novo código de processo civil comentado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1128-1129.

⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 42.

⁵⁵ O termo *erga omnes* é uma frase latina de uso forense que significa “para com todos”. Isto é, contra todos, contra a opinião de todos. CARLETTI, Amilcare. Dicionário de Latim Forense. 10. ed. rev. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2011. p. 160.

⁵⁶ ZAVASCKI, op. cit., p. 54.

⁵⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁵⁸ Artigo 1.021, § 2º, do CPC. Ibid

normativa da Constituição.⁵⁹

ENVOLVIMENTO JURÍDICO DAS RESOLUÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Levando em conta a questão debatida no julgamento, das deliberações do Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, em decorrência dos limites à interpretação do texto constitucional, e, a eventual situação na qual ocorra a mutação constitucional, nasce a necessidade de harmonizar, de um lado, o direito daqueles que até então estavam consoantes às normas constitucionais e, de outro, a garantia constitucional àqueles beneficiados com a mudança da interpretação.

A imprescindibilidade, de assegurar o valor da segurança jurídica, especialmente no que compara-se à estabilidade dos direitos subjetivos, é de grande relevância a preservação do “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”⁸⁴. É o que afirma Silva:

Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída. [...] A doutrina ainda não fixou com precisão o conceito de direito adquirido. É ainda a opinião de Gabba que orienta sua noção, destacando como seus elementos caracterizadores: (1) ter sido produzido por um fato idôneo para a sua produção; (2) ter se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro declara que se consideram adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem (art. 6º, § 2º)^{60 61}

No momento em que, aprofundado nos tópicos anteriores, Didier Jr. e Braga, assentam que, a coisa julgada é um efeito jurídico, para compreendê-la é preciso partir da

⁵⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁶⁰ VANOSSI, 1982 apud SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. rev. E atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 436

⁶¹ BRASIL. Decreto-Lei Nº. 4657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Brasília: Casa Civil, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 18 março. 2021.

premissa de que a decisão é fonte de norma jurídica.⁶² Zavascki salienta que as decisões do STF em julgamento pelo regime da repercussão geral formam precedentes e têm força vinculante *erga omnes*.⁶³

O Estado Constitucional brasileiro persuade-se o direito à tutela jurisdicional de maneira adequada, efetiva e tempestiva a todos aqueles que necessitem de sua proteção jurídica. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito,⁶⁴ assim como ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal,⁶⁵ a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, pois todos são iguais perante a lei.⁶⁶ O direito e o processo justo é um direito de natureza processual, o qual impõe deveres organizacionais, Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva, e por essa razão enquadra-se dentro da categoria dos direitos à organização e ao procedimento.⁶⁷ No Estado Constitucional, o processo só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutelam os direitos na dimensão da Constituição.⁶⁸

Nesta acepção, o Sistema Recursal brasileiro contempla o conjunto de regras processuais adequadas à tutela da prerrogativa almejada. Trata-se de meio objetivo de

⁶² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 2. p. 585

⁶³ O termo *erga omnes* é uma frase latina de uso forense que significa “para com todos”. Isto é, contra todos, contra a opinião de todos. CARLETTI, Amilcare. Dicionário de latim forense. 10. ed. rev. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2011. p. 160.

⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 54.

⁶⁵ Artigo 5º, XXXV, da CRFB. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

Art. 5º LIV, da CRFB. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁶⁶ Art. 5º, LXXVIII, da CRFB. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

Artigo 5º, *caput* e I, da CRFB. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁶⁷ SARLET, 2009 apud SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 767.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 768.

controle de justiça processual.⁶⁹ Em virtude da constitucionalização do processo civil, os princípios recursais contidos no artigo 5º da CRFB, disciplinam os direitos e as garantias fundamentais e se qualificam como cláusulas pétreas, por imposição do artigo 60, IV, § 4º, da CRFB.⁷⁰ O direito ao processo justo assegura àquele que não alcançou a sua pretensão almejada a possibilidade de recursos extremos para os dois órgãos que formam a cúpula do Poder Judiciário brasileiro, isto é, para o Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário,⁷¹ e para o Superior Tribunal de Justiça por meio do recurso especial.⁷² Para tamanho, é necessário atender requisitos, que são os pressupostos de admissibilidade recursal.⁷³

CONCLUSÃO

As constantes transformações da sociedade contemporânea, sob a influência dos efeitos do mundo globalizado, causadores de impactos nos valores da sociedade através de novos paradigmas, busca-se a reflexão, das mudanças nas interpretações das leis pelos Órgãos Jurisdicionais, sobretudo quando se trata de valores expressos na Carta Política do País, constituída em Estado Democrático de Direito, insculpido nos preceitos fundamentais da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e do pluralismo político.

A supremacia da Constituição da República Federativa do Brasil, calcada nos moldes democráticos do Sistema Federal Brasileiro, interpõe a benéfica influência de manter o equilíbrio entre os Poderes, ao mesmo tempo em que assegura o livre exercício dos direitos da cidadania por meio do Poder Judiciário, com a garantia de um processo justo, estruturado no ordenamento jurídico nacional, disciplinado e interpretado conforme

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 769.

⁷⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁷¹ Artigo 102, III, da CRFB. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁷² Artigo 105, III, da CRFB. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 32-33.

os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na própria Constituição. A proteção da tutela jurisdicional não exclui de sua apreciação qualquer ameaça ou lesão a direito, nem a privação da liberdade ou bens sem o devido processo legal.

O Estado Constitucional permite a todos os cidadãos o acesso à tutela jurisdicional, assegurando às partes, igualdade de tratamento em relação ao exercício dos direitos das suas faculdades processuais e aos meios de defesa, para garantir os direitos da cidadania.

A força das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, é de alta significação como forma de precedente constitucional, pois representam a palavra do guardião da Constituição da República Federativa do Brasil, têm força vinculante *erga omnes*, especialmente para o efeito de julgamentos pelos demais órgãos do Poder Judiciário.