
BREVE REFLEXÃO SOBRE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS¹

*A BRIEF VIEW OF CONSTITUTIONAL MUTATION IN BRAZIL AND
THE UNITED STATES OF AMERICA*

*Teresa Cristina de Melo Costa
Procuradora Federal
Coordenadora Substituta do GECOPA/AGU*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Mutação constitucional no Brasil e nos EUA; 2 Limites   mutação constitucional; 3 Conclusão; Referências.

¹ Em agradecimento ao Consultor-Geral da União, Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, por autorizar meu afastamento para a realização do Curso de Introdução ao Direito Americano;   Dra. Luciana Hoff, que com a operosidade habitual cumulou as suas e as minhas atribuições no GECOPA/AGU e, acima de tudo, pela amizade e confianç a.

RESUMO: O artigo apresenta brevemente o conceito de mutação constitucional, além de apontar sua origem, terminologias mais utilizadas e algumas modalidades do fenômeno para, a partir dessas noções gerais, estudar hipóteses de mutação constitucional na jurisprudência de cortes do Brasil e dos Estados Unidos da América. Visa estabelecer, a partir do voto apresentado pelo Relator da Reclamação 4.335/AC, a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, limites mínimos para o reconhecimento de mutações constitucionais legítimas, concluindo que os fundamentos presentes no voto configuram mutação inconstitucional. Parte da experiência americana para concluir que um dos limites impostos à mutação constitucional, dentre outros também estudados, refere-se ao consenso democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Mutação. Limites. Brasil. Estados Unidos.

ABSTRACT: This paper presents the concept, origin, terminology and aspects of constitutional mutation to first familiarize the reader with this idea. Then it showcases Brazilian and American precedents where the phenomenon occurs to put the theory into practice. Using a pending case, to be decided by Brazil's Supreme Court, the author presents an argument for systematizing limits to a legitimate constitutional mutation, which if not observed, will result in illegitimate and unconstitutional mutation. This article uses the United States jurisprudence to affirm that one of the main limits to constitutional mutation is the democratic consensus.

KEYWORDS: Constitution. Mutation. Limits. Brazil. United States of America.

INTRODUÇÃO

Nas constituições, como na vida, é preciso envelhecer sem ficar velho, mudar o necessário sem atingir o essencial, renovar, repaginar, sem descaracterizar-se. Mudanças, entretanto, são acompanhadas de resistência, de críticas e até de certa desconfiança, razão pela qual deve seguir certo rito, não ocorrer a qualquer momento e observar alguma limitação.

A autoestima constitucional, aqui entendida como o juízo de valor que de seu texto se faz, a partir da capacidade de efetivamente reger as situações para as quais foi concebida, passa necessariamente pelas vias de reforma, de alteração. Qual a fórmula para manter atual e, mais importante, igualmente legítima, a Constituição dos Estados Unidos da América, promulgada há mais de duzentos anos, com menos de dez artigos? Como legitimamente reconhecer que o texto aprovado em um cenário de escravidão, escrito por constituintes sem iPhones ou contas no Facebook, é o mesmo a reger o Século XXI, de liberdades públicas e com política sendo feita via Twitter?

Em termos muito mais técnicos e compreensíveis pelos operadores do Direito, Morton Horwitz² pontua a questão de forma precisa: como manter a fundamentalidade da Constituição sem fundamentalismo? A resposta passa, sem sobra de dúvidas, pelo conceito da mutação constitucional, cuja aplicação os Estados Unidos muito têm a nos ensinar, ainda que lá o fenômeno seja praticado sem um nome de batismo³.

No Brasil, segundo Nadja Botelho, “a questão que subjaz a contemporânea crise de legitimidade constitucional é, portanto, como desvincular fundamentalidade de fundamentalismo, ou, noutras palavras, como legitimamente incorporar mudanças em ideais e valores numa teoria constitucional que aspira à permanência”⁴.

De fato, embora hoje pareça estabelecida a tese de que, para se manter vivo, o conteúdo de constituição precisa de permanentes “atualizações”, a noção de *living constitution*⁵ foi e ainda é muito

2 HORWITZ, Morton. *The Constitution of Change – legal fundamentality without fundamentalism*. Harvard Law Review, v. 107, n. 1, nov. 2003.

3 Afinal de contas, como nos lembra Shakespeare, “*What’s in a name? That which we call a rose/ By any other name would smell as sweet.*”

4 BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16.

5 Sobre o tema, conferir ACKERMAN, Bruce. *The living constitution*. Harvard Law Review, vol. 120, n. 7, 2007; TRIBE, Laurence H. *The invisible constitution*. New York: Oxford University Press, 2008 e STRAUSS, David A. *The living constitution*. New York: Oxford University Press, 2010.

questionada. Polêmicas à parte, o ponto central a ser lembrado é que a Constituição não corresponde apenas ao aspecto jurídico, que “não é responsável, sozinho, pelo seu acatamento no seio social e pela identificação da correspondência que este encontra na cláusula na cultura política do seu povo”⁶. Nesse contexto, o sistema do *common law* precisou deixar de lado a apoteose do precedente para admitir que mudanças fáticas e sociais pudessem imprimir certo dinamismo ao sistema⁷, o que passa pelo reconhecimento da mutação constitucional. Vale dizer:

Buscando fundamentação no princípio do *stare decisis* e na história constitucional norte-americana, a Suprema Corte considerou que a superação de precedentes é apropriada quando ocorrem mudanças nas circunstâncias fáticas ou na compreensão desses fatos, lançando dúvidas sobre verdades atemporais, paradigmas ou princípios supostamente neutros, que não mais são capazes de solucionar questões constitucionais. A reflexão aponta as incoerências do originalismo e do textualismo e os riscos do *stare decisis* se transmutar em jurisprudência mecânica, que perca a conexão com a mudança social.⁸

A resposta, conforme já defendia Konrad Hesse, é enxergar o embate entre a estabilidade e o dinamismo constitucionais como uma questão de coordenação, não de alternativa⁹.

Neste contexto apresenta-se a atriz principal deste pequeno roteiro: a mutação constitucional. Apesar de não se tratar propriamente

6 BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 51.

7 Aliás, como mencionado pelo Professor Thomas Golden no Curso de Introdução ao Direito Americano, o sistema atual dos Estados Unidos deve ser entendido como *híbrido*. Nesse sentido, também, Nadja Botelho: “Em diferentes graus e de formas diversas, tanto americanos como brasileiros encontraram dois grandes caminhos para a mudança constitucional e incorporação de novos valores constitucionais: decisões judiciais (superprecedentes) e leis especiais (landmark statutes). Se, nos Estados Unidos, os denominados landmark statutes vêm sendo incorporados à tradição do common law, mediante a integração dos princípios estatutários e a consideração de que alguns framework statutes desempenham funções quase constitucionais, não há razão para se negar que papel semelhante possa ser preenchido no nosso sistema de civil law, já tão influenciado por doutrina de common law, mesmo que isso ainda se dê em pequena escala, justamente em virtude da crise de legitimidade que se abateu sobre o legislador brasileiro”. (*Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 51).

8 BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 19.

9 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 45.

de uma estreia, faz-se necessário lembrar um pouco da sua carreira, iniciada na Alemanha, no final do século XIX.

De acordo com estudo de Wellington Márcio Kubliskas, o termo foi utilizado pela primeira vez “no livro *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, escrito por Paul Laband em 1895, no qual é introduzida a diferenciação entre a *Verfassungänderung* – reforma constitucional – e a chamada *Verfassungswandlung* – mutação constitucional”.¹⁰

A propósito dessa diferenciação, em pequeno *flashback*, importante lembrar que a mutação constitucional é estudada como uma peça do conjunto “reforma constitucional” que, por sua vez, integra-se ao quadro maior representado pelo Poder Constituinte¹¹. Com efeito, a alteração da Constituição pode ocorrer pela via formal (emendas à Constituição) ou pela via informal (mutação constitucional). A mutação permite que o sentido, o alcance e o conteúdo da norma constitucional sejam alterados sem que haja qualquer modificação no *texto* do dispositivo da Constituição¹², podendo se observada tanto em constituições rígidas como flexíveis. Muito embora não se desconheçam as modalidades de mutação constitucional¹³, o tema será aqui analisado em primeiro plano.

10 KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 70.

11 O Poder Constituinte pode ser originário, derivado ou difuso. O Poder Constituinte Originário é inicial (porque inaugura uma nova ordem jurídica); ilimitado (porque não se submete aos limites impostos pela ordem jurídica anterior); autônomo (porque exercido livremente por seu titular - o povo) e incondicionado (por não se submeter a nenhuma forma preestabelecida para sua manifestação). Importante ressaltar que, para a doutrina jusnaturalista, o direito natural impõe limites ao poder constituinte originário que, por essa razão, não seria totalmente autônomo. Ao contrário do Poder Constituinte Originário, o Poder Constituinte Derivado (ou constituído, ou instituído) é secundário, subordinado, limitado, e exercido pelos representantes do povo. Daí resulta a conclusão de que o poder constituinte derivado encontra limites nas regras previstas pelo constituinte originário. Como defendido em doutrina, o poder constituinte derivado pode ser exercido através da reforma da Constituição Federal ou da Constituição Estadual (poder constituinte derivado reformador), pela revisão da Constituição Federal (poder constituinte derivado revisor, art. 3º do ADCT) ou por intermédio da elaboração das constituições estaduais e da lei orgânica do Distrito Federal (poder constituinte derivado decorrente). A mutação constitucional, paralelamente, é considerada exercício do Poder Constituinte Difuso, em expressão cunhada por Georges Burdeau.

12 A terminologia, apesar de amplamente utilizada no Brasil, não goza de consenso doutrinário. Para Jorge Miranda, trata-se de *vicissitudes constitucionais*, que podem ser expressas ou tácitas. Luís Pinto Ferreira refere-se à mutação constitucional como mudança material. Já para o mestre J. J. Gomes Canotilho está-se diante de transição constitucional ou revisão informal.

13 Em obra sobre o tema, Uadi Lammêgo Bulos (*Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 63), observa que: “Hsü Dau-Lin, seguido por Pablo Lucas Verdú e por Manuel García Pelayo, esboçou quatro categorias: 1ª) mutação constitucional através de prática que não vulnera a Constituição; 2ª) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; 3ª) mutação constitucional em decorrência de prática que viola preceitos da Carta Maior; 4ª) mutação constitucional através da interpretação”. Ainda de acordo com o autor (p. 66), “[...] podem ocasionar mutações

1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E NOS EUA

Os estudiosos do tema da mutação constitucional identificam que sua incidência em determinado sistema jurídico é inversamente proporcional ao número de reformas formais sofridas pela Constituição. Isso porque reforma e mutação constitucional visam ao mesmo fim, qual seja adequar a linguagem constitucional aos valores e ideais observados na sociedade, ainda que o meio utilizado para tanto seja diverso. São, por assim dizer, complementares. Dessa forma, a importância da mutação constitucional é muito menor no Brasil, onde a Constituição já conta com setenta emendas, que nos EUA, onde a reforma do texto da Constituição é praticamente um tabu. Outros fatores contribuem para a equação, conforme lição de Nadja Botelho:

Reforma e mutação operam de maneira complementar, pois quando um ordenamento jurídico é submetido a reformas contínuas, a mutação perde muito do seu sentido, mas, inversamente, quando se receia recorrer à reforma, proliferam as mutações constitucionais, o que demonstra ser inútil tentar barrar as mudanças.

Outrossim, são comuns os casos de emendas à Constituição destinadas a afastar mutações constitucionais, especialmente aquelas decorrentes de interpretação judicial [...]. Se é verdade que o tamanho da Constituição e a facilidade do processo de reforma costumam contribuir para um maior percentual de emendas, também é correto dizer que quanto menor o percentual de emendas numa Constituição longeva, maior o uso de meios alternativos, judiciais ou legislativos, de mudança constitucional¹⁴.

Também ao analisar a experiência americana, Luís Roberto Barroso afirma que a mutação constitucional é, ao mesmo tempo, potencializada e diluída, em razão de dois fatores: primeiro porque a Constituição dos Estados Unidos é sintética (o que corrobora o exposto

constitucionais: a interpretação, a construção judicial, os usos e costumes, as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias e, até mesmo, a influência dos grupos de pressão". Luís Roberto Barroso, em classificação tripartite, identifica três modalidades de mutação constitucional: a) por interpretação; b) por atuação do legislador e c) por via de costume (*Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010).

14 BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 37-38.

acima), segundo porque o papel do juiz no sistema do *common law* é mais livre e, em certa medida, discricionário. Nas palavras do autor:

No direito norte-americano, o fenômeno da mudança não formal do texto constitucional é, a um só tempo, potencializado e diluído em razão de duas circunstâncias. A primeira está associada ao caráter sintético da Constituição, na qual estão presentes normas de textura aberta, como federalismo, devido processo legal, igualdade sob a lei, direitos não enumerados, poderes reservados. A segunda diz respeito ao próprio papel mais discricionário e criativo desempenhado por juízes e tribunais em países nos quais vigora o sistema do *common law*. Em consequência dessas peculiaridades, foram desenvolvidas jurisprudencialmente inúmeras teses que não tinham previsão expressa, como a teoria dos poderes implícitos, a imunidade tributária recíproca entre os entes da federação, a doutrina das questões políticas, o direito de privacidade, dentre muitas outras¹⁵.

As diferentes experiências constitucionais do Brasil e dos Estados Unidos, portanto, devem ser levadas em consideração quando do estudo de casos de mutação constitucional, cuja aplicação encontra-se mais amadurecida em terreno estadunidense. Por outro lado, exige dos intérpretes brasileiros maior esforço de entendimento do tema, que poderia diminuir sobremaneira a inflação de reformas que a Constituição do Brasil tem sofrido.

Tendo-se em mente essa premissa, tome-se o exemplo do caso *Brown v. Board of Education*¹⁶, conhecido pelos americanos apenas como *Brown*, muito referido pelo direito brasileiro quando do estudo do direito de igualdade, mas que também deve ser lembrado em matéria de mutação constitucional. Isso porque, sem alterar o texto da Constituição dos Estados Unidos da América, determinou a integração entre negros e brancos nas escolas, procedendo à verdadeira revolução na interpretação da doutrina do “*separate but equal*”, superando (*overruling*) o entendimento antes legitimado em *Plessy v. Ferguson*¹⁷.

Ao julgar o caso *Brown*, a Suprema Corte Americana atendeu aos anseios da sociedade por igualdade racial, promovendo mutação constitucional para concluir que a Constituição dos Estados Unidos

15 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125.

16 347 U.S. 483 (1954).

17 163 U.S. 537, 552 (1896).

não autorizava a anterior separação entre brancos e negros nas escolas. O acerto da decisão, hoje inequívoco, foi objeto de questionamentos à época por parte da população branca, conforme lembra Bruce Ledewitz:

Brown was enormously controversial when it was decided. The extent of the white backlash¹⁸ it sparked in the affected states is widely forgotten today. The decision was not well-reasoned, nor it well-grounded in the text or history of the passage of the Fourteenth Amendment. The reliance in the opinion on social science research was not well-received, and the opinion was subjected to a celebrated critique by Herbert Wechsler. Nevertheless, even at the time, there was a rightness about *Brown*. It was, as the *New York Times* wrote at the time, that the Justices 'have felt behind them the solid weight of public opinion'. Despite real opposition, the *Brown* decision became a symbol of national resolve to move, belatedly, toward racial justice. (...) The decision has been adopted by the American people, almost none of whom have ever read it and most of whom know of it only vaguely. What has been adopted is the principle that the government may not discriminate on the basis of race. It is fair to say that this proposition has now become, in the words of Justice Harlan, a matter settled by this 'nation' and not just by the courts¹⁹.

Outro exemplo igualmente importante de mutação constitucional nos Estados Unidos refere-se ao impacto das decisões judiciais a respeito da *interstate commerce clause* presente no art. 1º, seção 8ª, na Constituição dos Estados Unidos, apontada como o mais importante “enumerated power” atribuído ao Poder Legislativo federal.

De acordo com a Suprema Corte Americana, seria legítimo à União dispor sobre temas que tivessem vínculo estreito e substancial com o tráfico interestadual. Apesar disso, conforme lição de José Adércio Leite Sampaio, “a União passou a reconhecer na cláusula de comércio uma

18 Segundo Nadja Machado Botelho (*Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 59), a expressão pode ser entendida como “a reação contrária, repercussão negativa ou resistência que pode decorrer de decisões judiciais sobre temas controvertidos. Ou, nas palavras de Cass Sustein: ‘Let us define public backlash, in the context of constitutional law, in the following way: intense and sustained public disapproval of a judicial ruling, accompanied by aggressive steps to resist that ruling and to remove its legal force’ (SUSTEIN, *Cass. Backlash’s Travels*. Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, v. 42, n. 2, 2007, p. 435-449).”

19 LEDEWITZ, Bruce. *Justice Harlan’s Law and Democracy*. HeinOnline, 20 J.L. & Pol. 373 (2004), p. 400. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 26 mar. 2012. Ainda que objeto de maior detalhamento a seguir, registre-se desde já o primeiro limite à mutação constitucional, sem o qual a mutação não sobrevive: o lastro democrático.

atribuição geral de competência, permitindo-lhe dispor, praticamente, sobre todos os assuntos: de higiene dos alimentos à prostituição; de educação a Direito Penal”²⁰. Não se apresse o leitor em concluir que aqui se defende uma mutação constitucional sem freios (antes, o contrário), mas a transcrição visa a demonstrar o alcance das possibilidades que a aplicação da mutação constitucional atingiu nos Estados Unidos.

A mutação constitucional da cláusula de comércio, também com certa surpresa em relação à extensão que lhe tem sido conferida, é igualmente identificada em doutrina estrangeira, ainda que sob o enfoque da utilização da cláusula para o fortalecimento do poder central dos Estados Unidos:

Sin tocar una sola palabra de la constitución el Congreso de los Estados Unidos, a través de su poder para regular el comercio entre los distintos estados, tiene autoridad sobre una extensa gama de actividades de la mayor importancia para el pueblo de los Estados Unidos. Esta autoridad no se ha tomado de los estados, puesto que éstos nunca la tuvieron. Había pertenecido desde el principio al Congreso, se bien no tuvo mucho campo para su ejercicio. Con el desarrollo del tráfico entre los estados se produjo un aumento del poder del Congreso de los Estados Unidos y el correspondiente cambio en el equilibrio de poder entre la unión y los estados que la componen.²¹

Por fim, além das conquistas já arroladas por Luís Roberto Barroso como fruto de mutação constitucional nos Estados Unidos da América (como a teoria dos poderes implícitos, a imunidade tributária recíproca entre os entes da federação, a doutrina das questões políticas, o direito de privacidade), um terceiro exemplo de mutação constitucional naquele país, igualmente lembrado pelo autor, corresponde à jurisprudência formada a partir do *New Deal*, que rompeu com o entendimento consagrado na Era Lochner, “passando a admitir como constitucionalmente válida a legislação trabalhista e social proposta por Roosevelt e aprovada pelo Congresso. Até então se havia entendido que tais leis violavam a liberdade de contrato assegurada pela Constituição”²².

20 SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 612.

21 WHEARE, Karl. *Las constituciones modernas*. Barcelona: Labor, 1971. p. 77.

22 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 126.

No Brasil, exemplo mais atual e significativo de mutação constitucional diz respeito ao recente julgamento da ADPF 54, que autorizou a interrupção terapêutica do parto em caso de feto comprovadamente anencefálico. Muito embora o acórdão encontre-se pendente de publicação, o Supremo Tribunal Federal concluiu que não se trata de ofensa do direito à vida, afastando o crime de aborto, devendo-se prestigiar a dignidade da pessoa da gestante e a autonomia da sua vontade.

Um segundo exemplo brasileiro corresponde ao emblemático caso de mutação constitucional em relação ao foro por prerrogativa de função, didaticamente explicado pelo Professor Luís Roberto Barroso:

Por muitas décadas, inclusive sob a vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o foro privilegiado subsistia mesmo após o agente público haver deixado o cargo ou função, tendo inclusive consolidado esse entendimento no enunciado n. 394 da Súmula da Jurisprudência Dominante. Em 1999, todavia, a Corte alterou sua linha de entendimento e cancelou o verbete da Súmula, passando a afirmar que a competência especial somente vigoraria enquanto o agente estivesse na titularidade do cargo ou no exercício da função. Nesse exemplo, como se constata singelamente, atribuiu-se ao mesmo dispositivo – art. 102, I, “b”, da Constituição – sentidos diametralmente opostos ao longo do tempo, sem qualquer alteração de seu texto²³.

Outra questão séria discutida fora do âmbito da reforma constitucional é a possibilidade ou não de união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277 e ADPF 132), que pode implicar em mutação do conceito constitucional de família.

Ainda que a mutação constitucional tenha surgido de forma tímida no Brasil, o julgamento da ADPF 54, por muitos considerado o mais importante do Supremo Tribunal Federal nas últimas décadas, bem como o futuro julgamento sobre a possibilidade ou não de configuração de união estável entre pessoas do mesmo sexo, demonstram a importância que o tema hoje alcançou no Brasil. De figurante, a mutação pode passar a ser a estrela principal do cenário constitucional. Para tanto, precisa tomar alguns cuidados. Reflexões para o próximo capítulo.

23 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 132.

3 LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A noção de limites é estritamente ligada à ideia de constituição. De igual maneira, a própria constituição, em sua maioria, traz em si regras para a sua modificação, limitando o poder de reforma. A imposição de limites ao poder de reforma da Constituição, ao contrário do que se possa supor, é salutar e deve ser entendida como uma forma de proteger o próprio povo – titular do poder constituinte.

Em matéria de mutação constitucional, Uadi Lammêgo Bulos defende que “é impossível estipular critérios exatos para o delineamento dos limites da mutação constitucional”. Entretanto, após a primeira afirmativa categórica, vislumbra a existência de alguma limitação, defendendo que a “única limitação que poderia existir – mas de natureza subjetiva, e, até mesmo, psicológica – seria a consciência do intérprete 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”.

Por fim, parece concluir que existem, sim, limites à mutação constitucional, uma vez que admite a existência de mutações inconstitucionais e “o limite, nesse caso, estaria por conta da ponderação do intérprete, ao empreender o processo interpretativo que, sem violar os mecanismos de controle da constitucionalidade, adequaria a Lei Máxima à realidade social cambiante”.²⁴

Destarte, mesmo aqueles que afirmam inexistirem limites à mutação constitucional intuitivamente concluem que a limitação é própria do sistema, sob pena de produzir mutações inconstitucionais.

Para Luís Roberto Barroso, os primeiros limites correspondem a “a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição”. Isso porque, continua o autor, “se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário”²⁵.

Outra limitação ínsita ao sistema constitucional brasileiro, mas por poucos lembrada, corresponde às cláusulas pétreas. Atenta aos limites

24 BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 89 e 91.

25 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128-129.

e possibilidades da mutação constitucional, Nadja Machado Botelho leciona que, “mesmo sujeitas às suas próprias mutações, as cláusulas pétreas também se afiguram como limites à mutação constitucional, de maneira que a alteração de sentido ou alcance dos dispositivos constitucionais não poderá atingir o conteúdo essencial nem favorecer a abolição do núcleo duro da Constituição”. E conclui afirmando que “aplica-se à mutação incidente sobre cláusulas pétreas o entendimento doutrinário e jurisprudencial pertinente à reforma; o que não se pode é pretender, via mutação, aquilo que não se alcançaria nem por emenda”²⁶.

Assim, até aqui, pode-se listar no mínimo três limites à mutação constitucional: a) as possibilidades semânticas do próprio texto constitucional; b) os princípios fundamentais e c) as demais cláusulas pétreas. Caso não observadas tais restrições, a mutação constitucional será inconstitucional, em esdrúxula sobreposição do fato ao direito. Nesse sentido José Afonso da Silva:

Admitir o triunfo dos fatos sobre a norma como queria Jellinek, como forma de mutação constitucional, seria destruir o próprio conceito jurídico de Constituição, pelo aniquilamento de sua força normativa. [...] Nesse contexto, admitindo a possibilidade da existência de mutações constitucionais, ou seja, mudanças de significado, sentido e alcance das normas constitucionais sem a alteração do texto escrito, ganha relevância a questão dos limites das mutações constitucionais. Admitir que as mutações constitucionais são ilimitadas eliminaria o caráter normativo da Constituição e colocaria em risco seu caráter estabilizador²⁷.

Pois bem. Tendo em mente os limites até aqui expostos, questiona-se se a norma do art. 52, X, da Constituição Federal, encontra-se em vias de sofrer legítima mutação constitucional, conforme defendido pelo Relator da Reclamação 4.335/AC, Ministro Gilmar Mendes, e pelo Ministro Eros Roberto Grau.

Em síntese, a ação trata de alegação de ofensa à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82959/SP, em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos.

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

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

Ao discorrer sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, o Ministro Relator Gilmar Mendes aduziu que a suspensão pelo Senado Federal da execução do ato declarado inconstitucional pelo STF constitui ato político que empresta eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da Constituição de 1988, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes hoje ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, concluiu que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de *publicidade*, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar definitivamente que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que *publique* a decisão no Diário do Congresso. O Ministro Eros Grau, em voto-vista, seguiu o entendimento do Relator e afirmou ter o art. 52, X, da CF sido objeto de mutação constitucional.

Em divergência, o Min. Sepúlveda Pertence aduziu que a adoção de súmula vinculante dispensaria a intervenção do Senado Federal, impedindo de reduzir o órgão a mero agente de publicidade das decisões do STF.

No que aqui interessa, o Min. Joaquim Barbosa afastou a ocorrência da alegada mutação constitucional. Asseverou que, com a proposta do relator, ocorreria, pela via interpretativa, tão-somente a mudança no sentido da norma constitucional em questão, e, que, ainda que se aceitasse a tese da mutação, seriam necessários dois fatores adicionais não presentes: o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o consequente e definitivo desuso do dispositivo²⁸. Por fim,

²⁸ Com a devida vênia, não há mutação constitucional por desuso: "De nuestra exposición resulta que de ninguna manera puede concluirse que el desuso de una competencia del poder estatal, las correspondientes prescripciones constitucionales y legales resulten obsoletas. En este sentido se puede decir que el Derecho supremo del Estado según su esencia es imprescriptible. Por eso, una de las investigaciones más difíciles consiste en determinar, en el caso particular, em qué medida un poder nunca ejercido de hecho tiene relevancia jurídica o no. Es decir, si es válido, si es capaz de cumplir, em algún caso, su propósito normativo para la vida estatal" (JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Traducción de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 51).

ênfatisou que essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição²⁹.

Diante dos fatos narrados e considerando a enumeração dos limites à mutação constitucional, um primeiro obstáculo se apresenta à tese defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau: a literalidade do art. 52, X, da CF, como afirmado pelo Ministro Joaquim Barbosa. A redação do art. 52, X, da CF não permite interpretá-lo de forma a concluir que o Senado Federal deve simplesmente publicar as decisões finais do STF em controle difuso.

Ou, como explica J. J. Gomes Canotilho,

uma coisa é admitirem-se alterações no âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogram), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional. [...] Por outras palavras que colhemos em K. Stern: a mutação constitucional deve considerar-se admissível quando se reconduz a um problema normativo-endogenético, mas já não quando ela é resultado de uma evolução normativamente exogenética³⁰.

No ponto conclui-se, com Nadja Machado Botelho, 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 constitucional³¹. E para sanar dúvida acaso existente, arremata-se o tópico com transcrição de Jane Reis Gonçalves Pereira:

[...] a principal crítica que cabe opor à tese da mutação é a de que, em verdade, ela subverte o texto da Constituição, dando-lhe um sentido completamente diverso do que deflui do texto. Sendo

29 Narrativa colhida dos Informativos 454 e 463 do Supremo Tribunal Federal. Após a configuração do empate, o julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski.

30 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.192.

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

a mutação um processo informal de mudança de significado sem alteração do dispositivo, é intuitivo que só pode ocorrer nas hipóteses em que o texto interpretado é dotado de certo grau de abertura e indeterminação. Do entendimento exposto nos votos mencionados não deflui autêntica mutação constitucional, mas sim a negação dos sentidos possíveis do texto do art. 52, X, da Constituição. Tal formulação, se prevalecer, promoverá uma mutação inconstitucional.³²

Um segundo obstáculo aos fundamentos apresentados pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau para defender a existência de mutação constitucional do art. 52, X, da CF, corresponde, exatamente, aos limites insculpidos nas cláusulas pétreas, notadamente o princípio da separação de poderes (art. 60, § 4º, III, da CF).

O art. 52, X, da CF, traduz uma faculdade do Poder Legislativo, que por natureza pode ou não ser exercida, a juízo único de seu titular. O Poder Judiciário, caso entenda que determinada decisão em controle difuso deve ser oponível *erga omnes*, pode se valer da edição de súmula vinculante³³, como lembrado pelo Ministro Sepúlveda Pertence. O que não se admite, a pretexto de realizar mutação constitucional, é ignorar o texto expresso do art. 52, X, da CF para proceder a uma alteração que não poderia ser admitida nem sequer por reforma, haja vista o óbice do art. 60, § 4º, III, da CF. A esse propósito:

As mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário.

32 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Retrospectiva Direito Constitucional 2008: A expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. p. 20.

33 “Somente quando a declaração de inconstitucionalidade, em concreto, culminar na edição de súmula vinculante, que depende de procedimento e requisitos próprios, é que o posicionamento judicial se tornará vinculante e, mesmo assim, não em relação ao Poder Legislativo. Pretender conferir efeito *erga omnes* a qualquer decisão do STF é esvaziar a súmula vinculante, recentemente incluída no texto constitucional pelo poder constituinte derivado e, portanto, não obsoleta, e desrespeitar tanto a norma do art. 52, X, quanto aquela do art. 103-A, ambas da Constituição Federal.” (BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 164).

A inconstitucionalidade, tendencialmente, deverá resolver-se, seja por superação, seja por sua conversão em Direito vigente³⁴.

Quanto ao tema, ainda que o Ministro Relator afirme que o art. 52, X, da CF fundamenta-se em uma concepção *ultrapassada* de separação de poderes, a regra nele inscrita não deixa de ser mecanismo da separação de poderes. Não foi por outro motivo que a constituição previu em si mesma um rol de cláusulas pétreas, de modo a protegê-la de interpretações narcisistas. Solução legítima para o caso, como já transcrito, é tirar do estado de latência o Poder Constituinte Originário. Do contrário, a mutação que se propõe será inconstitucional.

A mutação constitucional, ainda que capaz de resolver muitos problemas jurídicos preservando-se o texto da Constituição, não pode ser imposta, mas deve estar pautada em mudanças sociais que lhe confira algum lastro democrático³⁵, conforme defendido pelos multicitados Nadja Machado Botelho e Luís Roberto Barroso. A legitimidade democrática da mutação constitucional atua, assim, como último limite à sua regular configuração, devendo ser objeto de criteriosa análise pelo Poder Judiciário.

No ponto, ao analisar o motivo da permanência da regra firmada a partir do julgamento de *Brown*, Bruce Ledewitz aponta o *consenso democrático* como fator importante a ser considerado (no processo de mutação constitucional), uma vez que *Brown* não foi o primeiro precedente a condenar a discriminação racial:

Brown not only illustrates democratic ratification of a judicial decision on a crucial constitutional matter, but also illustrates the role of leadership in the formation of democratic consensus. The decision was not the first federal governmental blow against legal racial discrimination. Nor was it the first judicial decision to move in the general direction of racial equality. But it was a dramatic announcement of a large-scale challenge to a widespread racial ideology. Without Brown, the dismantling of legal apartheid in the United States would not have proceeded as quickly and

34 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

35 Como lembra Nadja Machado Botelho (*Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 20) interessante notar que, nas últimas décadas, a democracia se tornou conceito central no direito constitucional norte-americano e, por vezes, vem sendo invocada como nova justificativa para uma interpretação estática, inclusive pela defesa de fortes limitações ao poder judicial, invocando sobremaneira o caráter contra-majoritário do *judicial review*.

as surely as it did. Though democratic consensus is obviously a manifestation of popular judgment, there is still the necessity of wise leadership.³⁶

Para corroborar sua tese a respeito da necessidade de ratificação democrática das decisões da Suprema Corte Americana, o Professor Ledewitz faz interessante comparação entre os precedentes *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade*. Ambos representam célebres decisões da Suprema Corte, mas o nível de consenso democrático de um e outro é diferente, o que se reflete nas comemorações dos aniversários de julgamento. Arrisca-se a afirmar que o grau de consenso democrático de um julgado está diretamente relacionado à possibilidade futura de mutação constitucional, ou seja, quanto mais aceita socialmente determinada decisão, menor a chance de ser alterada posteriormente.

Vale terminar o tópico com a leitura da transcrição referida:

The public responses to the anniversaries of *Brown* and *Roe* illustrate the differences in acceptance. The fiftieth anniversary of *Brown* led to celebrations across the country. In contrast, the anniversary of *Roe* each year leads to large outpourings of dissent. Nor is this difference explained by mere passage of time. The *Roe* decision is now over thirty years old. By that time, *Brown* and other cases were already enshrined in the constitutional cannon. I do not mean to suggest that *Roe* has been abandoned by the people. The decision is supported by a substantial group in the electorate. Yet, it is also opposed by a substantial group. Another group lies in the middle, troubled by the rhetoric on both sides of the issue. But this lack of consensus does not support *Roe*³⁷.

3 CONCLUSÃO

Antes do término do tempo regulamentar, e sem entrar nos acréscimos, deve-se lembrar de noção presente em quase todos os textos produzidos a respeito do direito constitucional: a razoabilidade. O termo pode estar se tornando banal, mal compreendido às vezes, mas não se pode conceber nenhuma alteração na Constituição (ou na vida) sem que uma boa dose de razoabilidade esteja presente.

36 LEDEWITZ, Bruce. *Justice Harlan's Law and Democracy*. HeinOnline, 20 J.L. & Pol. 373 (2004), p. 401. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

37 LEDEWITZ, Bruce. *Justice Harlan's Law and Democracy*. HeinOnline, 20 J.L. & Pol. 373 (2004), p. 404. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

O princípio da razoabilidade não foi apontado como limite da mutação constitucional porque, de certa maneira, atua no processo como um *macroprincípio*, como um requisito prévio para a interpretação da Constituição e como pressuposto necessário de qualquer produto desse processo.

A mutação constitucional, para receber no Brasil o *status* que possui nos Estados Unidos não pode se deixar contaminar pelo “jeitinho brasileiro”, nem mesmo quando tal atributo estiver revestido de atraente embalagem jurídica. É preciso razoabilidade para entender a diferença entre o se pode ser alterado e o que, por constituir núcleo e essência do direito brasileiro, deve ser celebrado.

Um último registro: não há contradição alguma em os Estados Unidos terem uma Constituição de mais de duzentos anos e, ao mesmo tempo, ser palco de verdadeiras revoluções tecnológicas. Eles são o país das redes sociais e do iPhone, mas jamais criariam a “*iConstitution*”, atualizável a um clique e *online*, a critério do cliente, superável pela versão mais *in* do momento. A Constituição dos Estados Unidos da América envelheceu sem ficar velha porque foi capaz de proteger-se dos próprios americanos. Que o Supremo Tribunal Federal cumpra o seu papel de proteger a Constituição do Brasil, do Brasil.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- HORWITZ, Morton J. Foreword. *The Constitution of Change – legal fundamentality without fundamentalism*. Harvard Law Review, v. 107, n. 1, nov. 2003.

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

LEDEWITZ, Bruce. *Justice Harlan's Law and Democracy*. HeinOnline: 20 J.L. & Pol. 373 (2004), p. 373-461. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Retrospectiva Direito Constitucional 2008: A expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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

WHEARE, Karl. *Las constituciones modernas*. 2. ed. Barcelona: Labor, 1971.

