

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Marcio Ortiz Meinberg

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Mestrado em Direito Constitucional

**São Paulo
2014**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Marcio Ortiz Meinberg

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Mestrado em Direito Constitucional

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em **Direito Constitucional**, sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Silvia Carlos da Silva Pimentel.

2014

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, Paulo de Tarso e Marcia Maria, e meus irmãos, Claudio e Fabio, bem como todos meus familiares.

Agradeço ao apoio da FUNDAP e, principalmente, da ANPG, sendo esta última representada por meus amigos Elisangela, Luana, Euzébio e Marcelinho.

Agradeço a todos os amigos, com destaque a todos os colegas do Lopes Pinto Nagasse.

Agradeço a toda ajuda dos professores Maria Garcia, Vidal Serrano, David Araújo, Paulo de Barros Carvalho, Silvio Luiz, pelos ensinamentos, e aos professores Roberto Dias, Luiz Guilherme, Maria Helena e Renato Mehanna, pelos valorosos conselhos.

Agradeço a toda atenção dos funcionários da secretaria, com destaque ao Rui e ao Rafael.

Agradeço especialmente à minha orientadora, Professora Silvia Pimentel, por todo acompanhamento, conselhos e paciência, que foram fundamentais para ajustar o norte deste trabalho.

Por fim, agradeço ao apoio essencial e ao companheirismo de Eleonora, que sempre esteve presente ao meu lado em todos os momentos desta caminhada.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto estudar a relação entre os Direitos Fundamentais e as alterações informais da Constituição. Tais alterações no sentido da Constituição, sem que ocorra qualquer alteração formal no texto da Carta Magna, são em geral conhecidas na doutrina como Mutação Constitucional. Trata-se de um fenômeno decorrente de um conjunto de características da Constituição de 88 (supremacia, força normativa e maleabilidade de suas normas) e suas normas. Dentre elas, as normas de Direitos Fundamentais também apresentam algumas características (estrutura como normas-princípio, abertura e linguagem rica em conceitos não-jurídicos, cujos significados são bastante imprecisos, seu caráter sintético e suas lacunas e omissões) que impulsionam a ocorrência de Mutação Constitucional. Além de impulsionarem casos de Mutação Constitucional, os Direitos Fundamentais também têm relevante papel em fenômenos similares, mas que não se confundem com a mutação: a maleabilidade natural das normas de Direitos Fundamentais; a influência dos Direitos Fundamentais na determinação das demais normas constitucionais; e as transformações realizadas pelos Direitos Fundamentais no restante do ordenamento jurídico, como a determinação de sentido das normas infraconstitucionais, a alteração do sentido das normas infraconstitucionais e a sua exclusão das normas inconstitucionais do sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Hermenêutica Constitucional; Mutação Constitucional.

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze the relationship between the Fundamental Rights and the informal constitutional alterations. These alterations on the sense of the Constitution, without changing its text, are known by the doctrine as the Constitutional Mutation. It is a phenomena arising from a set of features found into the Brazilian Constitution of 88 and its norms (supremacy, normative strength and flexibility of the norms). The Fundamental Rights norms also feature some characteristics (structured as Principles, openness and language full of non-legal concepts, whose meanings are quite inaccurate, its synthetic character and the gaps and omissions) which boost the incidence of the constitutional mutation. Beyond that, the Fundamental Rights play a important role related to some situations similar to informal changes to the Constitution, but different from them, as the natural pliability of the Fundamental Rights norms; the influence of the Fundamental Rights the determination of the others constitutional norms (setting the original meaning of these constitutional normative statements); and the transformations performed by the Fundamental Rights into the legal system: by setting the meaning of a non-constitutional norm, the sense change of a non-constitutional norm and the exclusion of the non-constitutional norm from the system.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Constitutional Hermeneutics; Constitutional Mutation.

ABREVIACÕES

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI-MC	Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR RE	Agravo de Regimento em Recurso Extraordinário
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MS	Mandado de Segurança
QO HC	Questão de Ordem em <i>Habeas Corpus</i>
Rcl.	Reclamação
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1. NORMAS CONSTITUCIONAIS	23
1.1 Normas Jurídicas e Ordenamento.....	23
1.2 Norma e Enunciado Normativo.....	24
1.3 Espécies de Normas Jurídicas	26
1.3.1 Regras e Princípios.....	26
1.3.2 Distinção entre Normas-Regra e Normas-Princípio	28
1.3.3 Máxima da Proporcionalidade	30
1.3.4 Núcleo Essencial das Normas-Princípio	34
1.4 Fechamento	37
2. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	39
2.1 Métodos.....	40
2.2 Hermenêutica Constitucional	41
2.2.1 Características da Constituição de 1988.....	42
2.2.2 Novos métodos de Interpretação Constitucional	46
2.3 Técnicas de Celso Bastos.....	47
2.4 Determinação do sentido de um Enunciado Normativo Constitucional.....	50
2.5 Efeitos da Interpretação Constitucional sobre o Ordenamento Jurídico	51
2.5 Fechamento	52
3. PROCESSOS INFORMAIS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO	53
3.1 Histórico.....	53
3.2 Conceito de Mutação Constitucional.....	55
3.2.1 Conceito Segundo a Doutrina Brasileira	55
3.2.2 Conceito Segundo os Ministros do Supremo Tribunal Federal.....	59
3.2.3 Conceito Adotado neste Trabalho.....	68

3.3	Fundamento da Mutação Constitucional	69
3.4	Requisitos da Mutação Constitucional	71
3.5	Tipologia da Mutação Constitucional.....	72
3.5.1	Mutação Constitucional via decisão judicial	72
3.5.2	Mutação Constitucional via ato administrativo	74
3.5.3	Mutação Constitucional via ato normativo.....	75
3.5.4	Mutação Constitucional via prática social-política.....	76
3.6	Limites da Mutação Constitucional.....	79
3.6.1	Processos manifestamente inconstitucionais	81
3.6.2	Processos anômalos.....	81
3.7	Fechamento	83
4.	DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	85
4.1	Direitos Fundamentais e Direitos Humanos	85
4.2	Definição de Direitos Fundamentais	87
4.3	Os Direitos Fundamentais e a Constituição Federal de 1988	87
4.3.1	Características dos Direitos Fundamentais.....	90
4.3.2	Fundamento dos Direitos Fundamentais	93
4.4	Fechamento	95
5.	ESPECIFICIDADES DAS ALTERAÇÕES INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO ENVOLVENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS	97
5.1	Maleabilidade das Normas de Direitos Fundamentais	97
5.1.1	Linguagem sintética e ampla	97
5.1.2	Abertura das Normas de Direitos Fundamentais	99
5.1.3	Normas-Princípio	100
5.1.4	Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais	100
5.2	Papel dos Direitos Fundamentais nas Alterações Informais da Constituição	101
5.2.1	Mutação Constitucional causada pela Jurisprudência Internacional.....	102

5.3 Papel dos Direitos Fundamentais nas Transformações das Normas Infraconstitucionais	104
5.4 Fechamento	106
6. EXAME JURISPRUDENCIAL	109
6.1 União Homoafetiva e o Princípio da Igualdade	109
6.1.1 Reconhecimento da União Homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4.277).....	109
6.1.2 Decisão	110
6.1.3 Análise e Crítica.....	113
6.1.4 Conclusão	114
6.2 Regulamentação do Direito de Comunicação pela Legislação Infraconstitucional	115
6.2.1 Inconstitucionalidade da Lei de Imprensa (ADPF 130)	116
6.2.2 Decisão	117
6.2.3 Análise e Crítica.....	118
6.2.4 Conclusão	123
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	125
8. BIBLIOGRAFIA	131

INTRODUÇÃO

A Mutação Constitucional   um fenômeno pelo qual o sentido de uma disposi o constitucional   alterado sem qualquer modifica o de seu texto, que permanece intacto. Tal fenômeno decorre de uma série de particularidades existentes em algumas normas constitucionais: suas disposi es são elaboradas com linguagem sintética e ampla, repleta de termos vagos, ambíguos e coloquiais, permitindo amplo espaço para interpreta o; tais normas muitas vezes fazem referências a valores e conceitos externos a ela; e algumas normas constitucionais são estruturadas como normas-princípio, o que resulta na indetermina o de seu conteúdo, até mesmo com rela o ao núcleo essencial. Em suma, são normas altamente maleáveis. Decorrente de tais particularidades, a interpreta o das normas da Constitui o depende de postulados e técnicas específicas, que muitas vezes levam e possibilitam a muta o de suas normas.

Os Direitos Fundamentais (bem como as normas que os garantem) são os elementos da Constitui o que melhor condensam todas as características elencadas anteriormente, de modo que são essenciais para a determina o de sentido da Constitui o, não apenas pela sua própria maleabilidade, como por seu efeito sobre as demais normas constitucionais, afinal, se as normas constitucionais devem ser interpretadas sempre em conformidade com os Direitos Fundamentais, cujo sentido varia conforme o caso concreto, resulta que os Direitos Fundamentais também podem alterar as demais normas, seja determinando seu sentido, causando altera es informais. Ou seja, devido ao seu conteúdo maleável (decorrente da linguagem e estrutura) e seu efeito sobre as demais normas (por irradiarem por todo o sistema), os Direitos Fundamentais também são elemento de impulso de Muta o Constitucional.

  importante destacar que existem algumas situa es que, apesar de diferentes, costumam ser confundidas com a Muta o Constitucional. A primeira situa o   a já citada maleabilidade das normas de Direitos Fundamentais, que não configura em altera o do sentido de um texto normativo, uma vez que o sentido original de tal enunciado já prevê a maleabilidade (múltiplos sentidos são permitidos pelo texto), diferente do caso da Muta o Constitucional em que o novo sentido não era previsto originalmente no enunciado normativo (os sentidos são incompatíveis entre si). A segunda situa o   a determina o das normas constitucionais, pois ainda que os Direitos Fundamentais influenciem o sentido de um enunciado normativo,

não se trata de alteração, pois o que ocorre é determinação do sentido original daquele texto normativo.

Por fim, também não devem ser confundidas com Mutação Constitucional as altera es das quais a Constitui o   causadora (não objeto), ou seja, as altera es no restante do ordenamento jurídico (uma vez que a Constitui o ocupa posi o suprema dentro dele). Nestes processos infraconstitucionais os Direitos Fundamentais têm exercem papel central: seja na determina o de sentido das normas infraconstitucionais (a serem delimitados pelos Direitos Fundamentais); seja na altera o de sentido das normas infraconstitucionais (técnica da interpreta o conforme a Constitui o); ou, seja na exclusão de uma norma infraconstitucional do sistema por ser inconstitucional (caso não seja possível harmonizar tal norma com os Direitos Fundamentais).

Antes de avaliar **as Rela es entre a Muta o Constitucional e os Direitos Fundamentais** (Cap. 5), faz-se necessário estabelecer os conceitos envolvidos. Além da **Muta o Constitucional** (Cap. 3) e dos **Direitos Fundamentais** (Cap. 4) propriamente ditos, será essencial conceituar **Normas Constitucionais** (Cap. 1), assim como as diretrizes para sua **Interpreta o** (Cap. 2).

No **primeiro capítulo** apresentaremos algumas teorias sobre a norma jurídica e suas implica es para o conceito adotado de Constitui o. Inicialmente diferenciaremos Enunciado Normativo (texto legal) de Norma Jurídica (sentido extraído). Em seguida, abordaremos a diferencia o da estrutura das normas jurídicas entre Normas-Regra e Normas-Princípio, explicando o conceito e a forma de diferenciá-las por meio da Máxima da Proporcionalidade (e suas três máximas parciais: adequa o, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Por fim, examinaremos o entendimento de um núcleo essencial das normas-princípio.

No **segundo capítulo** analisaremos a importância da hermenêutica como mecanismo de extra o do sentido das normas constitucionais. Identificaremos as características e especificidades da Constitui o e suas normas que demandam uma hermenêutica diferenciada. Apresentaremos os principais métodos e técnicas de interpreta o constitucional e seus efeitos na Constitui o e no ordenamento jurídico.

No **terceiro capítulo** apresentaremos o conceito de alterações informais das normas constitucionais (no qual se inclui a Mutação Constitucional), bem como seu fundamento. Exporemos brevemente a evolução do tema na doutrina internacional e pátria, bem como o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema. Enfim, abordaremos os processos informais propriamente ditos, apresentando suas principais características e classificações, bem como os limites (que, se ultrapassados, geram a chamada Mutação Inconstitucional). À título ilustrativo, apresentaremos alguns casos práticos de alterações informais ocorridos no Brasil.

No **quarto capítulo** dissertaremos sobre os Direitos Fundamentais como uma espécie do gênero Direitos Humanos. Indicaremos o conceito adotado e abordaremos a maneira como a Constituição Federal de 1988 compreende os Direitos Fundamentais, delimitando suas características e fundamento.

No **quinto capítulo** avaliaremos algumas especificidades das mutações constitucionais causadas pelos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, aplicando os conceitos expostos anteriormente (Cap. 1 ao 4) quando relativos aos Direitos Fundamentais. Trata-se do capítulo principal da dissertação.

No **sexto e último capítulo** veremos a aplicação prática dos conceitos articulados no capítulo quinto. Examinaremos alguns julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, buscando compreender como o pretório excelso entende a Mutação Constitucional causadas ou tendo por objeto os Direitos Fundamentais.

1. NORMAS CONSTITUCIONAIS

O termo “norma” contém múltiplos significados, de modo ser necessário delimitá-los, sendo este o objetivo maior deste Capítulo. Além da definição de “norma”, neste Capítulo estabeleceremos algumas distinções: entre as normas jurídicas e as demais normas; entre Enunciado Normativo (texto legal) e Norma Jurídica (sentido extraído); e entre Normas-Regra e Normas-Princípio (e seu núcleo essencial).

1.1 Normas Jurídicas e Ordenamento

De acordo com Hans Kelsen¹, o elemento nuclear do Direito é a norma jurídica. Sendo assim, podemos concluir que a norma constitucional é o elemento nuclear da Constituição. Mas o que é norma? E o que diferencia a norma jurídica das demais normas?

A norma é uma proposição com sentido deôntico, ou seja, que obriga, veda ou permite condutas. Existem diversos tipos de normas, com destaque para as normas morais, as normas sociais e as normas jurídicas. Sendo que, o que distingue as normas jurídicas das demais normas é a resposta à sua violação, pois, na definição de Norberto Bobbio² as “normas jurídicas são aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa³ e institucionalizada⁴” (sendo que a institucionalização depende da prévia definição da sanção para o descumprimento de cada norma, cuja execução será realizada por pessoas específicas⁵). Quando se trata das sanções externas e institucionalizadas, isso não quer dizer que apenas as normas (tomadas individualmente) que contenham uma sanção específica são jurídicas. A sanção externa e institucionalizada refere-se ao conjunto das normas jurídicas, ou seja, ao ordenamento jurídico. Neste sentido, resume Luís Roberto Barroso⁶:

¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

² BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2008. Pág. 160.

³ Sanção interna seria aquela autoinfligida pelo próprio descumpridor da norma (por ex. norma moral). É pouco eficaz como forma de garantir o cumprimento da norma, pois seus descumpridores são, em geral, exatamente as pessoas com pouca propensão a se autossancionar.

⁴ A sanção externa, porém não institucionalizada também têm alguns defeitos, que é a inconsistência e desproporcionalidade na aplicação (por ex. norma social).

⁵ “Quando se fala em sanção institucionalizada, entende-se estas três coisas, ainda que elas nem sempre se encontrem simultaneamente: 1) para toda violação de uma regra primária, é estabelecida a relativa sanção; 2) é estabelecida, se bem que dentro de certos termos, a medida da sanção; 3) são estabelecidas pessoas encarregadas de efetuar a execução”. BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2008. Pág. 161.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. Pág. 193.

Normas jurídicas são, em suma, atos jurídicos emanados do Estado ou por ele reconhecidos, dotados de imperatividade⁷ e garantia, que prescrevem condutas e estados ideais ou estruturam órgãos e funções. São atos de caráter geral, abstrato e obrigatório, destinadas a reger a vida coletiva. Se integrarem o documento formal e hierarquicamente superior que é a Constituição, serão normas jurídicas constitucionais.

Assim, as normas tomadas individualmente serão consideradas jurídicas quando pertencerem (pelo critério de validade⁸) ao ordenamento jurídico (sistema institucional organizado que aplica a sanção externa aos que descumprirem os comandos previstos nas normas jurídicas), sendo que, as que decorrerem do texto constitucional são as Normas Constitucionais.

1.2 Norma e Enunciado Normativo

Também é importante esclarecer a distinção entre **Norma** e **Enunciado Normativo**, que decorre, respectivamente, da distinção entre **Proposição** e **Enunciado**.

Enunciado é um conjunto de fonemas ou grafemas pela qual o emissor formula uma mensagem que será compreendida pelo seu receptor. Para tal, o emissor deve obedecer a um sistema linguístico lógico que faça sentido ao receptor. A Proposição, por sua vez, é o conteúdo significativo contido no enunciado, é o seu sentido conforme captado pelo receptor. Assim se manifesta Norberto Bobbio:

Por *proposição* entendemos um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade. [...] Além disso, é necessário distinguir uma proposição de seu *enunciado*. Por *enunciado* entendemos a forma gramatical e linguística pela qual um determinado significado é expresso, por isso a mesma proposição pode ter enunciados diversos, e o mesmo enunciado pode exprimir proposições diversas.⁹

Os enunciados podem ser manifestos de diversas maneiras, como as palavras impressas da lei, a sentença proferida oralmente pelo juiz, o desenho da placa (um cigarro cortado por um traço diagonal vermelho) que significa proibido fumar, o gesto do guarda rodoviário que solicita ao

⁷ “A *imperatividade* traduz-se no caráter obrigatório da norma e no conseqüente dever jurídico, imposto a seus destinatários, de se submeterem a ela. A *garantia* importa na existência de mecanismos institucionais e jurídicos aptos a assegurar o cumprimento da norma ou a impor conseqüências em razão de seu descumprimento”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. Pág. 189.

⁸ Segundo Norberto Bobbio a aferição de validade de uma norma é realizada mediante três processos: 1) averiguação se o ente emissor da norma tinha tal competência (definida conforme o próprio ordenamento jurídico, em direção à norma hipotética fundamental); averiguação se não houve posterior ad-rogação; e 3) averiguação se não há incompatibilidade desta norma com outra hierarquicamente superior ou posterior. Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2008

⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2008. Pág. 73.

motorista que pare no acostamento etc. Eventualmente, a proposição somente será construída a partir da combinação de diversos enunciados, como quando alguém pede silêncio dizendo “psit” e fazendo um gesto de um dedo estendido verticalmente sobre a boca, sendo que os elementos isoladamente não alcançariam a compreensão do receptor.

Eventualmente, uma mesma proposição pode ser manifesta por diferentes enunciados e, um mesmo enunciado, pode conter diferentes proposições (conforme o contexto ou por conta dos termos vagos ou ambíguos). Sobre isso, expõe Paulo de Barros Carvalho:

Daí que a mesma proposição possa encontrar diferentes expressões verbais, correspondendo, portanto, a enunciados distintos, num só ou em idiomas diversos. Vejamos este exemplo, em que dois enunciados em língua portuguesa expressam uma única proposição: ‘o movimento teve a adesão de muitos parlamentares’ e ‘muitos parlamentares aderiram ao movimento’. Ou este, em idiomas diferentes: ‘*it is raining*’, ‘*il pleut*’, ‘chove’. Em ambos os exemplos, segmentos de linguagem sintaticamente diversos portam uma única significação. Em contrapartida, pode ocorrer que uma sentença comunique proposições distintas: ‘No Brasil, o Presidente da República foi deposto’. A frase serve para significar o episódio de 1945, quanto o de 1964.¹⁰

Em suma, a norma é uma proposição (o sentido) de um determinado enunciado normativo (expressão linguística), sendo que o sentido somente é atingido após a interpretação do enunciado frente à situação concreta à qual é aplicável. Neste sentido, Canotilho distingue:

[...] entre *enunciado* (formulação, disposição) da *norma* e *norma*. A **formulação da norma** é qualquer enunciado que faz parte de um texto normativo (de uma ‘fonte do direito’). **Norma** é o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposições, combinações de fragmentos de disposições). **Disposição** é parte de um texto ainda a interpretar; *norma* é parte de um texto interpretado.¹¹

Em um sistema jurídico positivista como o do ordenamento Brasileiro, somente obrigam as normas (proposições) que forem extraídas a partir de um enunciado normativo textual (em português, conforme art. 13, CF) e elaborado de acordo com a Constituição Federal (e conforme procedimento estabelecido na lei complementar prevista pelo art. 59, parágrafo único, CF). Note que existem normas extraídas de enunciados normativos não-textuais (como as placas de trânsito, a fala do juiz ou o gesto do guarda), porém estas modalidades são a aplicação de normas originadas de enunciados normativos textuais escritos.

¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2011. Págs. 85-86.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. Págs. 1185-1186.

Canotilho ainda alerta que não existe correspondência biunívoca entre norma e enunciado normativo, de modo que um mesmo enunciado pode exprimir mais de uma norma, podendo elas coexistir (conjunção de normas) ou não (disjunção de normas); enquanto outra norma pode ser decorrente da interpretação combinada de mais de um enunciado.

Sendo assim, concluímos que, do ponto de vista formal, as normas constitucionais são as proposições cujo sentido é extraído a partir da inteligência de enunciados normativos (texto) da Constituição de 1988.

1.3 Espécies de Normas Jurídicas

Existem diversas formas de classificar as normas jurídicas, seja conforme sua hierarquia dentro do ordenamento (normas constitucionais e normas infraconstitucionais), conforme seu grau de imperatividade (normas de ordem pública ou normas de ordem privada), conforme a natureza do comando (normas preceptivas, normas proibitivas ou normas permissivas), conforme a estrutura do enunciado (normas de conduta ou normas de organização), entre outras.¹² Neste trabalho utilizaremos a distinção entre Regras e Princípios, que merece abordagem mais aprofundada.

1.3.1 Regras e Princípios

Conforme ensina Ronald Dworkin, as normas podem ser classificadas em duas espécies distintas: as **Normas-Regra** e as **Normas-Princípio**¹³. Existem diversos critérios para diferenciar as duas espécies de normas. Canotilho enumera alguns deles:

- a) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.
- c) *Carácter de fundamentabilidade* no sistema das fontes do direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹³ No caso em particular, estamos tratando de princípios como espécie de norma, não devendo confundir as normas-princípio com outros princípios, como os princípios hermenêuticos.

jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) “*Proximidade*” da ideia de direito: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculados radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) *Natureza normogénica*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio de regras* jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.¹⁴

Luís Roberto Barroso¹⁵ resume os diversos critérios em três: conforme o conteúdo; conforme a estrutura normativa; e conforme o modo de aplicação. Quanto ao conteúdo, as normas-princípio exprimem decisões políticas fundamentais (República, Democracia, Estado Federativo etc), valores a serem observados (dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, razoabilidade etc) ou fins públicos (desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, busca do pleno emprego etc). Por sua vez, as normas-regra são prescrições deontológicas objetivas (obrigações, permissões ou vedações). No tocante à estrutura normativa, Luís Roberto Barroso entende que “princípios são normas predominantemente finalísticas, e as regras são normas predominantemente descritivas”. Por fim, com relação ao modo de aplicação, as normas-regra são mandados definitivos, aplicados na modalidade “tudo-ou-nada”, mediante subsunção conforme sua validade, enquanto as normas-princípio são mandados de otimização, que exprimem direitos *prima-facie*, podendo ser ponderados conforme sua dimensão de peso.

Nesta dissertação optamos por adotar a distinção lógica, conforme identificada por Dworkin, que consiste na diferença sobre a forma de aplicação¹⁶ das duas espécies normativas: As normas-regra são aplicadas mediante subsunção e as normas-princípio mediante ponderação.

As normas-regra são aplicadas ou não (*all-or-nothing*). Se a regra for válida, então será obrigatoriamente aplicada. Se não for aplicável, então não é válida. É possível que uma regra contenha uma exceção, mas, nesta hipótese, trata-se de uma parte da regra, ou seja, a aplicação da exceção também é obrigatória.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. Pág.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁶ Canotilho e Luís Roberto Barroso também concluem por este critério.

As normas-princípio¹⁷, por sua vez, contém uma dimensão de peso que permite sua aplicação ponderada. Sendo assim, os princípios sempre são aplicados, porém nem sempre com sua integral carga.

Em Suma, havendo conflito entre regras distintas, apenas uma prevalecerá; enquanto na colisão entre princípios, eles serão aplicados ponderadamente.

1.3.2 Distinção entre Normas-Regra e Normas-Princípio

Partindo do entendimento de que o critério de diferenciação entre as Normas-Regra e as Normas-Princípio é a forma de aplicação, Robert Alexy¹⁸ define os princípios como *mandamentos de otimização*, ou seja, uma norma cujo conteúdo deôntico deve ser aplicado na maior medida do possível, podendo ser satisfeitas em diferentes graus conforme as possibilidades fáticas ou jurídicas (direitos e deveres *prima facie*). Por sua vez, as regras são deveres definitivos aplicados mediante subsunção ao caso: ou são aplicadas integralmente ou não são aplicadas de forma alguma.

Para aplicação de normas-regra, em caso de subsunção, o raciocínio deverá ser sempre tudo-ou-nada (conforme a validade), uma vez que se trata de *mandamentos definitivos*. Havendo um conflito em que ao mesmo fato incidam duas regras com mandamentos diferentes, somente existirão duas soluções: (i) uma cláusula de exceção afasta uma das regras para permitir a incidência absoluta da outra (lembrando que a cláusula de exceção é considerada parte da regra afastada, de modo que não há aplicação parcial); ou (ii) uma das normas é inválida e não se aplica ao fato.

A segunda hipótese é o que a doutrina denominou *antinomia*, ou seja, a existência de duas normas cujo mandamento é contraditório entre si. Para que haja de fato uma antinomia é necessário que ambas pertençam ao mesmo ordenamento e tenham o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material). Com relação às antinomias aparentes¹⁹,

¹⁷ Apesar do uso genérico do termo “princípio”, para Dworkin tal conceito é composto por duas espécies diferentes, que muitas vezes se confundem: são as *policies* e os *principles*. As *policies* são objetivos a serem alcançados, enquanto os *principles* são exigências de justiça ou equidade.

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁹ Noberto Bobbio também se refere às antinomias reais, quando os critérios são insuficientes, uma vez que as normas conflitantes são contemporâneas, de mesmo nível hierárquico e ambas gerais. Não aprofundaremos as

existem basicamente três critérios para sua solução²⁰: o critério cronológico, pelo qual a norma posterior tem prevalência sobre a norma anterior; o critério hierárquico, pelo qual prevalece a norma superior em detrimento da inferior; e o critério da especialidade, pelo qual a norma especial prevalecerá sobre a norma geral. Tais critérios foram expressamente contemplados por nosso ordenamento jurídico e atualmente estão previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Dec.-Lei nº 4.707/42, antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro) e na própria Constituição.

Ocorre que muitas vezes pode existir um conflito entre os critérios, as denominadas²¹ antinomia de segundo grau²², o que requer uma ordem de importância e prevalência entre os critérios. No nível mais baixo encontra-se o critério cronológico, pois a norma inferior não atinge a superior (critério hierárquico), mesmo que incida posteriormente; e a norma mais recente apenas revoga a norma anterior quando assim declarar expressamente ou for incompatível com ela, o que não ocorre no caso de conflito entre norma geral e especial (art. 2º, §1º, Dec.-Lei nº 4.707/42). No nível intermediário encontra-se o critério da especialidade, que prevalece sobre o cronológico, porém é derrotado pelo critério hierárquico, uma vez que a validade das normas inferiores é retirada da norma superior, de modo que será inválida a norma inferior em conflito com a superior²³ (note que, para a existência de conflito, deve haver sido respeitada a partição de competências, conforme determinada na Constituição). No nível mais alto paira o critério hierárquico, que se sobrepõe aos demais em qualquer situação.

As normas-princípio sempre expressam deveres e direitos *prima facie*, ou seja, obrigatórios no primeiro momento, mas cujo conteúdo definitivo pode ser limitado e ponderado conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Em caso de colisão entre princípios, sendo que a decisão no caso concreto dependerá de um critério de peso, não invalidando qualquer dos princípios em conflito, mas ponderando um (ou ambos) frente ao outro. A ponderação entre princípios

alternativas expostas pelo célebre jurista italiano, uma vez que discordamos de todas. Nosso entendimento sobre o tema será apresentado quando abordarmos os postulados hermenêuticos constitucionais.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UnB, 2006.

²¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UnB, 2006.

²² São três as possibilidades de antinomias de segundo grau: a) entre o critério hierárquico e o cronológico; b) entre o critério de especialidade e o cronológico; e c) entre o critério hierárquico e o de especialidade.

²³ Norberto Bobbio apresenta um entendimento diferente sobre o conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade. Para o jurista italiano, ainda que em teoria prevalecesse o critério hierárquico, na prática tais antinomias deveriam ser decididas caso a caso, sendo possível a prevalência do critério de especialidade em situações muito particulares. Data máxima vênia, discordamos e entendemos que o exemplo jurisprudencial apresentado por Norberto Bobbio não se justifica academicamente, apenas demonstra uma falta de coerência teórica da Corte Constitucional italiana. Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UnB, 2006.

não ocorre de maneira arbitrária, de modo que Robert Alexy sugere a Máxima da Proporcionalidade e suas três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), conforme abordaremos no item a seguir.

Existe uma terceira possibilidade de conflito entre normas, pouco explorada por Robert Alexy, que é a colisão entre uma norma-regra e uma norma-princípio²⁴. Para esta situação, Virgílio Afonso da Silva²⁵ sugere, à priori, a simples aplicação da norma-regra via subsunção, uma vez que esta já seria o resultado do sopesamento de normas-princípio feito pelo legislador, formalizando uma restrição ao princípio em conflito. Excepcionalmente, quando houver questionamento quanto à constitucionalidade da norma-regra, caberá ao Judiciário declarar sua inconstitucionalidade (o que não foge da subsunção, uma vez que a norma-regra não será aplicada exatamente por ser inválida).

1.3.3 Máxima²⁶ da Proporcionalidade

O objetivo da ponderação é definir, no caso concreto, qual interesse tem prevalência (uma vez que, como normas-princípio, abstratamente estão no mesmo nível). Robert Alexy, examinando a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, estabeleceu o método conhecido como **Máxima da Proporcionalidade**, que tem como objeto uma medida concreta sobre a qual haja a colisão de princípios (a medida tem um objetivo, que é o princípio colidente, porém restringe outro princípio, o princípio colidido).

A Máxima da Proporcionalidade é composta de três máximas parciais: Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em Sentido Estrito. Cada uma das máximas parciais é aplicada na ordem pré-definida e de maneira subsidiária. Eventualmente, apenas pela análise

²⁴ Note que estamos tratando de normas (proposições), não de enunciados normativos (texto). Eventualmente quando um mesmo enunciado normativo permite múltiplas interpretações, de modo que seja possível extrair mais de uma norma (proposição) a partir dele, somente terão validade as normas-regra (extraídas do enunciado normativo) que não estiverem em conflito com outras normas (regras ou princípios). Desta forma, os princípios agem como “vetores”, indicando qual dos vários sentidos do enunciado devem ter, ou não, validade.

²⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2010.

²⁶ O termo “Máxima da Proporcionalidade” foi utilizado por Virgílio Afonso da Silva na tradução da obra de Robert Alexy (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.). No original em alemão a denominação “*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*” também pode significar “Princípio da Proporcionalidade”, sendo este o termo consagrado pela doutrina, tanto em português quanto em outras línguas, o que gera um problema de coerência lógica, uma vez que “Máxima (ou Princípio) da Proporcionalidade” tem a estrutura de regra. Por uma questão de coerência, acompanhamos o termo sugerido por Virgílio Afonso da Silva.

das máximas anteriores o caso concreto já é solucionável, sendo dispensada a aplicação das posteriores.

A primeira máxima parcial a ser aplicada é a **Adequação**. Trata-se de aferir (sempre no caso concreto) se a medida sob análise é adequada para atingir os fins pretendidos²⁷: se contribui (de qualquer forma, em qualquer intensidade) no sentido do objetivo pretendido por ela (princípio colidente). Caso a medida seja inadequada para sua finalidade, então ela não justifica a ponderação dos princípios e deverá ser rejeitada (ou seja, o princípio colidido por ela terá prevalência absoluta). Não interessa, em sede de Adequação, avaliar se a medida contribui pouco ou muito para seu objetivo, bastando que contribua de alguma forma (o peso será analisado no momento da Proporcionalidade em Sentido Estrito).

A segunda máxima parcial é a **Necessidade**. Neste caso, deve ser avaliado se existe alguma outra medida que possibilite o mesmo resultado (com intensidade igual ou superior), mas que restrinja menos ou igualmente o princípio colidido. Conforme alerta Virgílio Afonso da Silva, a Necessidade é um exame comparativo, enquanto a Adequação é um exame absoluto. A comparação deve ser realizada entre duas medidas, segundo duas variáveis: a eficiência para realizar seu objetivo, ou seja, o princípio colidente; e o grau de restrição ao princípio colidido²⁸. Virgílio Afonso da Silva ainda sugere que o critério definitivo seja o da eficiência,

²⁷ A máxima parcial da Adequação também não avalia a legitimidade dos fins pretendidos, apenas dos meios. A legitimidade dos fins é uma questão política e que deve ser avaliada pelos mecanismos democráticos. Ressalvando-se, é claro, que um fim inconstitucional não será nunca admitido, porém o mecanismo para freá-lo é outro, não o exame da proporcionalidade (é possível que uma medida seja proporcional para atingir um fim inconstitucional).

²⁸ Virgílio Afonso da Silva expõe a combinação das duas variáveis (eficiência e restrição) relacionadas às duas medidas (M_1 e M_2) permitindo inicialmente quatro cenários, aos quais acrescenta posteriormente mais dois cenários (nos quais a eficiência das medidas é a mesma), conforme:

	Medida mais eficiente ao princípio colidente	Medida menos restritiva ao princípio colidido	A medida (M_1) é necessária?
(1)	M_1	M_1	Sim
(2)	M_1	M_2	Sim
(3)	M_2	M_1	Sim
(4)	M_2	M_2	Não
(5)	$M_1 = M_2$	M_1	Sim
(6)	$M_1 = M_2$	M_2	Não

Os cenários (1) e (4) são facilmente solucionáveis, pois deve prevalecer a medida que seja, ao mesmo tempo, a mais eficiente e a menos restritiva: M_1 no cenário (1) e M_2 no cenário (4). Onde a eficiência se equivale, como nos cenários (5) e (6), deverá prevalecer a medida menos gravosa: M_1 e M_2 , respectivamente. Nos cenários (2) e (3), a medida mais eficiente é também a mais gravosa, devendo prevalecer, segundo o critério de Virgílio a mais eficiente: M_1 no cenário (2) e M_2 no cenário (3), mas isso não ocorre no caso do cenário (3), uma vez que o argumento utilizado contra a medida M_1 não é sua eficiência (tal decisão caberia aos Poderes Executivo e Legislativo), mas sim a eventual restrição indevida em direitos fundamentais, sendo assim, se a medida M_2 é a

uma vez que a preferência pela medida menos gravosa implicaria na omissão Estatal (pois a omissão é sempre menos restritiva, ainda que absolutamente ineficiente) e a proteção do princípio restringido ainda pode ser garantida pela máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito.

Por fim, a terceira e última máxima parcial é a **Proporcionalidade em Sentido Estrito**, que é o sopesamento propriamente dito. As medidas que forem consideradas adequadas e necessárias devem ser sopesadas, comparando a importância do princípio colidente com a intensidade da restrição ao princípio colidente, para evitar exageros²⁹. Ainda que exista certa subjetividade neste último exame, é fundamental destacar que a legitimidade da decisão depende da argumentação utilizada, que deve ser jurídica e não pessoal³⁰.

mais restritiva, sua adoção não pode ser imposta pelo Poder Judiciário, devendo esta ser uma decisão política dos Poderes Executivo e Legislativo.

²⁹ A crítica feita ao método de Robert Alexy reside principalmente na subjetividade da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, que deixaria a cargo do intérprete. Virgílio Afonso da Silva defende o método de Robert Alexy sob o argumento de que toda operação interpretativa do Direito contém um caráter subjetivo (até mesmo a subsunção), de modo que é impossível extrair completamente a subjetividade, cabendo ao método apenas a fixação de alguns parâmetros para o controle de argumentação. Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2010.

³⁰ “[...] é possível sistematizar três parâmetros elementares de controle da argumentação, que, a despeito de sua simplicidade, serão especialmente úteis quando a técnica da ponderação esteja sendo utilizada.

“Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos *normativos* (implícitos que sejam) que a apoiem e lhe deem sustentação. Ou seja, não bastam o bom senso e o sentido de justiça pessoal – é necessário que o intérprete apresente elementos de ordem jurídica que referendam tal ou qual decisão. Embora óbvia, essa exigência tem sido deixada de lado com mais frequência do que se poderia supor, substituída por concepções pessoais embaladas em uma retórica de qualidade. Não custa lembrar que, em um Estado Democrático de Direito, o judiciário apenas pode impor coativamente determinada conduta a alguém com fundamento em lei. A argumentação jurídica deve preservar exatamente seu caráter *jurídico* – não se trata apenas de uma argumentação lógica ou moral. Nessa mesma linha, ao menos como orientação *prima facie*, um conflito normativo deve ser resolvido em favor da solução que apresente em seu suporte o maior número de normas jurídicas. Nesse ponto, é oportuno fazer uma observação de caráter geral.

“[...] um segundo parâmetro útil para o controle da argumentação jurídica, em especial quando ela envolva a ponderação, diz respeito à possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão. Por força do imperativo da isonomia, espera-se que os critérios empregados possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes. Esse exercício de raciocínio – verificar a possibilidade de generalizar o critério de decisão que se pretende adotar no caso concreto – projeta a argumentação desenvolvida para o caso concreto em um conjunto maior de hipóteses, facilitando a visualização de desvios e inconsistências.

“Por fim, um último parâmetro capaz de balizar de alguma forma a argumentação jurídica, especialmente a constitucional, é formado por dois conjuntos de princípios, o primeiro, composto de princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional; o segundo, por princípios materiais propriamente ditos, que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional. Ambas as categorias de princípios orientam a atividade do intérprete, de tal maneira que, diante de várias soluções igualmente plausíveis, deverá ele percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais”. BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. Págs. 294-295.

Para ilustrar a aplicação Máxima da Proporcionalidade e suas três Máximas Parciais, Virgílio Afonso da Silva utiliza dois julgados do Supremo Tribunal Federal: ADC 9-6³¹ (acionamento de energia) e ADI 855-2³² (pesagem de botijões de gás).

A Ação Direta de Constitucionalidade nº 9-6 (ADC 9-6) foi proposta pelo Presidente da República para declarar a constitucionalidade dos artigos 14 a 18 da Medida Provisória nº 2.152-2, que estabeleciam metas de consumo de energia elétrica e sanções aos que não cumprissem. A finalidade da medida era “compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia”. A medida atende a máxima parcial da Adequação, uma vez que a possibilidade de sanção sobre os consumidores os pressiona à economia de energia, ou seja, a medida contribui, mesmo que em pequena intensidade, no sentido do objetivo pretendido por ela (evitar interrupções no suprimento de energia). Ainda que Adequada, a medida proposta não atende à máxima parcial Necessidade, visto que existem (diversas) outras medidas que possibilitam o mesmo resultado (no mesmo grau de eficácia, ou até superior), com menos restrição aos direitos colididos (amplo acesso a um serviço público, princípio da isonomia, livre iniciativa e dignidade da pessoa humana). Em decorrência da subsidiariedade das máximas parciais, a aferição da máxima parcial da Proporcionalidade em Sentido Estrito é dispensada, uma vez que a medida não é Necessária, ou seja, não é proporcional. É importante esclarecer que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, foi pela procedência da ação, declarando constitucional a medida por atender “aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2 (ADI 855-2) foi proposta pela CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO – CNC contra a Lei Estadual do Paraná nº 10.248/93, que exigia a pesagem dos botijões de gás na presença do consumidor. A finalidade da medida seria promover a defesa do consumidor. A medida atende a máxima parcial da Adequação, pois evita que os consumidores sejam lesados ao adquirir e devolver botijões. A medida também atende à máxima parcial Necessidade, visto que medidas

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9-6/DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Relatora para o Acórdão: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 2001, 13.12.2001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=883>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2/AC. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Relator para o Acórdão: Gilmar Mendes. Brasília, 2008, 06.08.2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

alternativas (por exemplo, controle por amostragem) não atenderiam à finalidade proposta com a mesma eficácia (ainda assim haveria consumidores individualmente lesados, sendo obrigados a pagar pelo que não receberam). Por fim, com relação à máxima parcial da Proporcionalidade em Sentido Estrito, Virgílio entendeu que a pequena restrição à liberdade de iniciativa deveria ceder diante da proteção ao consumidor. Também não foi esta a conclusão do Supremo Tribunal Federal, que em 2008 concluiu o julgamento entendendo a ação procedente por vislumbrar “violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos”³³.

1.3.4 Núcleo Essencial das Normas-Princípio

Apesar de sua indeterminação e maleabilidade, as normas-princípio têm um núcleo essencial intangível, que é o limite de sua margem de configuração. Ocorre que a definição do núcleo essencial de uma norma-princípio também não é uma tarefa de fácil realização, sendo que existem basicamente duas teorias³⁴ com relação a este tema: a teoria absoluta e a teoria relativa.

A teoria absoluta entende que o núcleo essencial de uma norma-princípio é uma área fixa e intransponível, que não pode ser afetada em hipótese alguma, sob o risco de invalidar tal norma-princípio. Tal área poderia ser determinada em abstrato, possuindo, dessa forma, uma dimensão objetiva. Neste sentido, Pedro Adamy³⁵, Ana Paula de Barcellos³⁶ e Luís Roberto Barroso³⁷, conforme:

Princípios têm sentido e alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras. A partir de determinado ponto, no entanto, ingressa-se em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete. Essa característica dos princípios, alias, é que permite a realização da vontade da maioria, inerente ao regime democrático. Há, portanto, um sentido mínimo, oponível a qualquer grupo que venha a exercer o poder, e também um espaço cujo conteúdo será preenchido pela determinação democrática. Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia*

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2/AC. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Relator para o Acórdão: Gilmar Mendes. Brasília, 2008, 06.08.2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

³⁴ ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia à Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

³⁵ ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia à Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2001, p. 54.³⁸

Pedro Adamy³⁹ justifica sua adesão à teoria absoluta, com relação aos Direitos Fundamentais, por não haver na Constituição norma que autorize a restrição de seu núcleo essencial (o que, sem estabelecimento de critérios, reduziria tais Direitos ao nível da legislação ordinária); por ser o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais necessário para garantir o Estado de Direito (visto que seu fundamento é o mesmo); e por ter o Supremo Tribunal Federal reconhecido a impossibilidade de restrição ao núcleo fundamental dos Direitos Fundamentais. Ana Paula de Barcellos⁴⁰ vai mais além, identificando o núcleo fundamental dos Direitos Fundamentais com o mínimo existencial, cuja expressão utilizada pelo Constituinte foi “dignidade da pessoa humana”. Para a autora, ainda que haja dificuldade em determinar o sentido positivo de tal conceito, o consenso social facilmente identifica quando houve violação da “dignidade da pessoa humana”, sendo este o critério de determinação.

Do outro lado, posiciona-se a teoria relativa, defendida especialmente por Virgílio Afonso da Silva⁴¹. Segundo a teoria relativa, o núcleo essencial de uma norma princípio somente poderá ser determinado no caso concreto e após a aplicação da Máxima da Proporcionalidade, o que resultaria em diferentes conformações do núcleo, conforme o cada caso.

Segundo a teoria relativa, o conceito de **conteúdo essencial**⁴² é uma decorrência natural da teoria dos princípios tendo como pré-requisito a adoção da teoria externa de limites e do suporte fático amplo. A Teoria Externa significa que os limites a uma norma-princípio são externos a ela (os limites são as outras normas-princípio), assim, existem dois objetos: a norma-princípio e as restrições, que não são parte da norma, mas externas a ela (a teoria externa contrapõe-se à teoria interna, pela qual os limites são imanentes, de modo que existe um único objeto: a norma-princípio e seus limites). Por sua vez, a adoção de um Suporte Fático Amplo significa que não há exclusão prévia de condutas do âmbito do princípio protegido, diferente do Suporte Fático Restrito, pelo qual as condutas cujos exercícios não

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. Pág.

³⁹ ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia à Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴² SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2010.

sejam específicos para a realização do princípio protegido estão excluídas do âmbito de proteção⁴³. Sendo assim, a definição do núcleo essencial de uma norma-princípio até pode ser realizada por um enfoque objetivo (“com base no significado desse direito para a vida social como um todo”⁴⁴), mas tal definição teria pouca relevância para a aplicação de tal princípio em uma situação concreta⁴⁵. O mais importante é a determinação do conteúdo essencial de uma norma-princípio conforme sua dimensão subjetiva (relativa às condutas jurídicas individualizadas)⁴⁶. Como decorrência lógica da teoria externa e do suporte fático amplo, o conteúdo essencial de uma norma-princípio (conforme a dimensão subjetiva) é relativo, sendo determinado apenas mediante ponderação:

O raciocínio pode ser resumido no seguinte silogismo:

- restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais;
- restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são constitucionais;
- restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial.⁴⁷

Entendemos que ambas as teorias (absoluta e relativa) podem ser válidas, porém com aplicações diferentes. Em uma situação concreta, é mais coerente a teoria relativa do núcleo essencial das normas-princípio, de modo que o conteúdo essencial será determinado após a aplicação da Máxima da Proporcionalidade. Por sua vez, quando houver a necessidade de análise de ato estatal em abstrato (por exemplo, no julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade cujo objeto seja uma lei), a única aplicável será a teoria absoluta, na qual o consenso social será necessário para determinar se o conteúdo essencial do Direito Fundamental foi ou não atingido.

Demonstraremos a aplicação destas teorias com relação aos Direitos Fundamentais no Item 5.1.4.

⁴³ O exemplo utilizado por Virgílio Afonso da Silva é a pintura de um quadro no cruzamento de uma grande avenida. Para Friedrich Müller (que adota o suporte fático restrito), esta conduta não está protegida pelo direito fundamental de livre expressão artística, mas para Virgílio, tal conduta está *prima facie* protegida (a restrição a esta conduta depende da ponderação).

⁴⁴ “Proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles”. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2010. Pág. 185.

⁴⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2010. Pág. 206-207.

1.4 Fechamento

Em suma, delimitamos normas constitucionais como o sentido extraído de um ou mais enunciados normativos constantes da Constituição de 1988, podendo ser classificadas quanto à estrutura em duas espécies: as normas-regra e as normas-princípio. O diferencial entre as duas espécies de normas é sua maneira de aplicação, sendo as normas-regra aplicadas via subsunção e as normas-princípio via ponderação (conforme máxima da proporcionalidade). Sendo assim, as normas-regra são normas cujo valor maior é o da segurança jurídica (onde os valores já foram previamente ponderados pelo legislador, não cabendo ao intérprete ou aplicador ponderá-los novamente), enquanto as normas-princípio são normas cujo valor maior é a justiça, servindo de guia para o intérprete e aplicador da norma (dando unidade e sentido ao sistema)⁴⁸.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

2. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Conforme visto no capítulo anterior, a construção do sentido de uma norma (proposição) depende da interpretação do enunciado normativo (texto) que a contém. A interpretação é o processo intelectual pelo qual se atribui sentido ao texto interpretado (no caso, um ou mais enunciados normativos). Trata-se de um processo necessário para a compreensão de qualquer norma jurídica, seja constitucional ou infra, pois “não há norma jurídica que dispense interpretação”⁴⁹.

Ocorre que a interpretação depende de um método e um conjunto de normas que a organizem como um processo coerente. Ao longo dos tempos, a doutrina jurídica apresentou diversos métodos de interpretação, com finalidades e resultados diferentes. O estudo teórico do conjunto da interpretação, seus métodos, normas e efeitos constitui a ciência da Hermenêutica.

A interpretação pode ser classificada conforme o intérprete, os resultados ou os métodos. A doutrina costuma divergir bastante sobre os critérios, formas e nomenclatura da classificação. Por conta disso não esgotaremos o tema, apenas exporemos brevemente alguns aspectos.

Quanto ao intérprete, optamos por distinguir a interpretação entre autêntica, pública e privada. A *interpretação autêntica* é aquela realizada pelo próprio autor do enunciado normativo para esclarecer seu sentido. Em geral é realizada pelo Poder Legislativo, mas é importante destacar que os demais Poderes também emitem enunciados dentro de suas competências (decretos do Executivo ou Regimentos dos Tribunais, para exemplificar). A interpretação autêntica tem observância tão obrigatória quanto o enunciado interpretado por ela (ainda que a própria interpretação autêntica precise ser interpretada antes de aplicada). A *interpretação oficial* é a realizada pelos órgãos estatais durante a aplicação do Direito, seja no exercício da função jurisdicional ou administrativa. É de observância obrigatória dentro das competências do Poder (ou órgão) que o emitiu. Por fim, a *interpretação privada* pode ser realizada tanto pelos estudiosos e doutrinadores do Direito, quanto pelos aplicadores não-estatais (como um advogado que interpreta a lei em favor de seu cliente) ou até mesmo pelos particulares em

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011. Pág. 437.

geral (quando interpretam a lei para cumpri-la ou descumpri-la). A interpretação privada não é de observância obrigatória, mas certamente pode influenciar as demais.

Quanto aos resultados, a classificação mais usual distingue entre interpretação declarativa, interpretação extensiva e interpretação restritiva. Na interpretação declarativa o resultado é coincidente com a literalidade da lei. No caso da interpretação extensiva são identificadas situações além daquela taxativamente contemplada em sua literalidade (ampliando sua incidência). Por fim, no caso da interpretação restritiva, conclui-se que a incidência deve ser menor do que indicaria, em um primeiro momento, seu sentido literal.

Para melhor compreensão dos métodos de interpretação constitucional, faremos a seguir um breve panorama dos principais métodos, expondo seus postulados, principais técnicas e efeitos, bem como apresentaremos algumas das atuais teorias hermenêuticas relacionadas.

2.1 Métodos

Os métodos mais tradicionais de interpretação são aqueles organizados por Friedrich Carl Von Savigny⁵⁰, chamados **Métodos Clássicos** ou Jurídicos. São basicamente quatro: literal (ou gramatical), histórico, sistemático e teleológico.

O **método literal** tem como finalidade compreender o conteúdo semântico de cada uma das palavras do enunciado objeto da interpretação. Neste método, o intérprete parte da premissa de que cada vocábulo tem um significado próprio. O método literal demanda os seguintes requisitos:

- 1) Conhecimento perfeito da língua empregada no texto, isto é, das palavras e frases usadas em determinado tempo e lugar; propriedades e acepções várias de cada uma delas; leis de composição; gramática; 2) informação relativamente segura, e minuciosa quanto possível, sobre a vida, profissão, hábitos pelo menos intelectuais e estilo do autor; orientação do seu espírito, leituras prediletas, abreviaturas adotadas; 3) notícia completa do assunto de que se trata, inclusive a história respectiva; 4) certeza de autenticidade do texto, tanto em conjunto como em cada uma das duas partes.⁵¹

⁵⁰ Cf. MAXIMILIANO, Carlos **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁵¹ MAXIMILIANO, Carlos **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Pág. 88.

O **método histórico** é aquele pelo qual o intérprete busca na norma o sentido original que o legislador buscou lhe dar. Além do contexto histórico, o intérprete deverá procurar analisar o processo de criação da lei, debruçando-se sobre os anais, relatórios, atas dos debates entre os legisladores, preâmbulo e demais materiais que puderem revelar a intenção do legislador.

O **método sistemático** compreende o Direito como um sistema uno cujas disposições estão integradas entre si. Neste método, o produto da interpretação deve estar harmonizado com o restante do ordenamento.

Já o **método teleológico** é a busca pela finalidade da norma (*mens legis*), mesmo que não corresponda à vontade manifesta do legislador (*mens legislatoris*). O objetivo é identificar o bem jurídico protegido e os valores relacionados.

Em análise sobre o tema, Paulo Bonavides⁵² organiza os métodos clássicos de forma ligeiramente diferente, agrupando-os entre a) método lógico-sistemático (incorporando os métodos literal e o sistemático); e b) método histórico-teleológico (junção dos métodos histórico e teleológico). Além disso, Bonavides vislumbra um terceiro método, que denomina c) **método voluntarista**, inspirado na posição de Kelsen, pela qual o enunciado normativo é uma moldura dentro da qual o intérprete tem a liberdade para atribuir o sentido que desejar (ato de vontade), desde que respeitado o limite da “moldura”.

2.2 Hermenêutica Constitucional

Tais métodos ditos clássicos foram consagrados na doutrina para a interpretação jurídica em geral. No entanto, a Constituição não é uma mera lei (ainda que possa ter esta forma) e, devido às suas características e especificidades, requer métodos diferenciados de interpretação. Abordaremos a seguir as características e especificidades da Constituição de 1988 que requerem tal hermenêutica diferenciada:

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

2.2.1 Características da Constituição de 1988

Em breves linhas, podemos classificar a Constituição de 1988 como escrita, rígida e promulgada.

Trata-se de uma Constituição escrita, codificada em um texto legal organizado para esta finalidade, diferenciando-se das constituições costumeiras (como a inglesa, por exemplo), cujas normas não são formalizadas em um texto, sendo fruto da evolução histórica, lenta e gradual, dos costumes, convenções, tradições e jurisprudência (eventualmente as constituições costumeiras são compostas, parcialmente, por alguns textos legais esparsos)⁵³. A Constituição escrita de 1988 se confunde com a Constituição Formal do Brasil e tem em seu conteúdo normas materialmente constitucionais e normas que, apesar de não serem materialmente constitucionais, por estarem contidas no documento escrito solenemente intitulado Constituição, recebem formalmente esta classificação.

A mutabilidade das normas da Constituição de 1988 é rígida, ou seja, é necessário um processo solene e mais dificultoso para sua alteração do que é exigido para as mudanças das leis comuns. O artigo 60 da Constituição estabelece limitações materiais, circunstanciais, temporais e formais (iniciativa mais restrita, quórum mais elevado e trâmite diferenciado), inclusive implícitas⁵⁴ ao processo de emenda constitucional, tornando-o bastante mais complexo do que o processo legislativo ordinário. As constituições cujas normas podem ser alteradas pelo mesmo processo de mudança da legislação ordinária são classificadas como

⁵³ Tomando como exemplo o modelo inglês, Meirelles Teixeira ensina que a Constituição costumeira é composta por uma parte escrita (declarações, tratados e algumas leis) e por uma parte não-escrita (jurisprudência, convenções e costumes constitucionais).

As declarações são documentos solenes pelos quais os monarcas britânicos concederam alguns direitos aos seus súditos, como, por exemplo, a Magna Carta, o *Habeas Corpus Act*, o *Petition of Right*, o *Bill of Rights*, o *Act of Settlement*, os *Parliament Acts* de 1911 e 1949 e o *Human Rights Act*. Os tratados são documentos de conteúdo internacional, celebrados entre os países que compõem o Reino Unido e o Commonwealth, como os *Acts of Union* de 1707 e 1800 e o Estatuto de Westminster. Algumas leis aprovadas pelo Parlamento, contanto que tenham conteúdo materialmente constitucional, ou seja, versem sobre a estrutura orgânica do Estado, também são consideradas parte da Constituição Inglesa.

A jurisprudência é uma parte importante da Constituição inglesa, ainda que não escrita. Trata-se das decisões dos tribunais e estão subdivididas em *case law*, ou seja, decisões judiciais resolvidas com base nos costumes, e *statute law*, que são decisões judiciais baseadas nas leis aprovadas pelo Parlamento. As convenções constitucionais são acordos informais realizados pelos órgãos do Estado sobre seu próprio funcionamento. Por fim, os costumes constitucionais são as práticas sociopolíticas realizadas pelos órgãos estatais de maneira reiterada e com convicção de obrigatoriedade (diferenciam-se da jurisprudência dos *case law*, uma vez que, diferente daquela, não são sancionadas pelo Judiciário).

⁵⁴ O processo formal de alteração das normas constitucionais será aprofundado em capítulo específico (Cap. 4).

flexíveis. Por sua vez, são chamadas semirrígidas as constituições em que parte das normas tem mutabilidade rígida e parte tem mutabilidade flexível⁵⁵.

Promulgada é a Constituição elaborada por um órgão com legitimidade popular. A Constituição de 88 foi elaborada por Assembleia Nacional instalada em 1987 (na realidade tratava-se do Congresso Nacional eleito em 1986, mas que, em virtude da Emenda Constitucional nº 26/1985, reuniu-se unicameralmente com poderes constituintes) e por isso é considerada promulgada (assim como as Constituições de 1891, 1934 e 1946). Isso a diferencia das constituições outorgadas, que são impostas pelo governante sem o aval popular (como as Constituições de 1824, 1937, 1967 e 1969).

Ainda que a Constituição Formal seja estruturada como um simples texto normativo, no formato de uma lei, existe uma série de características que a diferencia radicalmente do restante do ordenamento jurídico. As características enunciadas neste tópico tomam como base o modelo de Constituição Formal, escrita e rígida como é o da Constituição Brasileira de 1988. Outras modalidades de Constituição apresentarão sensíveis diferenças, mas não serão abordadas por não ser nosso objeto de trabalho.

A primeira característica que destacamos é a **Supremacia da Constituição** dentro do ordenamento positivo. Desta posição hierárquica suprema decorre que o restante do ordenamento, não apenas deve ser elaborado de acordo com os procedimentos formais estabelecidos ou permitidos pela Constituição, mas que seu conteúdo material deve ser coerente com as diretrizes constitucionais. Considerando que a Constituição é o fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas, isso implica não apenas a invalidade das normas em desarmonia com ela, como também na eventual alteração do sentido de uma norma para que entre em acordo com suas diretrizes.

Relacionada com a supremacia da Constituição, existe outra característica que merece atenção, que é sua **Força Normativa**. Isso significa que todas as normas constitucionais detêm força normativa, ou seja, gozam de um mínimo de eficácia. Parafraçando Rui Barbosa⁵⁶: “Não há, numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela

⁵⁵ À exemplo da Constituição do Império do Brasil, de 1824.

⁵⁶ BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933.

soberania nacional ou popular aos seus órgãos”. Sendo assim, todas as disposições Constitucionais, inclusive e especialmente as normas pragmáticas ou principiológicas, são jurídicas e influenciam o restante do ordenamento jurídico com sua autoridade hierarquicamente suprema. A Força Normativa da Constituição pode se revelar de três diferentes maneiras⁵⁷: a eficácia direta⁵⁸, a eficácia interpretativa e a eficácia negativa. A eficácia direta é a aplicação imediata da norma constitucional ao caso concreto a que ela incida. É incontestável a eficácia direta das normas-regra, sendo um pouco mais recente o entendimento de que as normas-princípio também exercem este efeito. Por exemplo, é a eficácia direta que permite que uma pessoa demande judicialmente um tratamento igualitário, ancorando-se diretamente no Princípio da Igualdade. A eficácia interpretativa é a influência que as normas constitucionais exercem umas sobre outras, bem como sobre as normas infraconstitucionais, para determinar seu sentido. São os chamados *vetores de interpretação*, que guiam os possíveis sentidos de um enunciado normativo. Por fim, a eficácia negativa é a nulificação de toda norma que de alguma forma não estiver em conformidade com a norma constitucional. Cumpre destacar que esta eficácia somente atinge as normas infraconstitucionais e as emendas constitucionais, não sendo possível que uma norma constitucional originária seja nulificada por outra, visto que ambas estão no mesmo patamar hierárquico.

Um elemento da Constituição diretamente relacionado à sua supremacia hierárquica é a rigidez. Conforme vimos anteriormente, a Constituição de 1988 é um documento escrito e rígido. Sendo assim, a Constituição somente pode ser alterada mediante procedimento solene e formal, mais dificultoso do que o processo legislativo ordinário. Tal rigidez é uma decorrência lógica de sua hierarquia, pois se fosse possível alterá-la como se altera o restante do ordenamento, sua superioridade ficaria mesclada com a das demais leis (haveria apenas uma divisão funcional da temática abordada por cada diploma legal). A rigidez foi uma opção do Poder Constituinte buscando garantir estabilidade à Constituição. Ocorre que o fato de ser estável não significa que a Constituição deva ser estática. Além de serem permitidas alterações formais de suas normas (conforme o procedimento solene e formal, mais dificultoso), as próprias normas constitucionais em geral são abertas à evolução e às mudanças. A **Maleabilidade das Normas Constitucionais** decorre do fato de que muitas das

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵⁸ Positiva ou simétrica, conforme o autor.

normas constitucionais têm a estrutura de normas-princípio (ver Item 2.3.1), que por suas características intrínsecas impõem necessariamente uma relativa maleabilidade de seu conteúdo material. A maleabilidade também é decorrente da linguagem utilizada no texto constitucional. Em geral, os enunciados normativos da Constituição são deliberadamente sintéticos e com significado amplo, elaborados com uso de termos vagos⁵⁹, às vezes ambíguos⁶⁰. Tal opção terminológica é feita para dar maior liberdade ao legislador, ao administrador, ao intérprete ou ao aplicador da Constituição, sendo esta a razão da existência de algumas “lacunas” propositais no texto constitucional⁶¹. Além disso, por se tratar a Constituição de um documento político, sua terminologia não é técnico-jurídica, mas coloquial e política (o que reforça a vagueza, ambiguidade e amplitude de seus termos). Por fim, existe a abertura das normas constitucionais, uma vez que grande parte dos conceitos contidos na Constituição é extrajurídica, cujos significados não estão determinados pelo Direito, devendo ser buscados fora da Constituição.

Em suma, as características da Constituição de 1988 são: a) supremacia; b) força normativa; e c) maleabilidade de suas normas⁶². Diante de tais características, Celso Bastos⁶³ destaca quatro elementos principais que justificam uma hermenêutica constitucional diferenciada, conforme:

- a) **Inicialidade fundante das normas constitucionais** – Como decorrência lógica da supremacia da Constituição, suas normas são o elemento que dá validade ao resto do ordenamento. Assim, o sentido de um conceito jurídico é o sentido que ele recebe na Constituição (não o contrário), irradiando-se a partir dela por todo o ordenamento.

⁵⁹ Termo vago é aquele cujo significado é indefinido, porque lhe falta sentido denotativo. Todos os termos têm, em algum grau, algum nível de indefinição, sendo esta acentuada conforme o contexto. Por exemplo, o termo “perto” usado sem muita explicação é extremamente vago (quantos metros ou quilômetros significa perto?). O tema será aprofundado no Item 5.1.1.

⁶⁰ Termo ambíguo é aquele que pode ter múltiplos significados, porque tem sentido conotativo em excesso. Um exemplo prosaico é o termo “manga”, que conforme o contexto pode significar, ora a manga de uma camisa, ora a fruta tropical. O tema será aprofundado no Item 5.1.1.

⁶¹ Neste ponto específico, Canotilho diferencia a abertura da Constituição da abertura das normas constitucionais. A abertura da Constituição, por ele chamada de *abertura horizontal*, é a “incompletude”, o “caráter fragmentário” e “não codificado” da Constituição enquanto texto legal. Por sua vez, a *abertura vertical* é a abertura das normas constitucionais, cujo caráter geral e indeterminado fazem como que se abram para a concretização.

⁶² Luís Roberto Barroso entende ligeiramente diferente, enunciando as seguintes características: supremacia constitucional (sua posição no sistema), natureza da linguagem (abertura das normas e cláusulas gerais), conteúdo específico (essencialmente normas de organização, sendo que as poucas normas de conduta estabelecem direitos fundamentais ou disposições programáticas) e dimensão política. Cf.

⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

- b) **Caráter aberto das normas constitucionais** – As normas constitucionais em geral enunciam princípios e normas programáticas, ou seja, são vagas e não têm sentido específico e restrito.
- c) **Linguagem sintética e ampla** – A linguagem utilizada pelo Poder Constituinte não é técnica, sendo muitas vezes imprecisa e coloquial (além do uso de termos vagos e ambíguos). Além disso, existem lacunas, algumas até mesmo por opção do legislador constituinte.
- d) **Caráter político** – As normas constitucionais regulam situações políticas e por isso são propositalmente indeterminadas, visando o “consenso possível” (basta lembrar que o Poder Constituinte, na verdade, foi o Congresso Nacional reunido unicameralmente, ou seja, composto por diversas forças políticas dos mais diversos matizes).

2.2.2 Novos métodos de Interpretação Constitucional

Da mesma forma que Celso Bastos entende a necessidade de uma hermenêutica constitucional diferenciada, outros juristas também o fizeram, ainda que partindo de outros fundamentos. Entre os métodos de interpretação constitucional destacam-se ⁶⁴ : o **Método Tópico-Problemático**, de Theodor Viehweg ⁶⁵, a “técnica de pensar o problema”, ou seja, busca a solução interpretativa no problema (mas que, por outro lado, leva a certo reducionismo e fragmentação da Constituição); o **Método Hermenêutico-Concretizador** de Konrad Hesse⁶⁶, que parte do entendimento de que a interpretação já começa com a pré-compreensão da norma, sendo levado ao *tópoi* (ponderação argumentos positivos e negativos), que obedece alguns postulados para evitar o reducionismo, a fragmentação e o primado do problema sobre a norma (por sua vez, este método é criticável pelo excesso de subjetivismo que a pré-compreensão permite); o **Método Científico-Espiritual**, de Rudolf Smend⁶⁷, que vislumbra uma base de valoração (um sistema de valores inseridos na Constituição) e um processo de integração (relacionando o sentido e a realidade constitucional), o que levaria à captação do “espírito” da Constituição, seu conteúdo axiológico maior (neste método é criticável o desapareço ao texto constitucional e a possibilidade de resultados indeterminados, que

⁶⁴ A classificação a seguir, muito popular na doutrina Brasileira, foi organizada por Canotilho que, segundo Virgílio Afonso da Silva, teria se inspirado em artigo de Ernst-Wolfgang Böckenförde (“Die Methoden der Verfassungsinterpretation: Bestandsaufnahme und Kritik”).

⁶⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília, DF: Ministério da Justiça/Departamento de Imprensa Nacional: Universidade de Brasília, 1979.

⁶⁶ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

dependem mais de fatores externos à Constituição do que internos); o **Método Normativo-Estruturante**, de Friedrich Müller⁶⁸, cujo objetivo é chegar na “norma de decisão” (aplicação da norma jurídica em abstrato sobre o caso concreto), sendo que a norma jurídica, no entendimento de Müller é a junção do programa normativo (interpretação dos enunciados normativos aplicáveis ao problema) e do campo normativo (elementos fáticos da realidade relacionados ao problema concreto); e o **Método Concretista da Constituição Aberta**, de Peter Häberle⁶⁹, que tem como base o alargamento do círculo de intérpretes, a interpretação como processo aberto e público e a Constituição como realidade constituída e “Publicização” (este método pode ser criticado pela possibilidade de enfraquecimento da eficácia jurídica de suas normas).

Concluimos este item com uma ressalva. Os diversos métodos de interpretação constitucional foram apresentados com a finalidade ilustrativa de demonstrar quão diversas são as técnicas existentes da doutrina, distinguindo-se, não apenas dos Métodos Clássicos, mas também umas das outras, conforme o fundamento de cada uma delas. Estes métodos ora delineados ilustram uma breve evolução da maneira como a doutrina tem abordado o tema, sendo que, diferentemente dos Métodos Clássicos (que podem ser aplicados em conjunto), os novos métodos de interpretação constitucional são excludentes entre si (ainda que os mais atuais englobem algumas características dos anteriores, mas com as devidas adaptações). Em particular, neste trabalho adotamos o método desenvolvido por Celso Bastos, cujo delineamento faremos com maior profundidade no item seguinte.

2.3 Técnicas de Celso Bastos

Celso Bastos⁷⁰ organiza o método interpretativo através de uma série de técnicas que combina postulados, enunciados instrumentais e princípios (que não devem ser confundidos com as normas-princípio). Destas três categorias, é importante destacar, apenas os princípios residem efetivamente na Constituição. Os Postulados são pressupostos lógicos, sem os quais a interpretação não será coerente, por isso, além de não residir na Constituição, os Postulados a precedem. Os enunciados instrumentais são um conjunto de ferramentas, cuja utilização

⁶⁸ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

⁶⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta aos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. e BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁷⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

individual caberá ao intérprete escolher conforme a tarefa exigir. Por fim, os princípios (no conceito utilizado por Celso Bastos) são valores⁷¹ cujo sentido é extraído durante a interpretação da Constituição como um todo.

Os **Postulados** são as condições básicas que permitem a interpretação. São pressupostos lógicos que dão sentido ao processo interpretativo, sendo todos necessários conjuntamente e de forma constante. Os postulados funcionam como normas autoimpostas ao intérprete com a função de orientar o processo. Celso Bastos propõe quatro Postulados Hermenêuticos Constitucionais. São eles:

- a) **Supremacia da Constituição:** A partir do entendimento de que a Constituição é suprema e o fundamento de validade de todo o ordenamento, torna-se imperativo que as normas sejam interpretadas a partir dela e não o contrário. Nas palavras de Celso Bastos: “o postulado da supremacia da Constituição repele todo o tipo de interpretação que vem há de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei”;
- b) **Unidade da Constituição:** Considerando que a Constituição é um texto uno, este postulado parte do entendimento de que as disposições constitucionais são coerentes entre si, não isoladas. Sendo assim, toda a interpretação deve ser no sentido de que não haja contradição entre as normas da Constituição;
- c) **Máxima Efetividade:** Este postulado, similar ao Princípio da Concordância Prática de Hesse, preconiza que a interpretação busque preservar a carga material da Constituição ao máximo. Decorrente disso, cada uma de suas disposições deve ser entendida como essencial, nunca como algo excedente, repetitivo ou inútil (o que contrariaria sua força normativa); e
- d) **Harmonização:** Trata-se de interpretar a Constituição de modo a evitar exclusão de normas. Este postulado é decorrente dos dois anteriores (unidade e máxima efetividade), afinal, sendo a Constituição um texto coerente e sem contradições e, considerando que o intérprete buscar a máxima efetividade de suas normas, não seria concebível que a interpretação se direcionasse para a exclusão de normas (o que seria o resultado da falta de unidade e prejudicaria sua efetividade).

⁷¹ É importante esclarecer que o conceito de “princípios” utilizado por Celso Bastos não é o mesmo das “normas-princípio”, que utilizamos neste trabalho, Apesar da terminologia ser a mesma, tratam de elementos diferentes.

Os **Enunciados Instrumentais Hermenêuticos**⁷² são formulas interpretativas não inseridas no texto constitucional. São ferramentas (às vezes incompatíveis ou contraditórias entre si) utilizadas pelo intérprete conforme a situação específica, sendo que em muitas ocasiões é insuficiente a utilização de um único enunciado, sendo necessária a combinação de mais de um. Não são regras absolutas, devendo sua utilização ser avaliada a cada caso (não são cogentes nem há hierarquia entre eles).⁷³ Note que ao contrário dos princípios (que residem na Constituição) e dos Postulados (sem os quais não haverá possibilidade de interpretação), os Enunciados Instrumentais Hermenêuticos são uma opção do intérprete. Deste modo, além daqueles listados por Celso Bastos, não há qualquer impedimento contra a utilização, por exemplo, para o uso dos postulados de Konrad Hesse⁷⁴ ou Canotilho⁷⁵.

⁷² Os Enunciados Instrumentais não se confundem com os Postulados Hermenêuticos. Os Postulados são pressupostos lógicos sem os quais a interpretação não pode ser realizada, por isso são indispensáveis. Os Enunciados, por sua vez, são meras ferramentas, que podem ser ou não utilizados pelo interprete, conforme a conveniência da situação. Por tal razão, os Enunciados muitas vezes são divergentes entre si, já que não são aplicados necessariamente ao mesmo tempo.

⁷³ Os Enunciados Instrumentais Hermenêuticos mais comuns, segundo Celso Bastos, são os seguintes:

- a) Aos termos não deve ser atribuído significado diferente da linguagem comum;
- b) Termos idênticos devem ter o mesmo significado;
- c) A termos diferentes não podem ser atribuídos o mesmo significado (salvo exceção motivada);
- d) Os significados devem ser buscados segundo a regra da linguagem comum, não da técnica;
- e) O significado da norma deve ser atribuído segundo a finalidade dela (teleológico);
- f) O significado da norma deve ser atribuído conforme a intenção do legislador histórico;
- g) O significado da norma deve ser atribuído conforme a intenção do legislador contemporâneo.
- h) O significado deve ser atribuído conforme o sentido histórico.

Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

⁷⁴ Hesse estabeleceu que todo o processo de interpretação deve obedecer aos seguintes postulados:

- a) **Princípio da Unidade Constitucional:** as normas constitucionais não se contradizem entre si (devem ser interpretadas no sentido de evitar contradições);
- b) **Princípio da Concordância Prática:** todos os bens jurídicos protegidos pela constituição devem ser preservados (a interpretação deve resolver o problema de maneira a conservar todos);
- c) **Princípio da Correção Funcional:** os órgãos não podem extrapolar suas funções (a interpretação não pode levar a um entendimento que permita a um órgão estatal invadir a seara de outros);
- d) **Princípio da Eficácia Integradora:** a Constituição prevê a solução dos conflitos visando a unidade política; e
- e) **Força Normativa da Constituição:** a Constituição precisa ser atualizada e deve ser dada preferência às interpretações que alcancem sua máxima eficácia.

Cf. HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷⁵ Canotilho enuncia o seguinte catálogo (para utilização do método concretizador, ou seja, direcionado à resolução de um problema concreto):

- a) **Princípio da Unidade da Constituição:** no mesmo sentido já explorado por Hesse e Celso Bastos;
- b) **Princípio do Efeito Integrador:** a solução do caso concreto deve buscar a integração social e a unidade política, nunca o conflito;
- c) **Princípio da Máxima Efetividade:** no mesmo sentido já explorado por Hesse e Celso Bastos;
- d) **Princípio da “Justeza” ou da Conformidade Funcional:** similar ao Princípio da Correção Funcional de Konrad Hesse;
- e) **Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização:** no mesmo sentido já explorado por Hesse e Celso Bastos; e
- f) **Princípio da Força Normativa da Constituição:** no mesmo sentido já explorado por Konrad Hesse.

Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

Os **Princípios Constitucionais**⁷⁶ são parte integrante da própria Constituição, às vezes estão expressos textualmente, porém em outras devem ser deduzidos por meio da interpretação das demais normas. Os princípios são valores que dão coerência e sentido para a Constituição e, deste modo, diferenciam-se dos pressupostos e enunciados hermenêuticos (que são neutros e vazios de conteúdo axiológico). Os princípios se entrelaçam com todas as demais disposições constitucionais, dirigindo seu sentido e servindo de diretriz da interpretação (Item 3.2.1). Dessa forma, os princípios são, ao mesmo tempo, objeto e instrumento da interpretação. Por ser parte integrante da Constituição, os princípios são cogentes e devem ser obrigatoriamente aplicados em todas as situações na maior medida do possível.

2.4 Determinação do sentido de um Enunciado Normativo Constitucional

Conforme visto anteriormente, a interpretação é fundamental para a construção de sentido de uma norma a partir de seu enunciado normativo. Ocorre que, no caso das normas constitucionais, este processo não pode ocorrer isoladamente (por conta dos postulados da Unidade da Constituição, da Máxima Efetividade e da Harmonização), de modo que a construção de sentido de uma norma constitucional é influenciada diretamente pelo sentido das demais normas da Constituição. Ou seja, o sentido de uma norma constitucional determina e é determinado pelo sentido das demais. Sendo assim, uma eventual disposição constitucional tomada isoladamente, poderia, em decorrência de sua característica Maleabilidade, assumir diversos sentidos, porém a determinação de seu sentido fica limitada pelo sentido das demais (não podendo contradizer outra norma, ou torna-la sem efeito, ou enfraquecer desnecessariamente sua carga material). Esta combinação de efeitos da interpretação constitucional (ampliando e restringindo o sentido de um enunciado normativo) é o que dá a forma inicial de uma norma constitucional. Caso se trate de uma norma-regra, poder-se-ia dizer que se trata de um sentido definitivo, mas caso venha se tratar de uma norma-princípio, será um sentido *prima facie*, sendo que o sentido definitivo dependerá também de sua aplicação ao caso concreto (conforme Item 2.3.2).

⁷⁶ Neste caso, é importante observar que não se trata de norma-princípio, mas sim dos valores contidos nas disposições constitucionais. O que Celso Bastos chama de princípios são o que Celso Antônio Bandeira de Mello define como o “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011. Págs. 966-967.

A determinação de sentido das normas constitucionais não é um processo estático, visto que, por conta de sua maleabilidade, as normas constitucionais sofrem a ação de fatores externos (mutabilidade social, inovações tecnológica, mudança dos valores políticos etc), o que gera diferentes efeitos. Em alguns casos, ocorre a **interpretação evolutiva**⁷⁷, ou seja, atualização de uma norma constitucional para aplicá-la a uma situação que não poderia ter sido prevista pelo Poder Constituinte, desde que respeitadas as possibilidades semânticas do texto. É importante reforçar que a interpretação evolutiva decorre da ampliação da incidência da norma para abarcar uma situação antes inexistente, sem que a nova situação substitua a anterior (neste caso ocorreria a Mutação Constitucional, que   a altera o da norma, não apenas a determina o de seu sentido inicial).

2.5 Efeitos da Interpreta o Constitucional sobre o Ordenamento Jurídico

Nem sempre, a interpreta o constitucional se resume   harmoniza o das normas e princípios internos da Constitui o em si, ou seja, a determina o do sentido das normas constitucionais. Ocorre que, em decorrência de seu caráter inicial e fundante e de sua posi o de supremacia, as disposi oes constitucionais irradiam por todo o ordenamento, garantindo-lhe a validade, ou seja, a interpreta o da Constitui o provoca reflexos diretamente no ordenamento infraconstitucional, influenciando, inclusive, as rela oes entre particulares⁷⁸.

Nesta linha, denominou-se **interpreta o conforme a Constitui o**⁷⁹ a técnica que busca o sentido constitucional da norma infraconstitucional através de sua interpreta o mais ampla. Trata-se de um reflexo direto da supremacia da constitui o e   expressamente prevista pela Lei n  9.868/99, sendo a decisão de observância obrigatória, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os Poderes Executivo e Judiciário.

Art. 28. [...]

Parágrafo  nico. A declara o de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpreta o conforme a Constitui o e a declara o parcial de inconstitucionalidade sem redu o de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em rela o aos órgãos do Poder Judiciário e   Administra o Pública federal, estadual e municipal.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Constru o do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **A Constitucionaliza o do Direito: Os Direitos Fundamentais nas Rela oes entre Particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁷⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermen tica e Interpreta o Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

Como se sabe, a norma não se resume ao texto, sendo possível extrair múltiplos sentidos de uma mesma disposição. Nestes casos, ou seja, quando o enunciado normativo infraconstitucional possuir diversos sentidos, por esta técnica se buscará fixar o sentido que estiver em melhor conformidade com a Constituição (eventualmente com a redução ou ampliação de sua eficácia). Trata-se da presunção de constitucionalidade das leis, evitando sua exclusão do sistema.

A interpretação conforme a Constituição deverá atuar no espaço de interpretação possível da norma (dentro da moldura da norma, na metáfora de Kelsen), não podendo contrariar diretamente o texto (interpretação *contra legem*), pois neste caso ocorreria uma violação do princípio da separação dos poderes. Se não houver possibilidade de fixar um sentido constitucional para a norma infraconstitucional ora interpretada, então a mesma deverá ser declarada inconstitucional.

2.5 Fechamento

Em suma, a construção do sentido da norma (proposição) depende da interpretação do enunciado normativo (texto) que a contém, porém, no caso das normas constitucionais, este processo depende de algumas técnicas específicas, que se diferenciam sensivelmente dos tradicionais métodos da hermenêutica jurídica.

Em decorrência de algumas características das normas da Constituição de 1988 (inicialidade fundante, caráter aberto, caráter político e linguagem sintética e ampla), sua interpretação somente pode ser realizada de maneira coerente à luz de quatro postulados hermenêuticos:

- a) Supremacia da Constituição;
- b) Unidade da Constituição;
- c) Máxima Efetividade; e
- d) Harmonização.

Sendo assim, o processo de interpretação é muito mais do que a simples declaração do conteúdo da norma, sendo mais próximo da “atribuição” de conteúdo à norma. Tal processo de “atribuição” traz a realidade circundante para dentro do Direito, o que pode (como veremos no Capítulo 3) alterar o sentido original da norma (pois fora construída em uma realidade circundante anterior e ultrapassada).

3. PROCESSOS INFORMAIS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é classificada como “rígida”, ou seja, trata-se de um documento escrito cuja alteração de seu texto dependerá do atendimento a um processo solene e mais dificultoso do que a mera alteração da legislação ordinária. O Constituinte Originário⁸⁰ previu duas vias formais para as alterações da Constituição: a Revisão Constitucional (via extraordinária, transitória e já esgotada) e as Emendas Constitucionais (via permanente).

Ocorre que as mudanças constitucionais não se resumem aos processos formais de alteração, previstos no próprio texto constitucional, sendo que também existem os processos informais (entre os quais se inclui a Mutação Constitucional). Como veremos adiante, tais processos informais alteram as normas constitucionais apenas materialmente, preservando intacto seu texto.

3.1 Histórico

Na doutrina, os primeiros a abordar diretamente o tema e os criadores da denominação “Mutação Constitucional” foram os autores da Escola Alemã de Direito Público (1871-1933). Durante a evolução doutrinária, diversas teorias e conceitos foram elaborados sobre a mutação.

O estudo da Mutação Constitucional dependeu do estabelecimento de alguns pressupostos pelo constitucionalismo⁸¹, entre eles:

- a) A concepção da Constituição como um instrumento normativo; e

⁸⁰ Considerando que a Constituição é o elemento fundante, supremo e iniciador do ordenamento jurídico, dando validade para todas as demais normas, sua instituição não pode ser considerada um fato jurídico. Trata-se de um fato social, realizado pelo Poder Constituinte, que é extrajurídico. Segundo Georges Burdeau, o Poder Constituinte é inicial, incondicionado e autônomo. É um poder inicial (ou inaugural), pois não deriva de outro poder, ao contrário, todos os poderes derivam do Poder Constituinte. O Poder Constituinte é incondicionado e não está submetido a qualquer forma de atuação (tem plena liberdade para deliberar internamente como irá atuar). O Poder Constituinte é absolutamente materialmente autônomo, ou seja, pode deliberar livremente e sem qualquer limitação ou imposição de matéria. Em suma, o Poder Constituinte é ilimitado juridicamente.

Diferente é a exercício da Competência Reformadora, ou seja, o poder de alterar o texto da Constituição. A Competência Reformadora é derivada (instituída pelo Poder Constituinte Originário), condicionada (deve ser realizada de acordo com os procedimentos do artigo 60) e não-autônoma (sua atuação é materialmente limitada pelas cláusulas pétreas e demais limitações materiais). Enfim, a Competência Reformadora é limitada e não tem as mesmas características do Poder Constituinte, de modo que entendemos que não se trata de uma manifestação do Poder Constituinte (o que parte da doutrina chama de Poder Constituinte Reformador).

⁸¹ Em um primeiro momento, a Constituição era considerada um documento sem força normativa. Posteriormente, passou a gozar de força normativa, mas de maleabilidade flexível, ou seja, mais uma lei. Por fim, as Constituições europeias foram estruturadas de maneira rígida e a mutação pode ser identificada.

b) A rigidez da Constituição.

O tema somente pode ser abordado pelo Direito caso a Constituição faça parte dele. Além disso, se for possível a alteração da Constituição pelo procedimento legislativo ordinário, então muitos dos casos citados não podem ser considerados como alteração informal.

Os primeiros estudos sobre a Mutação Constitucional foram da Teoria Formalista⁸², onde se destacam Paul Laband e Georg Jellinek, para quem a Mutação Constitucional seria um problema⁸³. São chamados formalistas, pois fazem uma separação metodológica entre o Direito e Política, estudando os institutos jurídicos de maneira isolada dos fatos políticos.⁸⁴

Durante o período entreguerras, novas teorias constitucionais se desenvolveram, mas partindo de uma conceituação dinâmica da Constituição. Além disso, é importante apontar, que a Constituição de Weimar (1919) continha um controle de constitucionalidade. Em princípio, tratava-se do controle constitucional das leis das Länder (estados), porém indiretamente chegou a ser utilizado para o controle de constitucionalidade das leis do *Reich*. Entre as principais teorias desenvolvidas pela doutrina alemã no período destacam-se Herman Heller Rudolf Smend e Hsü Dau-Lin.

O estudo da Mutação Constitucional não se resumiu à Escola Alemã de Direito Público, sendo que, posteriormente, outros doutrinadores também se debruçaram sobre o tema, como os alemães Konrad Hesse, Friedrich Müller, Peter Häberle, Ernst Wolfgang Böckenförde, os

⁸² SILVA, Lucas Goncalves da. **Mutação Constitucional pela Justiça Constitucional: Tipologia e Limites**. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

⁸³ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. **Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una Aproximación al Origen del Concepto**. Revista Española de Derecho Constitucional, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, janeiro/abril. 2000.

⁸⁴ Três críticas podem ser tecidas à Teoria Formalista: em primeiro lugar questiona-se a falta normatividade da Constituição, que permite que os fatos a violem, em segundo lugar, critica-se Jellinek por tratar a mutação como um fenômeno apenas involuntário, o que não seria correto, já que uma das vias de Mutação Constitucional, a interpretação, é plenamente consciente, por fim, critica a separação entre Direito e política, uma vez que o Direito Constitucional só pode ser compreendido se vinculado à política. Com relação à primeira crítica, entendemos que o problema não é a falta de força normativa, mas a ausência de hierarquia entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais. É importante destacar que, para os autores da Teoria Formalista, não havia Supremacia da Constituição sobre o restante do ordenamento (para Laband, a harmonia das leis com a Constituição era um mero postulado político, sem obrigatoriedade jurídica), de modo que seria impossível exercer o controle jurídico das mutações (pois demandaria a existência de um sistema de controle de constitucionalidade das leis, inexistente na Europa da época).

Cf. SILVA, Lucas Goncalves da. **Mutação Constitucional pela Justiça Constitucional: Tipologia e Limites**. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

italianos Franco Pierandrei, Biscaretti Di Ruffia, Giuseppe Mortati, S. Tosi e os portugueses Jorge Miranda e Canotilho.

3.2 Conceito de Mutação Constitucional

Antes de indicarmos o conceito de Mutação Constitucional adotado neste trabalho, exporemos algumas posições dominantes na doutrina e na jurisprudência Brasileira.

3.2.1 Conceito Segundo a Doutrina Brasileira

No Brasil, a professora **Anna Cândida da Cunha Ferraz** é reconhecida como a pioneira nos estudos sobre a Mutação Constitucional. Em sua monografia, de 1986, intitulada “Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais”, a professora define Mutação Constitucional como “todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do poder Constituinte derivado”. Anna Cândida da Cunha Ferraz⁸⁵ classificou a mutação, diferenciando as operadas por órgãos estatais e operadas em virtude de fatos, sendo que as primeiras seriam subdivididas entre (i) atos de caráter normativo; e (ii) atos de natureza jurisdicional; e as últimas seriam subdivididas entre (iii) práticas de caráter jurídico e (iv) práticas de natureza político-social e práticas constitucionais.

Sem retirar o mérito de pioneira da professora Anna Cândida, que foi a primeira autora brasileira a abordar diretamente o tema, é importante ressaltar que outros doutrinadores já haviam indicado, mesmo que bastante pontualmente, a possibilidade de processos informais de alterações da Constituição, com destaque para Milton Campos e Meirelles Teixeira.

Milton Campos (1900- 1972), em um pequeno artigo de cinco páginas publicado na Revista Forense em 1960⁸⁶, já indicava a existência de “processos oblíquos de adaptação da lei fundamental às infundáveis mutações da realidade”. Este “processo fecundo de adaptação dos textos constitucionais permanentes à realidade em transformação constante”, para Milton Campos, podia ser classificado entre (i) complementação legislativa (regulamentação das leis

⁸⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

⁸⁶ CAMPOS, Milton. Constituição e Realidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 57, v. 187, p. 19, janeiro/fevereiro, 1960.

para a boa execução das diretrizes fixadas pela Constituição); (ii) construção judiciária; e (iii) consenso costumeiro (em geral, pelo desuso das disposições constitucionais). Milton Campos não define quais seriam os limites destes “processos oblíquos” e reconhece, sem manifestar juízo de valor, que alguns deles têm efeitos *contra legem*.

José Horácio de **Meirelles Teixeira**⁸⁷ (falecido em 1972) também abordava, em suas aulas ministradas no curso de graduação da Faculdade de Direito da PUC-SP⁸⁸, o que chamou de “processos não formais de evolução das Constituições rígidas”, classificadas por ele entre (i) interpretação constitucional, (ii) costumes e (iii) leis complementares (que, neste caso, são leis ordinárias, uma vez que a espécie normativa “lei complementar” não existia há época de Meirelles Teixeira). Sendo que, para estes dois últimos casos, Meirelles Teixeira considera antijurídicos, caracterizando a mutação por lei ordinária como “falseamento da constituição” e considerando que os costumes que modificam a constituição rígida são “estados de fato, situações anticonstitucionais para as quais inexiste sanção”.

Além destes pioneiros, **José Afonso da Silva**⁸⁹ também abordou o tema. Para José Afonso da Silva “Mutações constitucionais são alterações informais que operam ao longo da história de uma Constituição, sem alterar seu enunciado formal, sem modificar a letra de seu texto. Segundo a doutrina tradicional, isto se dá por força da modificação nas tradições, da adequação político-social, dos costumes, da alteração empírica e sociológica, por interpretação e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado”⁹⁰. Em seguida, José Afonso da Silva apresenta alguma de suas reservas à doutrina tradicional e expõe sua tipologia, classificando as mutações constitucionais conforme sejam provenientes: (i) de atos de complementação constitucional (atos normativos em sentido amplo: leis, atos executivos, políticas públicas etc), que somente têm validade quando expandem normas

⁸⁷ MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

⁸⁸ Posteriormente compilados, organizados e publicados pela Prof. Dra. Maria Garcia como o livro **Curso de Direito Constitucional** (MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991).

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. Mutaciones Constitucionales. **Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, vol 1, julho/dezembro, 1999.

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. Mutaciones Constitucionales. **Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, vol 1, julho/dezembro, 1999. Tradução livre nossa. O original abaixo:

“8. Mutaciones constitucionales son cambios no formales que operan en el correr de la historia de una Constitución, sin alterar el enunciado formal, sin cambiar la letra del texto. Según la doctrina tradicional, esto se da por la fuerza de la modificación de las tradiciones, de la adecuación político social, de las costumbres, de la alteración empírica y sociológica, por la interpretación y por el ordenamiento de estatutos que afectan la estructura orgánica del Estado”.

constitucionais que requerem esta complementação; (ii) da interpretação e construção constitucionais; e (iii) de práticas político-sociais convertidas em convenções (normas extrajurídicas que se tornam práticas consuetudinárias com relação aos Poderes). Para José Afonso da Silva, o triunfo do fato sobre a norma é a destruição da força normativa da Constituição e, citando Hesse, que a mudança deve ocorrer no interior da norma, respeitando as fronteiras permitidas por seu texto.

Para **Luís Roberto Barroso**⁹¹, Mutação Constitucional   o “mecanismo que permite a transforma o do sentido e do alcance de normas da Constitui o, sem que se opere, no entanto, qualquer modifica o do seu texto”, o que seria motivado pela tensão entre a rigidez constitucional (que busca preservar a estabilidade e a segurança jurídica) e a plasticidade das normas constitucionais (sua capacidade de adapta o às altera es da realidade). Segundo sua defini o, “a Muta o Constitucional consiste em uma altera o do significado de determinada norma da Constitui o, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modifica o de seu texto”. Luís Roberto Barroso distingue a Muta o Constitucional conforme o mecanismo de atua o, diferenciando a que for operada pela (i) interpreta o constitucional (especialmente por órgãos públicos, em particular os Poderes Executivo e Judiciário); (ii) atua o do legislador (a quem incumbe a cria o do Direito); e (iii) costumes. Para Luís Roberto Barroso, os limites da Muta o Constitucional são as possibilidades semânticas do texto (os sentidos possíveis) e a preserva o dos princípios fundamentais da Constitui o.

Para **Adriana Zandonade**⁹², Muta o Constitucional   a “altera o da Constitui o segundo um *processo informal*,   medida em que *não se encontra prevista no próprio conjunto das normas constitucionais*, em contraposi o aos processos que são ditos formais, porque estão naquele expressamente regulados” e que “a mudança que dela resulta *não atinge o texto mesmo da norma, mas tão-somente o seu significado, o seu sentido ou o seu alcance*”. Para Adriana Zandonade, as muta es são uma manifesta o do Poder Constituinte difuso, sendo este o seu fundamento. Para ela, os limites da Muta o Constitucional são os limites extra-jurídicos do Poder Constituinte, o próprio texto constitucional e a Constitui o em seu conjunto, ou seja, o seu “espírito”. Com rela o aos meios de realiza o, Adriana Zandonade

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Constru o do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁹² ZANDONADE, Adriana. **Muta o Constitucional**. Revista de Direito. Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 9, n. 35, p. 205, abril/junho, 2001.

entende que a interpretação é o “mediador por excelência” (devido à linguagem dinâmica da norma, a riqueza de conceitos não jurídicos e imprecisos na linguagem constitucional e o caráter sintético e incompleto da Constituição), sendo que as vias imediatas de realização da Mutação Constitucional são (i) a lei, emitida conforme determinação constitucional; (ii) a decisão judicial, no exercício do controle de constitucionalidade ou solução de litígio em matéria constitucional; (iii) o ato administrativo, para complementar ou integrar o comando constitucional; e (iv) o costume *secundum constitutionem* ou *praeter constitutionem*.

Para **Uadi Lâmmego Bulos**⁹³, Mutação Constitucional é a denominação do “fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas”. Para ele, existe uma correlação direta entre a rigidez e a mutabilidade, uma vez que a vida constitucional do Estado desenvolve-se entre o estático e o dinâmico, sendo que a efetividade das normas constitucionais reside na sua capacidade de integrar à ordem jurídica as aspirações políticas que correspondem às forças sociais, políticas, econômicas da sociedade. Sendo que uma das marcas da mutação é o fato de que as mudanças informais, em geral, ocorrem em períodos separados no tempo. Bulos entende que não é possível estabelecer critérios objetivos para definir os limites da Mutação Constitucional, pois são frutos da “atuação de forças elementares dificilmente explicáveis”. Para ele, a única limitação que poderia existir às mutações constitucionais 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”. Bulos, ressaltando que não pretende esgotar totalmente o assunto, classifica a Mutação Constitucional entre (i) as operadas em virtude da interpretação constitucional⁹⁴, nas suas diversas modalidades e métodos; (ii) as decorrentes das práticas constitucionais (usos, costumes, precedentes e convenções constitucionais); (iii) as que surgem através da construção constitucional (revelação do sentido da lei em seu conjunto, sendo precedida pela interpretação, que, segundo ele, se atém ao texto e ao exame isolado da lei); e (iv) as que contrariam a Constituição (ou seja, as mutações inconstitucionais).

⁹³ BULOS, Uadi Lâmmego. **Mutação Constitucional**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1995.

⁹⁴ Sendo que a Interpretação Constitucional pode ocorrer nos seguintes contextos: contexto técnico-linguístico, ou seja, nas dúvidas decorrentes da linguagem do texto; contexto antinômico, quando há incompatibilidade (antinomia insolúvel) entre duas normas; e contexto lacunoso, no caso de lacunas ocultas, conforme definição de Karl Loewenstein. Como resultado da mutação por via interpretativa, Bulos vislumbra as seguintes possibilidades: a) modificação no sentido de um vocábulo; b) alteração dos fins inspiradores da norma; c) alargamento ou restrição do conteúdo de uma expressão normativa; d) novo significado à letra da lei; e) colmatação de lacunas; e f) adaptação da norma às novas realidades surgidas posteriormente à sua promulgação.

Diferente da doutrina alemã, pela qual houve muita divergência sobre o tema e conceituação da Mutação Constitucional, ao analisarmos a evolução do tema no Brasil, vemos que há certo consenso desde os primórdios. Os trabalhos de Milton Campos e Meirelles Teixeira, inclusive, impressionam por sua atualidade, visto que o tema só foi ganhar maior visibilidade a partir da monografia de Anna Cândida da Cunha Ferraz. As diversas classificações elaboradas pelos autores também são bastante similares: quase todos, com alguma variação, reconhecem a mutação via ato legislativo, interpretação judicial e costumes (alguns focando nos agentes, outros nos atos ou meios de concretização). Milton Campos, Meirelles Teixeira e José Afonso da Silva apresentam alguma resistência em conferir legitimidade às mutações constitucionais resultantes de práticas sociais, sendo este tema mais consensual entre os autores mais recentes. Em nossa avaliação, nas obras de Milton Campos, Meirelles Teixeira e Bulos falta aprofundar os limites da Mutação Constitucional (ainda que, pontualmente, todos estes reconheçam a existência de algum tipo de limitação, sob pena de “falseamento” da Constituição, sendo que Bulos aborda diretamente o tema, sem uma conclusão que possamos considerar satisfatória). Em suma, no Brasil o tema da Mutação Constitucional evoluiu suavemente e não existem divergências muito significativas entre os autores que a reconhecem, sendo que a discórdia residiria no embate com os juristas que sequer aceitam a possibilidade de mutação (com, aparenta ser o caso dos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa, do STF, cujas opiniões veremos adiante).

3.2.2 Conceito Segundo os Ministros do Supremo Tribunal Federal

Não é tarefa fácil identificar o conceito de Mutação Constitucional utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que os ministros muitas vezes divergem entre si e, em alguns casos, não apresentaram fundamentação coerente sobre o tema. A partir da pesquisa jurisprudencial realizada por Renan Flumian de Carvalho⁹⁵, identificaremos a posição dos ministros.

⁹⁵ CARVALHO, Renan Flumian. **Qual o Conceito de Mutação Constitucional para os Ministros do STF?** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2009. Na parte teórica Renan Flumian de Carvalho definiu Mutação Constitucional como “a transformação do sentido, do significado e do alcance das normas constitucionais sem alterar o texto, tendo como fundamento a incongruência entre o texto constitucional e a realidade circundante”. De acordo com a metodologia adotada pelo trabalho, houve pesquisa jurisprudencial das decisões do Supremo Tribunal Federal em que o instituto da Mutação Constitucional foi expressamente abordado. Tal análise de jurisprudência utilizou como marco temporal a data de 19 de junho de 2009 (com exceção da ADPF 46), sendo que na ocasião o STF era composto pelos Ministros Eros Grau (aposentado), Gilmar Mendes, Celso de Mello, Carlos Ayres Britto (aposentado),

Marco Aurélio, em voto como relator da Arguição de Descumprimento de Preceituo Fundamental nº 46/DF (ADPF 46)⁹⁶, conceituou mutação como o “processo dialético e ininterrupto de condicionamento entre a norma e a realidade”⁹⁷ e como resultado da interpretação constitucional. A ADPF 46 foi proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED, alegando a não receptividade da Lei nº 6.538/78 pela Constituição de 1988. O argumento central do autor da ADPF é que o monopólio da entrega de correspondências pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT seria uma violação aos preceitos fundamentais da livre iniciativa, livre concorrência e livre exercício de qualquer profissão. Em seu voto Ministro-Relator Marco Aurélio Mello defendeu que, em decorrência da mudança no papel do Estado como agente econômico (assumindo um papel mais restrito), o sentido da expressão “manter o serviço postal” (art. 21, X, CF) não seja mais entendida de forma a atribuir o monopólio do exercício da atividade de serviço postal ao Estado⁹⁸. Ou seja, teria ocorrido Mutação Constitucional na norma em questão. Os demais ministros que participaram do julgamento não acompanharam o relator, e a ADPF foi julgada improcedente.

Sepúlveda Pertence (aposentado), Marco Aurélio Mello, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Meneses Direito, Carmen Lúcia e Ricardo Lewandowsky. Ou seja, o estudo foi realizado antes da nomeação e posse dos ministros Dias Toffoli (empossado em 23 de outubro de 2009), Luiz Fux (empossado em 03 de março de 2011), Rosa Weber (empossada em 19 de dezembro de 2011), Teori Zavascki (empossado em 29 de novembro de 2012) e Luís Roberto Barroso⁹⁵ (empossado em 26 de junho de 2013), que, conseqüentemente, não são incorporados.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceituo Fundamental nº 46/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Eros Grau. Brasília, 2009, 05/08/2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>> . Acesso em 21 de julho de 2014.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceituo Fundamental nº 46/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Eros Grau. Brasília, 2009, 05/08/2009. Pág. 27.

⁹⁸ “Neste contexto, qual o significado do teor do inciso X do artigo 21? Será que o sentido da expressão ‘manter o serviço postal’ é hoje o mesmo de duzentos anos atrás, quando, pelo Alvará de 20 de janeiro de 1798, instituiu-se que competia aos Poderes Públicos o processo de organização postal dos Correios Terrestres? Será que se está condenado a ficar permanentemente atrelado ao passado, ignorando que o sentido das normas também é condicionado pela evolução da vida, da vida em sociedade? A resposta é desenganadoramente negativa, revelando-se um sonoro ‘não’”, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceituo Fundamental nº 46/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Eros Grau. Brasília, 2009, 05/08/2009. Pág. 27. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>> . Acesso em 21 de julho de 2014. Págs. 27-28.

Já o ministro Celso de Mello, em seu voto como relator do *Habeas Corpus* n° 94.695/RS⁹⁹ (no mesmo teor de seus votos no HC 90.450/MG¹⁰⁰, no HC 96.772/SP¹⁰¹ e no HC 98.893 SP¹⁰²), defendeu que:

[...] a interpretação judicial **há de ser vista** como instrumento **juridicamente** idôneo **de mutação informal** da Constituição, **revelando-se** plenamente legítima a **adequação** da própria Constituição da República, **se e quando** imperioso compatibilizá-la, **mediante** exegese atualizadora, **com as novas** exigências, necessidades e transformações **resultantes** dos processos sociais, econômicos e políticos **que caracterizam**, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea¹⁰³.

Os HC 94.695/RS, HC 90.405/MG, HC 96.772/SP e HC 98.893/SP foram impetrados sustentando a inconstitucionalidade de prisão civil do depositário infiel (os bens teriam sido furtados). Celso de Mello conceitua Mutação Constitucional como um processo informal, o ministro fundamenta suas decisões argumentando que o artigo 5º, LXVII (que estabelecia a possibilidade de prisão civil do depositário infiel) deve ser interpretado conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), que veda a prisão civil (art. 7º, 7, da Convenção). Como veremos mais profundamente no Item 5.2.1, trata-se de Mutação Constitucional via ato normativo. Os HC 94.690/RS, HC 90.405/MG, HC 96.772/SP e HC 98.893/SP foram julgados procedentes.

Em suma, os ministros Marco Aurélio Mello e Celso de Mello utilizam a mesma conceituação de Mutação Constitucional, sendo ambos coerentes na aplicação do conceito ao caso concreto.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão em Habeas Corpus n° 94.695/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2008, 23.09.2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573759>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão em Habeas Corpus n° 90.450/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2008, 23.09.2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573711>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão em Habeas Corpus n° 96.772/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2009, 09.06.2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601192>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão em Habeas Corpus n° 98.893/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2009, 25.08.2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603041>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão em Habeas Corpus n° 94.695/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2008, 23.09.2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573759>>. Acesso em 21 de julho de 2014. Pág. 46.

Os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Carlos Ayres Britto utilizaram o instituto da Mutação Constitucional em mais de uma ocasião, porém o aplicaram de maneira diversa.

Na Reclamação n  4.335/AC (Rcl. 4.335/AC)¹⁰⁴, a Defensoria Pública da União insurgiu-se contra decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC, que indeferiu pedido de progressão de regime com base no artigo 2 , Parágrafo Primeiro, da Lei n  8.075/90 (Lei de Crimes Hediondos), apesar de o referido normativo ter sido declarado inconstitucional pelo STF no julgamento no julgamento do Habeas Corpus n  82.959. A decisão do STF, no entendimento do magistrado, produziu efeitos apenas entre as partes, sendo necessária a expedição de resolução do Senado Federal para a suspensão do dispositivo legal, conforme artigo 52, inciso X¹⁰⁵, da Constituição Federal. Tanto o Ministro Gilmar Mendes¹⁰⁶ (relator), quanto o Ministro Eros Grau¹⁰⁷ apresentaram o entendimento de que os dispositivos de lei julgados inconstitucionais pelo STF não dependem da manifestação do Senado, tendo o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, sofrido Mutação Constitucional. O julgamento foi finalizado em 21 de març o de 2014, no sentido do voto destes ministros.

Na Rcl. 4.335/AC, o relator Ministro Gilmar Mendes concluiu que, após Mutação Constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, ao Senado cabe apenas dar publicidade   declaração de inconstitucionalidade decidida pelo STF, que produz efeitos *erga*

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Vista do Min. Eros Grau no Acórdão da Reclamação n  4.335/AC. Brasília, 2007. 19.04.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

¹⁰⁵ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

.....

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

¹⁰⁶ “Ressalte-se ainda o fato de a adoção da súmula vinculante ter reforçado a idéia de superação do referido art. 52, X, da CF na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Relator no Acórdão da Reclamação n  4.335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 2007. 1 .08.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em 21 de julho de 2014. Pág. 60.

¹⁰⁷ “Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por forç a da Mutação Constitucional, que compete ao Senado Federal dar publicidade   suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Vista do Min. Eros Grau no Acórdão da Reclamação n  4.335/AC. Brasília, 2007. 19.04.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em 21 de julho de 2014. Pág. 14.

omnes. Em seu voto, Gilmar Mendes definiu Mutação Constitucional como “uma autêntica reforma da constituição sem expressa modificação do texto”¹⁰⁸.

Em seu voto na Rcl. 4.335/AC, Eros Grau acompanhou o entendimento do Relator sobre a Mutação Constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, que define como:

Transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se d , o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na Mutação Constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.¹⁰⁹

No Mandado de Segurança n  26.602/DF¹¹⁰ (julgado em conjunto com os MS 26.602/DF e MS 26.604/DF, de teor similar), questiona-se ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que não declarou vacância dos mandatos dos deputados que desfiliaram-se dos partidos pelos quais foram eleitos (causa de perda de mandato, conforme resposta   Consulta n  1.398 do TSE). Durante o julgamento os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes debateram a questão da Mutação Constitucional (sobre diferentes normas e com diferentes conclusões). Após o julgamento, o STF denegou a segurança requerida nos MS 26.602/DF, MS 26.602/DF e MS 26.604/DF, mas reconheceu que deveriam perder os mandatos os parlamentares que mudassem de partido a partir da data de publicação da Consulta n  1.398 do TSE (em 27/03/2007).

Em seu voto como relator do MS 26.602/DF, o Ministro Eros Grau¹¹¹ entendeu que somente seria possível a declaração de perda de mandato parlamentar por decisão exclusivamente do

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Relator no Acórdão da Reclamação n  4.335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 2007. 1 .08.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em 21 de julho de 2014. Pág. 52.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Vista do Min. Eros Grau no Acórdão da Reclamação n  4.335/AC. Brasília, 2007. 19.04.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em 21 de julho de 2014. Pág. 9.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança n  26.602/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 2007, 04.10.2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

¹¹¹ “[...] As hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam a decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, mas nunca do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral como órgão de consulta.

11. Apenas a transformação do sentido do enunciado da Constituição, sem que o próprio texto seja alterado em sua redação,   que se poderia admitir a presente impetração. Vale dizer, apenas se operada a Mutação Constitucional, admitindo nova hipótese de perda de mandato,   que o presente mandado de segurança pode ser

Presidente da Câmara se tivesse ocorrido a mutação do artigo 55¹¹² da Constituição, visto que tal possibilidade (perda declarada por ato unilateral do Presidente) não é prevista naquele normativo. Enfim, Eros Grau define Mutação Constitucional como “a transforma o do sentido do enunciado da Constitui o, sem que o próprio texto seja alterado em sua reda o”¹¹³. Ocorre que Eros Grau condiciona a constitucionalidade da Muta o   coerência da nova norma com o espírito da Constitui o¹¹⁴, situa o que o ministro não vislumbra no MS 26.602/DF, de modo que não admite a muta o.

Gilmar Mendes, em voto proferido no MS 26.602/DF, conclui em sentido contrário, entendendo que uma nova interpreta o sistemática da Constitui o¹¹⁵ (a que chama de

analisado.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança n  26.602/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 2007, 04.10.2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em 21 de julho de 2014. Pág. 14.

¹¹² Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibi es estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa,   terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constitui o;

VI - que sofrer condena o criminal em sentença transitada em julgado.

  1  -   incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percep o de vantagens indevidas.

  2  Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provoca o da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Reda o dada pela Emenda Constitucional n  76, de 2013)

  3  - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provoca o de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

  4  A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar   perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as delibera es finais de que tratam os    2  e 3 .(Incluido pela Emenda Constitucional de Revisão n  6, de 1994)

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança n  26.602/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 2007, 04.10.2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em 21 de julho de 2014. Pág. 14.

¹¹⁴ “A Muta o Constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constitui o formal e a Constitui o material. [...]”

13. Em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tenha sido objeto de muta o, sua tradi o seja mantida e ele, o texto dela resultante, seja coerente com o todo, no seu contexto. Pois   certo que a unidade do contexto repousa em uma tradi o que cumpre preservar”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança n  26.602/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 2007, 04.10.2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em 21 de julho de 2014. Pág. 15.

¹¹⁵ “O Supremo Tribunal Federal está a reinterpretar a Constitui o, em toda sua inteireza e não fundado em textos isolados, exercendo, dessa forma, sua fun o precípua de guardião da ordem constitucional. Como tenho afirmado em outros julgados nesta Corte, a evolu o jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdi o de perfil constitucional. A afirma o da Muta o Constitucional não implica o reconhecimento, por

Mutação Constitucional) leva ao entendimento de que a “fidelidade partidária” é um valor constitucional necessário à democracia e que justifica a perda do mandato do parlamentar que trocar de partido. Em suma, no MS 26.602/DF o Ministro Gilmar Mendes trata Mutação Constitucional como sinônimo de evolução jurisprudencial¹¹⁶.

Enfim, na Rcl 4.335/AC o Ministro **Eros Grau**, com fundamento na incongruência entre o texto constitucional e a realidade circundante definiu Mutação Constitucional como a criação de um novo texto que substituirá o já existente na Constituição, o que, além de não configurar uma alteração informal, é absolutamente inconstitucional no Brasil. Posteriormente, no MS 26.602/DF, o Ministro Eros Grau conceituou Mutação Constitucional como a transformação do sentido do enunciado sem alteração do texto, mas em seguida volta a falar do “novo texto”, incorrendo na mesma incoerência da Rcl 4.335/AC. Além disso, a justificativa utilizada para rechaçar a existência de Mutação Constitucional no MS 26.602/DF (falta de coerência entre a norma e o espírito da Constituição) também poderia ser apontado para impedir a mutação por ele aceita na Rcl 4.335/AC.

Gilmar Mendes também peca pela coerência: na Rcl 4.335-5/AC, o Ministro define mutação textualmente como “uma autêntica reforma da constituição sem expressa modificação do texto”, porém no MS 26.603/DF utiliza Mutação Constitucional como sinônimo de evolução jurisprudencial, o que não seria mutação, já que não se trata de alteração no sentido, significado ou alcance de uma norma motivada pela incongruência entre o texto e a realidade.

Os Ministros **Sepúlveda Pertence**¹¹⁷ e **Joaquim Barbosa** (Rcl 4.355-5/AC) rechaçam a Mutação Constitucional, que entendem que não é necessária ao sistema e é inconstitucional

parte da Corte, de erros ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição à realidade que a circunda”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança nº 26.602/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 2007, 04.10.2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em 21 de julho de 2014. Pag. 211.

¹¹⁶ “Em casos como este, típico de Mutação Constitucional, em que se altera jurisprudência longamente adotada pela Corte” e “a evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial – uma autêntica Mutação Constitucional [...]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança nº 26.602/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 2007, 04.10.2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em 21 de julho de 2014. Págs. 197 e 208.

¹¹⁷ “[...] Mas não me animo à Mutação Constitucional proposta. E Mutação Constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Vista do Min. Sepúlveda Pertence no Acórdão em Reclamação nº 4.335/AC. Brasília, 2007,

(no caso estudado, Joaquim Barbosa, inclusive, discorda sequer do fato de estar diante de uma mutação¹¹⁸). Sendo assim, nem Pertence e nem Barbosa apresentam um conceito sobre Mutação Constitucional.

O Ministro **Carlos Ayres Britto**, por sua vez também não é coerente em sua conceituação. Tanto na Reclamação nº 7.336/SP (Rcl. 7.336/SP)¹¹⁹ e na Questão de Ordem em *Habeas Corpus* nº 86.009-5/DF (QO HC 86.009-5/DF)¹²⁰ o ministro declara que houve Mutação Constitucional, o que ele define como “nova interpretação Constituição Federal”¹²¹. A Rcl. 7.336/SP investia contra denegatória em mandado de segurança, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sobre a equiparação salarial dos delegados de polícia aos procuradores de Estado, o que, segundo os autores, contrariava entendimento jurisprudencial do STF. O Ministro Carlos Ayres Britto negou seguimento da ação, pois o entendimento jurisprudencial apontado pelos autores era anterior à Emenda Constitucional nº 19/1998, que alterou o artigo 241¹²² da Constituição, eliminando a pretendida equiparação salarial (o que teria causado, segundo Carlos Ayres Britto, Mutação Constitucional). Semelhante foi a decisão na QO HC 86.009-5/DF, em que o STF entendeu que a competência para julgamento de *Habeas Corpus* contra ato de turma recursal de Juizado Especial não mais caberia ao Supremo (entendimento anterior à EC nº22/99), mas competiria aos Tribunais de Justiça dos Estados. Segundo Carlos Ayres Britto, tal mudança de entendimento foi resultado de Mutação Constitucional, porém a

19.04.2007. Disponível em <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/567_RCL_4335_-_Sepulveda_Pertence\[1\].pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/567_RCL_4335_-_Sepulveda_Pertence[1].pdf)>. Acesso em 21 de julho de 2014. Pág. 1.

¹¹⁸ “Ainda me impressiona, ademais, mesmo com toda essa revolução no controle de constitucionalidade, a literalidade da previsão contida no art. 52, X, presente no texto constitucional e em relação ao qual não há qualquer disposição contrária ou de sentido conflitante”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Vista do Min. Joaquim Barbosa no Acórdão em Reclamação nº 4.335/AC. Brasília, 2007, 19.04.2007. Pág. 3.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática na Reclamação nº 7.336/SP. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2008, 16.12.2008.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Acórdão na Questão de Ordem em Habeas Corpus nº 86.009-5/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2006, 29.08.2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443460>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

¹²¹ “7. Em boa verdade, mesmo tratando-se de alteração de competência, por efeito de Mutação Constitucional (nova interpretação ao texto da Constituição Federal), e não propriamente de alteração no texto da Lei fundamental, o fato é que se tem, na espécie, hipótese de competência absoluta (em razão do grau de jurisdição).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Acórdão na Questão de Ordem em Habeas Corpus nº 86.009-5/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2006, 29.08.2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443460>>. Acesso em 21 de julho de 2014. Pág. 5.

¹²² REDAÇÃO ORIGINAL: Art. 241. Aos delegados de polícia de carreira aplica-se o princípio do art. 39, § 1º, correspondente às carreiras disciplinadas no art. 135 desta Constituição.

REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL nº 19, de 1998: Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

alteração de competência foi resultado da Emenda Constitucional nº 22/99, que modificou a redação do artigo 102, I, “i”¹²³. No Agravo de Regimento em Recurso Extraordinário nº 450.504/MG (AgR RE 450.504-5/MG)¹²⁴, o agravante defendia que a Justiça Comum fosse competente para o julgamento de ações de indenização por acidente de trabalho propostas antes da EC nº 45/04. O Ministro Carlos Ayres Britto sustentou a decisão monocrática anterior, apontando ocorrência de Mutação Constitucional¹²⁵, de modo que o STF alterou seu entendimento sobre o tema, passando a considerar que a competência para julgamento de ações de indenização por acidente de trabalho seria da Justiça do Trabalho. No entanto, ao fundamentar o “novo” entendimento, o ministro apontou que a competência não foi alterada¹²⁶, sendo originariamente da Justiça do Trabalho, de modo que o entendimento anterior do STF fazia uma interpretação equivocada dos artigos 109, inciso I, e 114. Em suma, não houve alteração no sentido da norma, uma vez que Carlos Ayres Britto apenas resgatou o sentido original do qual o Supremo equivocadamente havia se afastado. Enfim, na Rcl 7.336/SP e na QO HC 86.009-5/DF o Ministro Carlos Ayres Britto declara que houve Mutação Constitucional, porém ambas ocorreram em decorrência de alteração formal da Constituição via emenda constitucional (EC 19/1998 no primeiro caso e EC 22/1999 no segundo). No AgR RE 450.504-5/MG, Carlos Ayres Britto apresenta o conceito de mutação como alteração na jurisprudência do STF, porém fundamenta tal mudança como fruto de uma

¹²³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:

.....

i) o "habeas-corpus", quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (REDAÇÃO ORIGINAL)

i) o **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL nº 22, de 1999)

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Acórdão no Agravo de Regimento em Recurso Extraordinário nº 450.504-5/MG. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2006, 21.11.2006. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402680>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

¹²⁵ “Vale dizer, da redação originária do artigo 114 c/c inciso I do artigo 109 da Lei Maior, esta colenda Corte passou a extrair um outro sentido – o da competência da Justiça trabalhista. Sentido muito diferente do que até então extraíra (competência da Justiça comum estadual)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Acórdão no Agravo de Regimento em Recurso Extraordinário nº 450.504-5/MG. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2006, 21.11.2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402680>>. Acesso em 21 de julho de 2014. Pág. 6.

¹²⁶ “[...] Ocorre que não houve mudança de competência. Esta sempre foi da Justiça laboral”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Acórdão no Agravo de Regimento em Recurso Extraordinário nº 450.504-5/MG. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2006, 21.11.2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402680>>. Acesso em 21 de julho de 2014. Pág. 6.

interpretação equivocada anterior, o que, não constitui mutação, pois não houve alteração no sentido da norma.

De acordo com a metodologia adotada na pesquisa jurisprudencial realizada por Renan Flumian de Carvalho¹²⁷, os Ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie, Menezes Direito, Carmen Lúcia e Ricardo Lewandowski não manifestaram seus conceitos de Mutação Constitucional.

Em suma, alguns Ministros do STF utilizam conceitos de maneira incoerente (em diferentes ocasiões, utilizaram conceitos diversos), enquanto outros não manifestaram claramente sua definição, além de divergirem entre si sobre o conceito e sua admissibilidade.

3.2.3 Conceito Adotado neste Trabalho

Em geral, a doutrina denomina todos os processos informais de mudança na Constituição por **Mutação Constitucional**. Partimos do entendimento de Luís Roberto Barroso¹²⁸, pelo qual Mutação Constitucional seria a alteração do sentido e do alcance de um enunciado normativo constitucional, sem mudança formal do texto.

Complementamos a definição com uma lição da professora Anna Cândida da Cunha Ferraz¹²⁹, que reserva a denominação Mutação Constitucional apenas para os processos que não contrariem a Constituição, diferenciando-os das chamadas **Mutações Inconstitucionais**, ou seja, os processos de alteração informal do sentido da Constituição que ultrapassam os limites¹³⁰ constitucionais. Adotamos neste trabalho o entendimento da ilustre professora (que terá bastante relevância adiante, ao tratarmos dos limites e da tipologia dos processos informais de alteração constitucional).

¹²⁷ CARVALHO, Renan Flumian. **Qual o Conceito de Mutação Constitucional para os Ministros do STF?** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2009.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹²⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

¹³⁰ Tais limites serão abordados no Item 5.6 adiante.

Concluimos que, “[...] em síntese, a *Mutação Constitucional* altera o sentido, o significado do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito”¹³¹, enquanto a *mutação inconstitucional*¹³² é o processo similar que viola a letra ou o espírito da Constituição.

3.3 Fundamento da Mutação Constitucional

O fundamento que permite a Mutação Constitucional é o caráter maleável de suas normas. Esta maleabilidade das normas constitucionais decorre de algumas características da Constituição, entre elas, sua linguagem, que é rica em *conceitos não-jurídicos*, cujos significados são bastante imprecisos, o *caráter sintético* dos enunciados normativos constitucionais, que abre larga margem para atuação do intérprete, e suas *lacunas e omissões*, muitas vezes propositais, afinal, como expõe Konrad Hesse¹³³, “A Constituição deve restar incompleta e inacabada porque a vida, que ela intenta regular, é a vida histórica e, enquanto tal, submetida a mudanças históricas”. Além disso, existe um fator externo¹³⁴ impulsionador dos processos informais: a *mudança dos valores*, sejam políticos, filosóficos, morais, econômicos etc.

Por exemplo, diz o artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (Revolução Francesa):

Art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As destinações sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Para compreender o texto acima basta conhecer as normas gramaticais da língua em que estiver escrito. Ocorre que cada uma das palavras do texto tem um significado específico, cujo sentido pode ser alterado conforme o contexto. No momento em que este artigo foi solenemente proclamado, durante a Revolução Francesa, o significado de “homens” excluía

¹³¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

¹³² A Mutação Inconstitucional será estudada com maior profundidade no [Item 5.6](#) adiante.

¹³³ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. Págs. 88-89.

¹³⁴ Com relação aos fatores externos, é importante distinguir dois fenômenos similares à Mutação Constitucional, mas que não se confundem com ela. O primeiro fenômeno é a “interpretação evolutiva”, que se trata da interpretação de uma norma frente a novas situações que não poderiam ser previstas pelo Poder Constituinte (por exemplo, novas tecnologias, descobertas etc). No caso da interpretação evolutiva a norma não sofre alteração alguma, uma vez que sua aplicação às novas situações decorre de sua maleabilidade e possibilidades semânticas. O segundo fenômeno é a “integração analógica” que se trata da aplicação da mesma solução constitucional a um caso sem regulamentação. Também no caso da integração analógica não há alteração da norma, uma vez que a incidência da mesma não é afetada (não se trata de interpretação ampliativa, uma vez que as possibilidades do texto não permitem tal extensão).

as mulheres e os escravos (a França possuía colônias), ou seja, a “igualdade” e “liberdade” da norma só atingiam homens (pessoas do sexo masculino) livres.

Colocado em outro âmbito, talvez um século depois (1889), do mesmo texto extrai-se outro significado, pois a escravatura deixa de ser aceita pela mentalidade francesa da época. Sendo assim, em 1889, do mesmo enunciado extrai-se uma norma pela qual a “igualdade” e a “liberdade” atingem todos os homens (excluindo as mulheres), vedando a escravidão. Verifica-se clara alteração da norma, ainda que o texto seja exatamente o mesmo.

Alterando novamente o contexto, por exemplo, avançando mais cem anos (1989), a norma é alterada novamente, sendo incluídas as mulheres no termo “homens”, mesmo sem qualquer mudança do texto. Dessa forma, do mesmo texto extrai-se uma norma pela qual a “igualdade” e a “liberdade” atingem todas as pessoas, independente de sexo.¹³⁵

As mesmas mudanças que foram evidenciadas no termo “homens” também podem ser identificadas no conceito de “livres”, “iguais”, “direitos” etc. Por exemplo, a igualdade formal perante a lei é absolutamente diferente da igualdade material de condições, porém ambos os entendimentos podem ser extraídos do termo “livre”.

Considerando a distinção entre norma e enunciado, pode-se imaginar que o fenômeno da mutação seja possível com qualquer norma, seja ela constitucional ou não. Ocorre que existem outras duas características da Constituição que fazem com que a Mutação Constitucional seja mais relevante do que seria a mutação de normas infraconstitucionais: a Supremacia e a Força Normativa da Constituição.

Em decorrência dessas características, a Mutação Constitucional gera reflexos em todo o ordenamento jurídico.

Além disso, muitas vezes a concretização das normas constitucionais ocorre por meio de normas infraconstitucionais, sendo que, nestes casos, a Mutação Constitucional será revelada

¹³⁵ As datas utilizadas, 1789, 1889 e 1989 foram escolhidas apenas para evidenciar a mudança de sentido decorrente do âmbito em que o texto estiver inserido, não significando que tais alterações de sentido ocorreram por conta de um fato específico ocorrido em alguma das datas citadas.

pela alteração no sentido da norma inferior (seja em decorrência de interpretação conforme a constituição, seja em decorrência da inconstitucionalidade superveniente).

3.4 Requisitos da Mutação Constitucional

Podemos enumerar três requisitos da Mutação Constitucional¹³⁶: “1) ocorrer sempre uma alteração do sentido, significado ou alcance da norma constitucional¹³⁷; 2) que esta mudança não ofenda nem a letra nem o espírito da Constituição; e 3) se processar por meio diferente das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.”

O requisito de número 1 é a alteração em si. Somente há Mutação Constitucional quando houver alteração da norma. Para que haja a alteração é necessário que anteriormente a norma tenha sido estabelecida, ou seja, que tenha já sido extraído o sentido de um enunciado normativo constitucional (caso contrário, não haverá mutação, mas mera interpretação da Constituição, atribuindo o sentido ao enunciado sem qualquer alteração). Além disso, é necessário que a nova norma seja incompatível com a norma anterior, caso contrário, não se tratará de Mutação Constitucional, mas da simples maleabilidade original da norma (a norma original continua intacta, sem sofrer alteração), porém aplicada a novas situações, como por exemplo, no caso de interpretação evolutiva (aplicação das normas constitucionais a situações que sequer tinham sido imaginadas à época da promulgação), sendo que neste caso a norma original continua, ou seja, não foi alterada.

O requisito de número 2 é o respeito ao texto ou espírito da Constituição. Em suma, são os limites formais e materiais da Mutação Constitucional. De fato, existem alterações da Constituição que não respeitam estes limites, porém consideramos que tais processos são inconstitucionais e não são adequados do ponto de vista jurídico. Afinal, o objetivo da mutação é atualizar a Constituição, não impor uma nova¹³⁸.

¹³⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *apud* DANIELE, Anna Luísa Walter de Santana. **Interpretação e Mutação Constitucional**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008. Pág. 111.

¹³⁷ Divergindo ligeiramente, entendemos que não há mudança de sentido e significado da *norma*, uma vez que a própria norma é o sentido ou significado de um *enunciado normativo constitucional* (conforme distinção estabelecida no Item 1.2). Sendo assim, lemos este requisito de número 1 como: **1) ocorrer sempre uma alteração do sentido, significado ou alcance de um enunciado normativo constitucional.**

¹³⁸ ZANDONADE, Adriana. **Mutação Constitucional**. Revista de Direito. Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 9, n. 35, p. 205, abril/junho, 2001.

O requisito de número 3 é que a alteração não tenha ocorrido pelo procedimento estabelecido na própria Constituição. Caso contrário, não estaríamos diante de uma Mutação Constitucional, mas de mera reforma do texto, com a conseqüente alteração das normas.

3.5 Tipologia da Mutação Constitucional

Existem diversos processos que resultam em mudanças informais da Constituição. A doutrina não é unânime em sua classificação, existindo autores que optam por classificar a Mutação Constitucional conforme a fonte da mutação (sua via de concretização)¹³⁹, o operador (agente causador da mudança)¹⁴⁰ ou os efeitos resultantes do processo¹⁴¹.

Considerando que a principal dificuldade no estudo da Mutação Constitucional é sua identificação, uma vez que sua aferição somente é possível na prática e após o relativo decurso de tempo, sendo assim, optamos por classificar os diferentes tipos de alterações informais da Constituição conforme sua via de concretização, ou seja, por decisão judicial, ato administrativo, ato normativo, prática social-política ou jurisprudência internacional.

3.5.1 Mutação Constitucional via decisão judicial

A decisão judicial é, por excelência, a via mais destacada da Mutação Constitucional. A importância e repercussão das decisões judiciais são devidas ao seu caráter vinculante (devendo ser observado por todos, inclusive pelos demais poderes do Estado) e definitivo (trata-se da palavra final sobre o litígio).

No Poder Judiciário a interpretação da Constituição não é prerrogativa exclusiva da corte constitucional (no Brasil, o Supremo Tribunal Federal), mas pode ser exercida também por via difusa. O primeiro caso, ou seja, o controle concentrado de constitucionalidade, é exercido pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Nestas ações, que somente podem ser propostas por alguns legitimados (art. 103, da

¹³⁹ Entre eles, Georg Jellinek, Milton Campos, José Horácio Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso e Adriana Zandonade.

¹⁴⁰ Entre eles, Anna Cândida da Cunha Ferraz e Paolo Biscaretti di Ruffia.

¹⁴¹ Entre eles, Nestor Pedro Sagües, Pedro da Veja, Hsü Dau-Lin, Pablo Lucas Verdú, Manuel Garcia-Pelayo e Uadi Lammego Bulos.

Constituição Federal), o STF julgará, em abstrato, a constitucionalidade da lei ou ato normativo, com eficácia *erga omnes* e, no caso de declaração de inconstitucionalidade, modulação dos efeitos (o STF definirá a partir de qual momento a declaração terá efeito). O controle difuso de constitucionalidade, por sua vez, pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, porém apenas com eficácia *inter partes* e efeito *Ex Tunc*. Ainda que não tenha a potencialidade declaratória das decisões do controle concentrado, a via difusa pode acumular jurisprudência e influenciar muito além do caso concreto.

À título exemplificativo, podemos destacar dois casos de Mutação Constitucional decorrente de decisões judiciais no Brasil: o *Habeas Corpus* e o foro privilegiado. O remédio do *Habeas Corpus* em 1909 foi sensivelmente ampliado para, além de resguardar a liberdade de locomo o, protegesse também outros direitos subjetivos. O texto constitucional¹⁴² não foi alterado, mas seu sentido o foi. Posteriormente a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 alterou o texto do artigo 72, Parágrafo 22, da Constitui o de 1891 para reestabelecer o sentido original¹⁴³, limitando novamente o *Habeas Corpus* apenas para a liberdade de locomo o, sendo que para prote o de outros direitos subjetivos foi necessário ao legislador estabelecer, em 1936, o Mandado de Segurança (pela Lei n  191, de 16 de janeiro de 1936). O foro privilegiado foi outro processo informal de mudança na Constitui o, ocorrido em 1999. O entendimento até então corrente era de que o processo iniciado no foro privilegiado assim permaneceria mesmo se o réu perdesse esta prerrogativa. A partir de 1999 a interpreta o do STF modificou-se e passou a ser majoritário o entendimento de que o foro se deslocaria quando o réu perdesse a prerrogativa. Em ambos os casos, não houve qualquer altera o no texto constitucional, apenas no sentido das normas em questão.

¹⁴² A reda o original do art. 72,  22, da Constitui o de 1891 (antes da Reforma Constitucional de 1926) era a seguinte:

Art. 72.

.....

  22 - Dar-se-  o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coa o por ilegalidade ou abuso de poder.

¹⁴³ A reda o do art. 72,  22, da Constitui o de 1891 alterada pela Reforma Constitucional de 1926 foi a seguinte:

Art. 72.

.....

  22. Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomo o.

3.5.2 Muta o Constitucional via ato administrativo

Outra via destacada de concretiza o da Muta o Constitucional   através da emissão de atos administrativos. Para a edi o do ato administrativo, o agente emissor deve interpretar previamente a norma constitucional que lhe concede este poder-dever e, neste momento, pode ocorrer uma altera o no sentido anteriormente dado   norma em questão. A edi o de ato administrativo, como via de interpreta o constitucional   mais limitada do que a judicial, uma vez que, em geral, se trata de uma atividade secundária (depende de prévia autoriza o legal), não-definitiva (sujeita ao controle pelo Poder Judiciário) e vinculante apenas *interna corporis* (vinculante para os órgãos subordinados, mas sem efeitos externos).

Existem exce es em que o ato administrativo pode ser atividade primária, decorrendo diretamente da Constitui o (i.e. nomea o de um Ministro), definitivo (i.e. atos políticos, cujo controle pelo Poder Judiciário resume-se   forma e nunca ao conteúdo) e com vincula o *externa corporis*, devendo ser observado pelos administrados ou outros poderes (i.e. regulamenta o profissional por meio dos conselhos da respectiva categoria).

A emissão de ato administrativo em geral   atividade do Poder Executivo, mas também pode ser executada por outros poderes quando referente   sua própria estrutura. Um exemplo pátrio recente de Muta o Constitucional decorrente da interpreta o administrativa foi a proibi o do nepotismo no Poder Judiciário, decorrente da Resolu o n  07, de 18 de outubro de 2005 do Conselho Nacional de Justi a¹⁴⁴, que vedou o provimento de parentes de magistrados, até o

¹⁴⁴ Art. 1    vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.

Art. 2  Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de fun o gratificada, no âmbito da jurisdi o de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;

II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de fun es gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de dire o ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomea es ou designa es;

III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de fun o gratificada, no âmbito da jurisdi o de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de dire o ou de assessoramento;

IV - a contrata o por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de dire o ou de assessoramento;

terceiro grau, em comissão e funções gratificada do Poder Judiciário. O referido ato administrativo foi motivado com base no artigo 37 da Constituição, alterando o escandaloso entendimento anterior de que a contratação de parentes não infringia os princípios da impessoalidade e moralidade.

3.5.3 Mutação Constitucional via ato normativo

A edição de atos normativos cujo objeto seja a aplicação de uma norma da Constituição também requerer  interpretação constitucional, ou seja, trata-se de uma possível via de alteração informal no sentido de suas normas. A atividade normativa   realizada tanto pelo Poder Legislativo, por meio de leis, como pelo Poder Executivo, por meio de leis delegadas, medidas provisórias e decretos-regulatórios.

O Poder Legislativo, ao promulgar leis para a aplicação de uma norma constitucional, interpreta diretamente a Constituição. O ato legislativo “busca o significado, o sentido e o alcance da norma constitucional para o fim de, fixando-lhe o conteúdo, completá-la e, conseqüentemente, dar-lhe aplicação”¹⁴⁵.

As normas constitucionais têm alto teor de generalidade e, quando a lei formaliza o conteúdo desta norma, acaba fixando e, conseqüentemente, restringindo o sentido da norma ao sentido definido pela lei. Além disso, as normas constitucionais têm diferentes graus de aplicabilidade, sendo que algumas delas dependem da integração legislativa para terem sua aplicabilidade completa.

A interpretação normativa não   exclusividade do Poder Legislativo, tendo também o Poder Executivo participação, seja diretamente, quando da edição de medidas provisórias (art. 62), ou indiretamente, pela elaboração de leis delegadas (art. 68) ou quando da expedição de decretos-regulamentares (art. 84, IV).

V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.

.....
¹⁴⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudanç a da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986. Pág. 65.

A interpretação normativa é vinculante, porém não é definitiva, já que pode ser contestada judicialmente pelo Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade. Além disso, o próprio legislador não está vinculado às normas anteriores, sendo livre para alterá-las, independentemente de justificativa (respeitando, é claro, a hierarquia das normas constitucionais).

Um exemplo de Mutação Constitucional por via normativa foi o voto feminino, instituído no Brasil, no ano de 1932, pelo artigo 2º do Código Eleitoral (Decreto n  21.076)¹⁴⁶, que alterou o sentido do artigo 70 da Constitui o de 1891¹⁴⁷. Antes do referido decreto, era consensual a interpreta o de que as mulheres não estariam incluídas entre os eleitores.

3.5.4 Muta o Constitucional via prática social-política

Os costumes constitucionais têm um importante papel nos países de Constitui o costumeira (conforme Item 3.2.1), porém sua existência nos Estados de Constitui o escrita e rígida   tema bastante pol mico na doutrina.

A Constitui o do Brasil   escrita e rígida, de modo que somente são consideradas constitucionais as normas extraídas do texto constitucional. Porém, existe uma série de práticas sócio-políticas que complementam, interpretam e, em alguns casos, alteram as normas constitucionais. Tais práticas sociais-políticas podem ser classificadas em três tipos: os usos constitucionais, as conven es constitucionais e os costumes constitucionais.

Os **Usos Constitucionais** são condutas praticadas reiteradamente pelos órgãos aplicadores da Constitui o a ponto de se constituir um padrão, mas que não geram um sentimento de obrigatoriedade aos seus praticantes, ou seja, apesar de repetidamente cumpridos, a qualquer momento poderão deixar de s -lo sem que alguém considere isso uma viola o da Constitui o. Por sua vez, as **Conven es Constitucionais** são acordos dos  rg os

¹⁴⁶ Art. 2º   eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distin o de sexo, alistado na forma deste Código.

¹⁴⁷ Art. 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei.

  1º - Não podem alistar-se eleitores para as elei es federais ou para as dos Estados:

1º) os mendigos;

2º) os analfabetos;

3º) as praças de pr , excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior;

4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congrega es ou comunidades de qualquer denomina o, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual.

  2º - São inelegíveis os cidadãos não alistáveis.

aplicadores da Constituição que são praticados reiteradamente. Assim como os usos constitucionais, as convenções constitucionais também não geram convicção generalizada de obrigatoriedade, podendo seus praticantes deixar de cumpri-los sem que isso seja considerado inconstitucional. Deste modo, concluímos que os usos e convenções constitucionais, por ausência de carga deôntica, não poderiam ser consideradas “normas em sentido material”.

Diferente é a situação dos **Costumes Constitucionais**, que são a “prática reiterada, repetida, uniforme de um certo comportamento, aliado à convicção generalizada de sua obrigatoriedade”¹⁴⁸. Além disso, os costumes constitucionais são um consenso na sociedade (não apenas entre seus praticantes), ou seja, dele decorrerá repercussões no caso de ser descumprido pelos órgãos aplicadores da Constituição. Conclui-se, dessa forma, que os Costumes Constitucionais (assim definidos) possuem carga deôntica e, decorrente disso, são “normas constitucionais em sentido material”.

Ocorre que, “num regime de Constituição rígida só é constitucional o que consta explícita ou implicitamente de seu texto”¹⁴⁹, sendo assim, não basta que tais costumes sejam materialmente constitucionais, mas também devem guardar alguma relação com os enunciados extraídos da Constituição formal. Por exemplo, o costume constitucional de que os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal deveriam ser eleitos dentre os parlamentares componentes do partido com a bancada de maior representação na respectiva casa tinha como base o artigo 58, parágrafo primeiro, da Constituição. Um costume com conteúdo materialmente constitucional, por mais reiterado que seja, mesmo com convicção generalizada de sua obrigatoriedade, se não for ancorado em uma disposição formal da Constituição não deverá ser considerado constitucional. “Logo, pode haver prática costumeira, prática reiterada, não vedada pela Constituição, que preencha alguma função não estabelecida nela. Mas não se tratará de regra constitucional”¹⁵⁰. José Afonso reconhece apenas a existência de convenções constitucionais, mas que, segundo ele, “quase sempre importam desvios da reta compreensão das normas constitucionais”, como o voto de liderança nas casas legislativas (contrariando o art. 47), abuso das medidas provisórias (sem relevância

¹⁴⁸ ZANDONADE, Adriana. **Mutação Constitucional**. Revista de Direito. Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 9, n. 35, p. 205, abril/junho, 2001. Pág. 221.

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Mutaciones Constitucionales. **Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, vol 1, julho/dezembro, 1999.

¹⁵⁰ SILVA, José Afonso da. Mutaciones Constitucionales. **Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, vol 1, julho/dezembro, 1999.

e urgência, apesar do art. 62) e a representação corporativa (bancadas temáticas, em detrimento do regime partidário, previsto no art. 45).

Em suma, concluímos que, no caso Brasileiro, somente podem ser considerados como parte da Constituição os costumes constitucionais (práticas sociopolíticas reiteradas e uniformes, com conteúdo materialmente constitucional e convicção generalizada de sua obrigatoriedade) que decorra implicitamente do texto constitucional.

Considerando que os Costumes Constitucionais decorrem implicitamente do texto constitucional e são uma prática social, ou seja, alteram-se com o passar do tempo, são uma via de mudança na Constituição sem alteração do texto. A doutrina em geral apresenta como exemplos de Costumes Constitucionais a possibilidade do Poder Executivo recusar a aplicação de lei considerada por ele inconstitucional e a aprovação simbólica no Poder Legislativo¹⁵¹, bastando a manifestação da liderança dos partidos – tais práticas não estão no texto constitucional, mas são reiteradas e impõem convicção de obrigatoriedade. Um exemplo de Mutação Constitucional por via dos costumes foi a mudança na forma de escolha do presidente das casas legislativas: a prática comum por décadas foi a de que a maior bancada¹⁵² indicaria o Presidente das casas legislativas, porém a partir dos anos 90 este costume foi alterado e a escolha do Presidente passou a ocorrer por eleição simples, possibilitando a eleição de presidentes não oriundos da maior bancada.

Por fim, é importante destacar que existem três espécies de Costume Constitucional: *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*. A primeira espécie, o costume *secundum legem* confunde-se com as normas constitucionais, uma vez que se trata da prática aceita pela maioria dos intérpretes. A segunda espécie, o costume *praeter legem*, surge no sentido de preencher alguma lacuna, ou seja, contribui para completar a Constituição¹⁵³. Por fim, a

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁵² Conjunto de parlamentares pertencentes ao mesmo partido.

¹⁵³ O Poder Constituinte eventualmente deixou algumas “lacunas” no texto constitucional. Essas “lacunas” seriam temas materialmente constitucionais, mas que não foram devidamente positivados na Constituição Formal. Eventualmente alguns destes temas foram delegados diretamente pela Constituição para a normatização infraconstitucional, como no caso do Código Eleitoral (art. 22, I) ou os regimentos do Congresso Nacional (art. 51, III, art. 52, XII, art. 57, §3º, II) ou dos tribunais (art. 96, I, “a”).

Por outro lado, existem temas que, além de não terem sido tratados pela Constituição, também não foram expressamente atribuídos a normatização por outro órgão instituído. Alguns identificariam tais temas, simplesmente, como “lacunas” na Constituição. Karl Loewenstein (cf. SILVA, José Afonso da. *Mutaciones Constitucionales*. **Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, vol 1,

terceira espécie, o costume *contra legem*, afronta diretamente o texto constitucional, não apenas pela prática contrária, mas também pela omissão e desuso de normas da Constituição. O costume *contra legem* inclui-se nas modalidades de Mutações Inconstitucionais.

3.6 Limites da Mutação Constitucional

Assim como a Mutação Constitucional tem fundamento em uma das características da Constituição, ou seja, na maleabilidade de suas normas, as demais características (Supremacia e Força Normativa) são o que estabelecem seus limites.

Da Supremacia da Constituição decorrem os limites formais (o respeito ao texto) e materiais (respeito ao espírito da Constituição) da Mutação Constitucional.

Com relação aos limites formais, a Mutação Constitucional está limitada pelas possibilidades semânticas do texto, caso contrário, não há Constituição. Se fosse possível que cada intérprete atribuisse absolutamente qualquer sentido ao texto legal, estariam desvinculando-se da obra do Poder Constituinte. De fato, os signos possuem vários significados, porém estes significados não são infinitos e o intérprete deve se ater a eles. Em suma, “onde a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma termina ou onde uma determinada Mutação Constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma, terminam as possibilidades da interpretação da norma e, com isso, as possibilidades de uma Mutação Constitucional”¹⁵⁴.

julho/dezembro, 1999) distingue essas lacunas em duas espécies: as lacunas constitucionais descobertas e as lacunas constitucionais ocultas. No caso das lacunas descobertas, ocorre que, muitas vezes, os “vazios” constitucionais foram uma opção do Poder Constituinte, que decidiu deliberadamente por deixar tais temas para a complementação infraconstitucional. Dessa forma, considerando que o sistema jurídico tem plenas condições para preencher o vazio, não há que se falar em “lacuna” (cuja definição dada por Celso Bastos é “falha do sistema jurídico, que o revela incompleto e incapaz de regular expressamente a totalidade das relações em sociedade”). Sendo assim, em alguns casos, se há lacuna em um determinado tema, a falha não necessariamente reside na Constituição, mas na norma infraconstitucional que seria competente para preencher o vácuo deliberadamente colocado à sua disposição pelo Poder Constituinte.

Diferente seria o caso das lacunas constitucionais ocultas, sendo que, na verdade, o Poder Constituinte não previu, à época, a necessidade de regular um tema em particular, porém no futuro tal omissão prejudicou o adequado funcionamento do sistema. Nesta linha, Celso Bastos exemplifica o caso em que a proteção à intimidade, prevista no artigo 5º, inciso X, foi redigida de forma que apenas a “casa” é considerada asilo inviolável, havendo omissão da Constituição em determinar outros ambientes, além da casa, que também são igualmente fundamentais para a efetiva proteção da intimidade, como é o caso do local de trabalho do indivíduo. Conclui-se, dessa forma, que as lacunas constitucionais ocultas são verdadeiras lacunas. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

¹⁵⁴ Konrad Hesse apud SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2007. Pág. 298.

Os limites materiais à Mutação Constitucional são os princípios estruturais da Constituição, aqueles “princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição”¹⁵⁵. A Constituição é um sistema aberto de normas e princípios, mas sua abertura não permite que tais normas e princípios sejam desconsiderados. Desta forma, a mutação deve se ater aos objetivos fundamentais do Poder Constituinte, não sendo legítima a mutação que interprete suas disposições em sentido contrário.

Por também existem limites à Mutação Constitucional decorrentes da Força Normativa da Constituição, ou seja, não são possíveis alterações nas normas constitucionais que retirem ou prejudiquem sua eficácia, os quais denominamos como limites lógico-hermenêuticos da Mutação Constitucional. Considerando que, em última instância, a Mutação Constitucional é o resultado de um processo interpretativo, para que seu resultado seja coerente é necessário obedecer aos quatro postulados básicos, conforme definidos por Celso Bastos: supremacia (interpretação a partir da Constituição em direção ao ordenamento e não o contrário), unidade (não deve haver contradição entre a norma mutada e as demais), máxima efetividade (a norma mutada não pode enfraquecer a carga material da Constituição) e harmonização (a norma mutada não pode excluir ou se permitir ser excluída por outra norma).

Conforme definimos anteriormente, Mutação Constitucional é a mudança de uma norma constitucional sem alteração do texto, respeitando a letra e o espírito da Constituição. Por sua vez, Mutação Inconstitucional é o processo de alteração formal da Constituição que ultrapassa os limites da Mutação, sejam limites formais (violando o texto), limites materiais (desacordo com os princípios estruturais da Constituição) ou limites lógico-hermenêuticos (de alguma forma retirando ou prejudicando a eficácia das normas constitucionais). Sendo a Mutação inconstitucional, então ela não é adequada do ponto de vista jurídico, devendo ser combatida pelo sistema.

Existem duas formas de Mutação Inconstitucional: os processos manifestamente inconstitucionais e os processos anômalos¹⁵⁶. Os processos manifestamente inconstitucionais são aqueles que abertamente agredem ou a letra ou o espírito da Constituição. Por sua vez, os

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. Pág. 127.

¹⁵⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

processos anômalos são pouco evidentes, já que, em geral, constituem-se de práticas que paralisam ou impedem a aplicação integral da Constituição.

3.6.1 Processos manifestamente inconstitucionais

Os processos manifestamente inconstitucionais são aqueles que abertamente agridem a letra ou o espírito da Constituição. Tais processos podem decorrer por qualquer das vias de concretização: atos normativos, atos administrativos, decisões judiciais ou práticas sociais-políticas.

Os processos manifestamente inconstitucionais concretizados por atos normativos, atos administrativos e práticas sociais-políticas estão sujeitos ao controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, através de Ação Direta de Constitucionalidade. Adicionalmente, os atos normativos do Presidente da República, também estão sujeitos ao controle do Congresso Nacional, que os poderá sustar quando exorbitarem seu poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa, conforme artigo 49, inciso V, da Constituição. Com relação às práticas sociais-políticas, além do controle de constitucionalidade, o Poder Legislativo pode reverter a “inconstitucionalidade” da mutação promulgando uma lei que regulamente a situação (desde que não usurpe a independência orgânica dos demais Poderes).

Com relação aos processos manifestamente inconstitucionais concretizados via decisão judicial, seu controle de constitucionalidade também competirá ao Supremo Tribunal Federal, e será feito por meio de Recurso Extraordinário. Não existe, porém, uma medida típica para impedir a mutação inconstitucional quando concretizada por decisão judicial do próprio Supremo Tribunal Federal. Neste caso, a atuação do Poder Legislativo poderia ser uma alternativa, promulgando uma nova lei que buscasse regulamentar a situação da qual decorra a mutação inconstitucional (o que nem sempre será possível, uma vez que algumas disposições constitucionais não são passíveis de regulamentação).

3.6.2 Processos anômalos

Os processos anômalos são menos perceptíveis e, em geral, são práticas que paralisam ou impedem a aplicação integral da Constituição. Os processos anômalos se subdividem em (i)

Inércia no Plano Constitucional, (ii) *Desuso no Plano Constitucional* e (iii) *Mudança Tácita da Constituição*.¹⁵⁷

A Inércia no Plano Constitucional é uma mudança informal da Constituição decorrente da omissão em sua execução. Trata-se da “não aplicação *intencional, provisória* mas *prolongada*, das disposições constitucionais pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução”.¹⁵⁸

Semelhante é o Desuso no Plano Constitucional, que “consiste na inobservância (a) consciente, (b) uniforme, (c) consentida, (d) pública e (e) reiterada, por longo tempo de uma disposição constitucional”¹⁵⁹. O fundamento principal que distingue o *Desuso* da *Inércia* não é apenas a permanência daquela em contraste com a provisoriedade desta, mas a intenção de que assim continue. Excetuando-se esta diferença, o resultado da Inércia e do Desuso é o mesmo: a paralisação do uso da norma constitucional.

Por fim, o terceiro processo anômalo é a Mudança Tácita da Constituição, que é o resultado de um defeito em uma mudança formal da Constituição. A falha técnica na alteração formal pode provocar contradição ou incerteza na estrutura do texto. Decorrente de tal falha ocorre a interpretação anômala, com resultado inconstitucional.

A medida contra os processos anômalos é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, conforme artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição. Caso a omissão resulte de inércia do Supremo Tribunal Federal, a única alternativa restante seria denunciar os ministros do STF, perante o Senado Federal, por crime de responsabilidade, conforme o artigo 39, itens “3” e “4”, da Lei nº 1.079/50¹⁶⁰.

¹⁵⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

¹⁵⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986. Pág. 230.

¹⁵⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986. Pág. 234.

¹⁶⁰ Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

.....

3 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo;

4 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo;

.....

3.7 Fechamento

Em síntese, conceituamos **Mutação Constitucional** como a mudança de sentido (norma) de um enunciado constitucional sem que tenha ocorrido alteração no(s) texto(s) de onde ele tenha sido extraído. Tal alteração informal da Constituição em geral é impulsionada por um fator externo (mudança de valores) que incide sobre algumas características da Constituição (linguagem rica em conceitos não-jurídicos, cujos significados são bastante imprecisos, seu caráter sintético e suas lacunas e omissões).

A aferição de Mutação Constitucional (que pode se concretizar mediante decisão judicial, ato administrativo, ato normativo ou prática social-política) pode ser verificada pela existência de três **requisitos**:

- a) Alteração do sentido, significado ou alcance da norma constitucional;
- b) Respeito à letra e ao espírito da Constituição; e
- c) Não se processar por meio de emenda constitucional (ou revisão).

A Mutação Constitucional tem limites formais (respeito às possibilidades semânticas do texto), materiais (respeito ao espírito da Constituição) e limites lógico-hermenêuticos (respeito aos quatro postulados básicos de Celso Bastos), que, se ultrapassados, resultam na **mutação inconstitucional**.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais são tema indissociável da Constituição, tanto o é que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Francesa, de 1789) arriscava proclamar que:

Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

No entanto, mais do que um simples objeto previsto pela Carta Magna, os Direitos Fundamentais têm função bastante ativa, seja nas relações sociais, seja na estrutura normativa do ordenamento jurídico e da própria Constituição. Neste sentido, os Direitos Fundamentais não sofrem apenas os reflexos da Mutação Constitucional, como são causadores delas. Antes de nos aprofundarmos sobre as relações entre Direitos Fundamentais e Mutação Constitucional (que será objeto do Capítulo 5, seguinte), faz-se necessário delimitar nosso conceito e entendimento sobre Direitos Fundamentais.

4.1 Direitos Fundamentais e Direitos Humanos

Os Direitos Fundamentais são intimamente relacionados e derivados dos Direitos Humanos, mas sem se confundirem com eles.

Os Direitos Humanos são resultados de um longo processo histórico: sua concepção inicial e consolidação ocorreram de diferentes maneiras ao redor do mundo, mas seguindo um padrão similar. Todos os processos foram fruto de reivindicações e lutas, combinando fatores objetivos e subjetivos (que se autoinfluenciam e impulsionam em uma relação dialética). A consolidação dos Direitos Humanos ocorreu (e ocorre) em três etapas: gestação (tanto a formação teórica, quanto as lutas e exigências), declaração (positivação) e internacionalização (afirmação mundial).

Norberto Bobbio¹⁶¹ faz uma clara distinção entre “direitos morais” e direitos jurídicos; para ele, os “direitos morais” não são direitos em sentido estrito, uma vez que não têm força coercitiva, sendo meras exigências ou aspirações a direitos. De acordo com Norberto Bobbio, o uso do termo “direito” implica a existência de um sistema normativo que o reconheça e o

¹⁶¹ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2004.

garanta, enquanto as “exigências” são meras aspirações a direito, mas ainda sem um ordenamento jurídico que as proteja. Dessa forma, podemos entender que os Direitos Humanos, em princípio são meras “exigências”, que dependem do reconhecimento pelo direito interno dos países para ter normatividade.

Neste sentido, Canotilho¹⁶² diferencia Direitos Humanos e Direitos Fundamentais da seguinte forma: “Direitos do Homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); Direitos Fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalizados garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da sua própria natureza e daí o seu carácter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. Obviamente o entendimento de que existam direitos universais válidos “para todos os povos e em todos os tempos” parte de uma particular concepção jurídico-filosófico Jusnaturalista, sendo mais correto (em nosso entendimento) afirmar que os Direitos Humanos têm a pretensão de universalidade, mas não são universais¹⁶³. Dessa forma, acompanhamos o entendimento pelo qual os Direitos Humanos, em geral, estão hospedados nos tratados e convenções internacionais, sendo um objeto do Direito Internacional e tendo função translativa, enquanto os Direitos Fundamentais estão hospedados na Constituição, sendo uma norma de direito interno, tendo função normogênica¹⁶⁴.

Em suma, Direitos Humanos são *gênero* do qual os Direitos Fundamentais são *espécie* (Direitos Humanos positivados no direito interno). Essa relação entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais não é apenas doutrinária, visto que a própria Constituição de 1988 os relaciona diretamente, como pode ser atestado no artigo 4º, inciso II, e no artigo 5º, Parágrafo Terceiro.

¹⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁶³ A efetiva universalidade dos Direitos Humanos dependeria do reconhecimento de tais direitos pelos ordenamentos internos, convertendo-se em Direitos Fundamentais, ou do estabelecimento de uma ordem internacional dotada de mecanismos coercitivos a serem impostos aos países que violassem os Direitos Humanos.

¹⁶⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

4.2 Definição de Direitos Fundamentais

Segundo José Afonso da Silva¹⁶⁵, os Direitos Fundamentais “são aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. Para Vidal Serrano¹⁶⁶, a finalidade dos Direitos Fundamentais é “a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade¹⁶⁷)”.

De acordo com Rui Barbosa¹⁶⁸, existem “no texto da lei fundamental, as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*: ocorrendo o não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito”. Deste modo, entendemos que o gênero “Direitos Fundamentais *latu sensu*” é composto por duas espécies (Direitos Fundamentais *strictu sensu* e Garantias Fundamentais): os Direitos Fundamentais *strictu sensu* são os Direitos subjetivos declarados (por exemplo, o Direito à Liberdade, o Direito ao Voto, etc); enquanto as Garantias Fundamentais são os institutos e instituições assecuratórios daqueles Direitos declarados (por exemplo, o *Habeas Corpus*, os partidos políticos etc). Neste trabalho, sempre que nos referimos aos Direitos Fundamentais, estamos querendo apontar os Direitos Fundamentais *latu sensu*.

4.3 Os Direitos Fundamentais e a Constituição Federal de 1988

Partindo de um ponto de vista formal, no ordenamento jurídico interno Brasileiro os Direitos Fundamentais são aqueles assim definidos pela Constituição. Deste modo, é inquestionável que são fundamentais aqueles direitos constantes do Título II da Constituição Federal: DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. Além disso, de acordo com o Artigo 5º, Parágrafo Segundo, a lista de Direitos do Título II não é exaustiva e existem outros direitos

¹⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012. Pág. 178.

¹⁶⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 71-72.

¹⁶⁷ Ou Fraternidade.

¹⁶⁸ BARBOSA, Rui. **República: Teoria e Prática: Textos Doutrinários sobre Direitos Humanos e Políticos Consagrados na Primeira Constituição Republicana**; Sel. e coord. Hildon Rocha. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1978. Pág. 124.

fundamentais decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, bem como dos tratados internacionais que tiverem a adesão do Brasil:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Diante disso, podemos conceber que existem três modalidades de Direitos Fundamentais: os Direitos Fundamentais expressos, os Direitos Fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição (também chamados “implícitos”) e os Direitos Fundamentais decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Os Direitos Fundamentais expressos são todos aqueles listados no Título II da Constituição, ou seja os artigos 5º até o 17. Nesta modalidade incluem-se não apenas os chamados Direitos Individuais e Coletivos, mas também os Direitos Sociais, os Direitos de Nacionalidade e as garantias (institutos e instituições) assecuratórias daqueles Direitos.

Os Direitos Fundamentais implícitos são aqueles direitos, não listados nos artigos 5º ao 17, mas que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou seja, que guardam relação direta com os artigos 1º ao 4º da Carta Maior (como por exemplo, o princípio da anterioridade tributária, estabelecido no art. 150, III, CF).

Por fim, existem Direitos Fundamentais decorrentes das convenções e tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Atualmente (desde a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004), a integralização de tratados internacionais sobre Direitos Humanos no Direito Brasileiro segue o rito estabelecido pelo Artigo 5º, Parágrafo Terceiro¹⁶⁹, da Constituição, sendo que, após sua celebração pelo Presidente da República, estes tratados dependem de sua aprovação, pelo Congresso Nacional, em dois turnos e por maioria qualificada de três quintos dos votos dos membros de cada casa (mesmo trâmite das emendas constitucionais). O rito atual, estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45/04, concedeu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos o *status* equivalente ao das

¹⁶⁹ Art. 5.

.....
§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Emendas Constitucionais, de modo que os Direitos Fundamentais deles decorrentes, além de materialmente constitucionais, também são formalmente constitucionais¹⁷⁰.

A introdução do Artigo 5º, Parágrafo Terceiro, gerou uma antinomia com relação à hierarquia dos tratados de Direitos Humanos, uma vez que gerou indefinição com relação aos tratados e convenções integralizados pelo rito anterior (segundo o artigo 84, inciso VIII, após sua celebração pelo Presidente da República, os tratados internacionais eram referendados pelo Congresso Nacional, mediante aprovação por maioria simples de cada casa, nos termos do artigo 47).

Em primeiro lugar, entendemos que a elevação de quórum para a integralização de tratados de Direitos Humanos tem constitucionalidade altamente duvidosa, uma vez que, por via de reforma, a aquisição de Direitos Fundamentais foi restringida¹⁷¹. Em segundo lugar, entendemos que os tratados e convenções incorporados ao direito interno antes da Emenda Constitucional nº 45/04 estão submetidos exclusivamente ao regime do Artigo 5º, Parágrafo Segundo, da Constituição, de modo que os Direitos Fundamentais introduzidos em tais documentos internacionais, ainda que não sejam formalmente constitucionais, permanecem materialmente constitucionais, estando plenamente protegidos em virtude de tal caráter.

Deste modo, o critério meramente formal é insuficiente para identificar todos Direitos Fundamentais, sendo necessário estabelecer um critério material¹⁷². O critério material adotado é dúplice: atributos e fundamento. Os atributos dos Direitos Fundamentais são os elementos que permitam que sejam identificados entre si como uma mesma classe de direitos,

¹⁷⁰ É importante esclarecer que, com relação à hierarquia dos tratados internacionais, existem diversas teorias, havendo quem entenda pela natureza supraconstitucional dos tratados (Celso Albuquerque de Mello), pela natureza constitucional (Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade, Canotilho e Luiz Guilherme Arcaro Conci), pela natureza infraconstitucional, porém suprallegal (Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes, Roberto Baptista Dias da Silva e atualmente majoritária na jurisprudência do STF), e pela natureza equivalente à lei ordinária (Alexandre de Moraes e a majoritária na antiga jurisprudência do STF). Por não se tratar do tema principal deste trabalho, não aprofundaremos a distinção entre as teorias (e seus fundamentos), apenas declaramos nossa adesão à teoria da hierarquia constitucional dos tratados. Para mais: PIOVESAN, Flavia Cristina. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁷¹ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Controle de Convencionalidade e Constitucionalismo Latino-Americano**. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012. e GONÇALVES, Mariana Marchina. **A Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil e a Emenda Constitucional nº 45/2004**. Monografia de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Constitucional). Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2011.

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

diferenciando-os dos demais (definidas no Item 1.3.1). Já o fundamento comum, é o elemento que os torna efetivamente Fundamentais (definidas no Item 1.3.2).

4.3.1 Características dos Direitos Fundamentais

Para que sejam considerados como objetos de uma mesma classe, cada um de seus objetos deve possuir um atributo: uma característica comum, uma propriedade idêntica que os diferencie dos demais¹⁷³. Sendo assim, para serem considerados como uma categoria jurídica específica, todos os Direitos Fundamentais devem deter um conjunto de características que os permita identificar como tal, e diferenciá-los dos demais (este conjunto de características é o atributo desta classe). Conforme vimos anteriormente (Item 4.1), os Direitos Fundamentais são uma espécie de um gênero maior, os Direitos Humanos, de modo que, como subclasse, têm as mesmas características destes (o mesmo atributo). Sendo assim, partimos das características dos Direitos Humanos para depois definir as dos Direitos Fundamentais.

Na doutrina diversos autores apresentam caracterizações dos Direitos Fundamentais. José Afonso da Silva¹⁷⁴ aponta cinco características: Historicidade, Inalienabilidade, Imprescritibilidade e Irrenunciabilidade. Com relação a esta classificação, entendemos que a Inalienabilidade e a Irrenunciabilidade são temas que guardam mais relação com o regime jurídico que rege os Direitos Fundamentais do que com suas características. Mesmo assim, a eventual irrenunciabilidade é altamente questionável, uma vez que o não-exercício de um Direito Fundamental é (i) uma manifestação do próprio Direito Fundamental, combinado com seu direito à liberdade (por exemplo, a Liberdade Religiosa é a liberdade, inclusive, de não ter religião), e também pode ser (ii) uma auto-restrição do Direito Fundamental, permitindo conscientemente a interferência (por exemplo, quando alguém dá o consentimento para que o agente público ingresse em sua casa mesmo sem determinação judicial). Além do mais, como apontam diversos autores (Pedro Adamy¹⁷⁵, Jorge Reis Novais¹⁷⁶, Roberto Baptista Dias Silva¹⁷⁷, Virgílio Afonso da Silva¹⁷⁸), é possível a renúncia de Direito Fundamental, desde

¹⁷³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2011.

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹⁷⁵ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia à Direito Fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

¹⁷⁷ SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Uma Visão Constitucional da Eutanásia**. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007.

¹⁷⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

que respeitando certos limites (Pedro Adamy¹⁷⁹, por exemplo, aponta como limites absolutos: o conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais, as regras constitucionais e as proteções institucionais; e como limites relativos: a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade, o livre desenvolvimento da atividade profissional ou econômica, a segurança jurídica e o princípio da capacidade contributiva). Uma vez sendo possível a renúncia a Direito Fundamental, o mesmo raciocínio se aplica à sua alienabilidade.

Além disso, com a devida vênia a José Afonso da Silva, consideramos a caracterização incompleta. Vidal Serrano¹⁸⁰, por sua vez, lista seis características intrínsecas (Historicidade, Autogeneratividade, Universalidade, Limitabilidade, Irrenunciabilidade e Concorrência) e três características extrínsecas (Rigidez Constitucional, Direitos e Garantias Fundamentais positivados em cláusulas pétreas e Aplicabilidade Imediata). Apesar de nos aproximamos mais à caracterização de Vidal Serrano, também apresentamos algumas divergências: entendemos que a Limitabilidade e a Concorrência não são características dos Direitos Fundamentais, mas sim das normas que os abrigam (normas-princípio, conforme Item 1.3.2) e consideramos que as características extrínsecas apontadas são específicas ao ordenamento Brasileiro, sendo possível encontrar Direitos Fundamentais em outros ordenamentos mesmo sem tais aspectos.

Assim concluímos que as principais características dos Direitos Humanos são as seguintes: Historicidade; Autogeneratividade; Universalidade; e Imprescritibilidade. Eis que, por serem os Direitos Fundamentais uma espécie do gênero maior Direitos Humanos, aqueles detêm todas as características destes, porém com um adicional, que é uma característica específica que os diferencia (caso contrário, seriam uma única categoria). A característica diferenciadora é o reconhecimento pelo Direito interno.

Em suma, o atributo dos Direitos Fundamentais (que os define como classe) é possuírem as seguintes características:

- a) **Historicidade:** Os Direitos Humanos surgiram em decorrência de um processo histórico e se modificam conforme sua evolução. Além disso, os Direitos Humanos são entendidos diversamente, variando conforme o tempo ou local, em suma, são

¹⁷⁹ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia à Direito Fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁸⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

direitos históricos. Esta característica impede que direitos de natureza meramente circunstanciais sejam apresentados como Direitos Fundamentais;

- b) **Autogeneratividade:** Os Direitos Humanos não surgem apenas em decorrência de sua positivação pelas constituições, mas são também parte dos fundamentos e razão de ser das constituições¹⁸¹, sendo assim, são direitos autogerados. No caso do Brasil, a Autogeneratividade é a relação direta entre os Direitos Fundamentais com os Princípios Fundamentais da Constituição, dos quais os Direitos são sua densificação. Decorrente deste entendimento, conclui-se que Direitos Fundamentais são indivisíveis e interdependentes, uma vez que a pessoa humana é composta por diversas dimensões, seja como indivíduo, como membro de uma coletividade, como trabalhador, como idoso etc (nenhuma pessoa é completa se despida de qualquer uma destas dimensões). A Autogeneratividade é uma característica que afasta da classificação de fundamentais aqueles outros direitos que não guardarem alguma relação com o fundamento da Constituição (este tema será desenvolvido mais profundamente no Item 4.3.2 a seguir);
- c) **Universalidade:** Os Direitos Humanos têm a pretensão de universalidade¹⁸², sendo destinados a todos os seres humanos. No caso dos Direitos Fundamentais, a universalidade fica limitada ao âmbito de influência do ordenamento jurídico Brasileiro. Esta característica veda a atribuição de Direitos Fundamentais a grupos específicos (em detrimento dos demais) sem que haja um critério de Igualdade Material para justificar tal diferenciação. O conceito de Igualdade Material é aquele que permite o tratamento diferenciado apenas se for para privilegiar as pessoas ou grupos desfavorecidos, para, com isso, alçá-los ao equilíbrio social (“combate aos fatores reais de desigualdade”)¹⁸³. Com base no critério da Igualdade Material, torna-

¹⁸¹ Conforme já preconizava, em 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, só tem Constituição a sociedade a qual estejam assegurados os Direitos e em que esteja estabelecida a separação dos Poderes.

¹⁸² A universalidade dos Direitos Humanos é uma mera pretensão, uma vez que os Direitos Humanos, por estarem hospedados em tratados e convenções internacionais, para deixarem de ser meras exigências, dependem da sua positivação pelo Direito Positivo interno de cada país, ou seja, ainda que tenha como destinatários todos os seres humanos, os Direitos Humanos são exigíveis apenas nos locais em que integram o ordenamento jurídico.

¹⁸³ Tal privilégio de pessoas ou grupos desfavorecidos pode ocorrer, mas não de maneira arbitrária, sendo que “há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas ou uma pessoa futura e indeterminada. II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator ‘tempo’ – que não descansa no objeto – como fator diferencial. III – A norma atribui tratamento jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímén* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímén* estabelecido conduz a eleitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses

se possível estabelecer Direitos Fundamentais para proteger categorias determinadas como crianças, mulheres, idosos, mas não para proteger “empresários”, “arianos”, “ricos” etc.

- d) **Imprescritibilidade:** Por serem intrínsecos aos seres humanos, os Direitos Humanos são imprescritíveis e não deixam de ser exigíveis em razão de sua não utilização;
- e) **Reconhecimento pelo Direito Interno:** Esta característica já foi apresentada anteriormente, trata-se do critério formal exposto no Item 4.3: o que no caso Brasileiro são os Direitos Constantes da lista do Título II da Constituição, ou que atendam ao disposto no Artigo 5º, Parágrafos Segundo e Terceiro.

4.3.2 Fundamento dos Direitos Fundamentais

Para Carl Schmitt¹⁸⁴, os Direitos Fundamentais são aqueles que pertencem ao fundamento do Estado, ou seja, em um Estado Liberal, serão fundamentais as Liberdades Individuais, mas em um Estado Social, os Direitos Sociais também são Fundamentais. Nessa linha, o Fundamento dos Direitos Fundamentais é o mesmo fundamento da República Federativa do Brasil, ou seja, os Princípios Fundamentais assim definidos no Título I da Constituição (arts. 1º ao 4º).

O artigo 1º da Constituição declara que o Brasil é uma Federação, constituída como Estado de Direito e que tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da iniciativa e o pluralismo político. Enfim, o Parágrafo Único do artigo 1º confirma que o Brasil é uma Democracia.¹⁸⁵ Todos os Direitos Fundamentais cujo núcleo central seja a “liberdade” (ou seja, a abstenção do Estado em interferir em seu usufruto, salvo se for em sua defesa) têm como fundamento os valores dispostos no Artigo 1º,

prestigiados constitucionalmente. V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2006. Págs. 47-48.

¹⁸⁴ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927.

¹⁸⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

assim como os Direitos de Nacionalidade. Os Direitos Políticos, por sua vez, derivam diretamente do Parágrafo Único do Artigo 1º.

Já o artigo 2º da Constituição consagra a separação dos Três Poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.¹⁸⁶ Trata-se do fundamento dos Direitos Políticos e das garantias fundamentais relacionadas, como os Capítulos IV e V do Título II da Constituição.

O artigo 3º define os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que devem ser prioritariamente perseguidos por todos os governos, em quaisquer instâncias, e por todos os órgãos públicos de todos os Poderes: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁸⁷ Trata-se do fundamento dos Direitos Fundamentais dos quais há necessidade de uma atuação positiva do Estado, sendo que seu núcleo central é a “igualdade”.

Por fim, o artigo 4º da Constituição estabelece os princípios que devem guiar a política externa do Brasil: independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não-intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; e concessão de asilo político. O Parágrafo único deste artigo aponta ainda um objetivo, a “formação de uma comunidade latino-americana de nações” como resultado da “integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina”.¹⁸⁸ Podemos entender que o artigo 4º da Constituição é o fundamento de todos os Direitos Fundamentais cujo núcleo central seja a “fraternidade”.

¹⁸⁶ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁸⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁸⁸ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

4.4 Fechamento

Assim, concluímos que os Direitos Fundamentais podem ser identificados pela combinação de um critério formal e um critério material:

- a) O critério formal estabelece que são Direitos Fundamentais aqueles que assim estejam formalmente indicados na Constituição (Título II e o art. 5º, §2º), o que inclui, não apenas os Direitos Fundamentais Expressos, mas também os Direitos Fundamentais Implícitos e os Direitos Fundamentais decorrentes dos Tratados Internacionais dos quais o Brasil seja signatário;
- b) O critério material estabelece que são Direitos Fundamentais aqueles que detêm o atributo específico da classe, representado pelas características definidas no Item 4.3.1 como: Historicidade, Autogeneratividade, Universalidade e Imprescritibilidade;
- c) Diretamente decorrente do critério material, mais especificamente da característica da Autogeneratividade, concluímos adicionalmente que são Direitos Fundamentais aqueles que pertençam ao fundamento do Estado Brasileiro (conforme Título I da Constituição).

Sendo assim, ficando estabelecido nosso objeto, passaremos no capítulo seguinte a examinar a relação entre os Direitos Fundamentais e a Mutação Constitucional.

-
- VII - solução pacífica dos conflitos;
 - VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
 - IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
 - X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

5. ESPECIFICIDADES DAS ALTERAÇÕES INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO ENVOLVENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os enunciados que contém normas de Direitos Fundamentais condensam diversas características (já elencadas nos capítulos anteriores), sendo, ao mesmo tempo, elementos de limitação e de estímulo às alterações das normas constitucionais, além de constituírem os principais vetores de sua interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, gerando reflexos em todo o sistema jurídico.

Decorrente disso, podemos vislumbrar três situações particulares: a maleabilidade das próprias normas de Direitos Fundamentais (que influenciam, inclusive, na determinação do sentido de outros enunciados constitucionais); as alterações constitucionais (formais e informais) causadas pelos Direitos Fundamentais; e as alterações infraconstitucionais causadas pelos Direitos Fundamentais. A seguir, abordemos individualmente cada uma destas situações:

5.1 Maleabilidade das Normas de Direitos Fundamentais

Conforme vimos anteriormente, a **Maleabilidade** não é uma exclusividade das normas de Direitos Fundamentais, sendo uma característica presente em diversas outras normas constitucionais. Em síntese, a maleabilidade decorre da linguagem utilizada no texto constitucional (enunciados normativos deliberadamente sintéticos e com significado amplo); da sua abertura a conceitos extrajurídicos; e da sua estruturação como normas-princípio (formato da maioria das normas de Direitos Fundamentais).

5.1.1 Linguagem sintética e ampla

Vimos¹⁸⁹ também que a Constituição é, antes de tudo, um documento político que utiliza uma linguagem sintética e ampla. Em algumas seções da Magna Carta, em decorrência do caráter técnico de seu conteúdo, a linguagem do texto constitucional pôde ser mais precisa e jurídica, como por exemplo: Da Organização do Estado (Título III), Da Organização dos Poderes (Título IV), Da Tributação e do Orçamento (Título VI). Em outras seções, com especial

¹⁸⁹ Item 2.2.1

destaque para os Direitos Fundamentais (Título II), a linguagem utilizada foi pouco técnica, ficando tais dispositivos repletos de termos vagos, coloquiais e ambíguos.

Termos “vagos” são aqueles cujo conteúdo é impreciso, nebuloso, mal definido, incerto, indeterminado, ou seja, um termo com pouco sentido denotativo¹⁹⁰¹⁹¹. O uso de um termo vago requer sempre uma explicação complementar para delimitar melhor seu sentido¹⁹². Ocorre que, tal explicação não existe no texto constitucional, de modo que a determinação do sentido dos termos “vagos” acaba sendo tarefa do intérprete, de modo que um mesmo enunciado pode revelar diferentes normas. Exemplificativamente, a “expressão da atividade artística” (art. 5º, IX) é um termo vago.

Um termo “ambíguo”, por sua vez, tem sentido conotativo¹⁹³ em excesso, ou seja, ainda que seu significado seja preciso (e nem sempre é), bem determinado e delimitado, ele comporta múltiplos significados. Uma frase bem construída tende a evitar o efeito da ambiguidade, uma vez que os demais significados (que não aquele objetivado pelo enunciador) ficariam deslocados. Ocorre que nem sempre os enunciados constitucionais foram elaborados com tamanho rigor, sendo vários os exemplos de ambiguidades no texto da Constituição, que devem ser sanados por meio da interpretação. Por exemplo, a expressão “no último caso” (art. 5º, XII) pode tanto significar “a ocorrência do último elemento citado anteriormente” quanto significar “como último recurso” (o que altera substancialmente o sentido do referido inciso).

¹⁹⁰ Apesar da eventual dificuldade para a determinação de um termo vago, isso não quer dizer que a linguagem permite uma fluidez absoluta com relação aos significados, pois existem limites. Celso Antônio Bandeira de Mello aposta a existência de uma zona de certeza positiva (“dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra”) e uma zona de certeza negativa (“em que seria certo que por ela não estaria abrangida”), e conclui que “as dúvidas só tem cabida no intervalo entre ambas”. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1996. Pág. 29.

¹⁹¹ Luís Alberto Warat, por sua vez, apresenta uma metáfora para exemplificar a “vagueza”: É vago o termo que “[...] apresenta uma zona de luminosidade (a composta pelos termos onde não existe nenhuma dúvida em relação à inclusão na classe); uma zona de obscuridade (a composta pela classe dos objetos ou situações que, com toda certeza, não entram na extensão do termo); e uma zona cinzenta ou de penumbra, onde existem legítimas dúvidas se o fenômeno, objeto ou exemplar é suscetível de ser chamado de um modo ou outro”. Luís Alberto Warat *apud* SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Manual de Direito Constitucional**. Barueri, SP: Manole, 2007. Pág. 53.

¹⁹² Todo termo detém algum grau de vagueza, que pode ser solucionada conforme o contexto, mas, como aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, nem as expressões vagas “ao serem confrontados com o *caso concreto*, ganham, *em todo e qualquer caso*, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. *Algumas vezes isso ocorrerá. Outras não*”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1996. Pág. 22.

¹⁹³ Ainda de acordo com Luís Alberto Warat, a ambiguidade “se apresenta quando um mesmo termo tem mais de um significado”, “quando sob um mesmo rótulo se agrupam características conotativas basicamente diferentes, impossíveis de precisar, fora do contexto, dada a pluralidade de seus núcleos significativos”. Luís Alberto Warat *apud* SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Manual de Direito Constitucional**. Barueri, SP: Manole, 2007. Pág. 53.

Por fim, um termo “coloquial” é aquele que não é técnico. Eis que a função da linguagem técnica é evitar a vagueza e ambiguidade, consolidando o significado de um determinado termo. O uso da coloquialidade, além de reforçar a possibilidade de termos vagos e ambíguos, não utiliza os termos pré-determinados, sujeitando o enunciado às variações típicas de qualquer linguagem viva, cujos sentidos modificam-se conforme o tempo, local, origem dos enunciadore etc. Por exemplo, “durante o dia” (art. 5º, XI), não é utilizado de maneira técnica, o que representaria um período de 24 horas, mas sim de maneira coloquial, cujo significado é o período do dia iluminado pela luz do sol, em oposição ao período da noite.

Em decorrência da linguagem utilizada, a fixação das normas de Direitos Fundamentais proporciona (e requer) um amplo espaço para sua determinação, de modo que o real sentido de um Direito Fundamental não é sempre unívoco.

5.1.2 Abertura das Normas de Direitos Fundamentais

Uma vez que a Constituição é um documento que visa regulamentar a vida jurídica, política e social do Brasil, suas normas fazem obrigatoriamente referências a valores e conceitos externos a ela, por exemplo: vida, liberdade, igualdade, segurança (art. 5º, *caput*). Ocorre que, uma vez inseridos na Constituição, tais valores e conceitos extrajurídicos passam a ter o sentido que é fixado pela Constituição, o que pode ser ligeiramente diferente do seu sentido coloquial. Nas normas de Direitos Fundamentais, tal confluência de valores e conceitos de fora para dentro da Constituição, e vice-versa, ganha especial relevo, uma vez que o conteúdo de tais Direitos Fundamentais são essencialmente políticos e filosóficos, ou seja, mais maleáveis do que os conceitos estritamente jurídicos.

Ainda que os conceitos extrajurídicos fossem claramente determinados e bem definidos (e em muitos casos não são), eles estão sujeitos a alterações de sentido conforme a evolução das áreas em que se enquadram. Exemplificativamente, com a evolução tecnológica, o “sigilo da correspondência” (art. 5º, XII) passa a abarcar também os e-mails (correspondência eletrônica pouco desenvolvida em 1988), enquanto o “sigilo das comunicações telefônicas” incorpora as comunicações diretas via rádio com tecnologia iDEN (Integrated Digital Enhanced Network), à exemplo de rádios Nextel e similares.

Para lidar com esta abertura é necessária a interpretação evolutiva (Item 3.4) de algumas normas de Direitos Fundamentais.

5.1.3 Normas-Princípio

Em sua ampla maioria, as normas instituidoras dos Direitos Fundamentais são estruturadas como **normas-princípio**, ou seja, não são aplicáveis mediante subsunção, mas dependem de ponderação ao caso concreto (conforme Item 4.3.2). Em alguns casos mais raros, as normas instituidoras dos Direitos Fundamentais têm estrutura de normas-regra, porém sempre em combinação com normas-princípio, ou seja, uma delimitando a outra. Por exemplo, o inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal contém ambos os tipos de normas, comportando uma norma-regra quando veda a censura ou licença, porém refletindo uma norma-princípio ao prever a liberdade da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação: sendo o Direito Fundamental da liberdade de expressão decorrente da combinação de ambas as normas. Em suma, a estrutura das normas-princípio é um elemento essencial dos Direitos Fundamentais, o que resulta na indeterminação do conteúdo de tais Direitos, uma vez que a estrutura das normas-princípio impõe direitos e deveres *prima facie*, cujo conteúdo somente é plenamente definido após a ponderação, o que varia caso a caso.

5.1.4 Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais

Apesar da indeterminação do conteúdo dos Direitos Fundamentais, assim como outras normas-princípio, eles têm um núcleo essencial intangível com estrutura de norma-regra (ver Item 1.3.4). É importante destacar que os Direitos Fundamentais têm dupla dimensão: dimensão negativa (abstenção do Estado em interferir em seu usufruto, exceto se for em sua defesa); e dimensão positiva (que dependem da atuação Estatal para sua efetiva realização).

Antes de prosseguir, faremos uma ressalva: não se sustenta o entendimento de que existem direitos com dimensão meramente negativa, visto que todo Direito Fundamental depende, em alguma maneira, da atuação estatal para produzir efeito. Ocorre que, se para os Direitos Sociais a dimensão positiva é bastante visível, o mesmo não é tão claro com relação aos chamados direitos de primeira geração, como as “liberdades individuais” e os “direitos

políticos”. Mas, como aponta Virgílio Afonso da Silva¹⁹⁴, trata-se de uma distinção jurídico-empírica e não jurídico-analítica. Os direitos de primeira geração não se resumem à mera abstenção estatal e também dependem de ação positiva, por exemplo, o direito ao voto depende da existência de um sistema eleitoral ativo, assim como o direito à propriedade depende da existência de um sistema policial e judiciário que a proteja. Por se tratarem de direitos cronologicamente mais antigos, todas as estruturas para a atuação estatal positiva a eles relacionadas já estão prontas, enquanto as estruturas necessárias para a concretização de outros direitos, como os Direitos Sociais (educação, saúde, previdência, por exemplo) ainda estão em construção, ficando mais evidentes. Em suma, trata-se apenas de uma distinção fática e temporal, sendo que todos os Direitos Fundamentais têm dupla dimensão positiva e negativa.

Retomando nosso tema: A margem de determinação de sentido de um Direito Fundamental fica limitada por este núcleo essencial e qualquer sentido que fira o núcleo essencial será **inconstitucional**. Sendo que, no caso da dimensão positiva dos Direitos Fundamentais, a omissão do Poder Público em garantir seu mínimo existencial configura uma afronta ao núcleo essencial deste Direito, o que também legitima a intervenção judicial (para tal, a própria Constituição previu a existência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o Mandado de Injunção e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Em suma, o conteúdo essencial de um Direito Fundamental, em sua dimensão negativa, é um limite à determinação do sentido, e, em sua dimensão positiva, demanda uma atuação do Poder Público em garanti-lo.

5.2 Papel dos Direitos Fundamentais nas Alterações Informais da Constituição

Em decorrência dos postulados lógico-hermenêuticos da Máxima Efetividade, as normas de Direitos Fundamentais são o **vetor interpretativo**¹⁹⁵ das demais normas constitucionais. Sendo assim, quando uma norma comportar mais de um entendimento, deverá prevalecer aquele que melhor preservar a carga dos Direitos Fundamentais que eventualmente possam ser atingidos por ela. Em suma, o sentido real das demais normas constitucionais somente é

¹⁹⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹⁹⁵ Eficácia interpretativa, conforme Item 2.2.1.

definido quando estas normas forem interpretadas em conjunto com as normas de Direitos Fundamentais.

Ocorre que as normas de Direitos Fundamentais, em decorrência de sua estrutura como normas-princípio, da abertura de seus conceitos e da linguagem utilizada sintética e ampla, repleta de termos vagos e ambíguos, **impulsionam as alterações informais** de outras normas da Constituição. Afinal, se o sentido de uma norma somente está efetivamente definido após sua harmonização com as normas de Direito Fundamental (para preservar a carga máxima do Direito Fundamental) e considerando que o sentido das normas de Direito Fundamental é maleável, tal harmonização pode, como muitas vezes ocorre, alterar o sentido daquela. Em suma, mesmo uma norma que não seja dotada de abertura, não tenha a estrutura de norma-princípio e cuja linguagem não seja sintética e ampla (não contenha termos vagos, nem ambíguos), pode sofrer os efeitos da mutação operados por meio das normas de direitos fundamentais.

5.2.1 Mutação Constitucional causada pela Jurisprudência Internacional

O modelo jurídico adotado pela Constituição Federal para a inserção do Brasil no cenário do Direito Internacional propicia, em diversas situações, a influência direta dos tratados, convenções e decisões dos órgãos internacionais sobre o ordenamento jurídico interno. Tal influência internacional gera alterações formais e informais (mutação) da Constituição, com especial destaque para a questão dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos, quando integralizados conforme o procedimento do Artigo 5º, Parágrafo Terceiro, também são instrumentos de alteração formal da Constituição, equivalentes às Emendas¹⁹⁶. Ocorre que existem tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que foram incorporados antes da Emenda Constitucional nº 45/04, ou seja, não seguiram o rito das alterações formais. Acompanhamos a doutrina que entende serem materialmente constitucionais os tratados sobre Direitos Humanos¹⁹⁷ (por força do Artigo 5º, Parágrafo Segundo), independentemente do modo de integralização. Sendo assim, podemos vislumbrar que tais tratados são uma forma de Mutação Constitucional via ato normativo, visto que o referido ato normativo (o tratado integralizado

¹⁹⁶ [Item 4.3](#)

¹⁹⁷ [Item 4.3](#)

antes da Emenda Constitucional nº 45/04) não constitui uma alteração formal do texto constitucional, porém alteram o sentido original da Carta Magna.

A integralização de convenções e tratados antes da Emenda Constitucional nº 45/04 não é a única situação de Mutação Constitucional decorrente do Direito Internacional: a jurisprudência internacional também é causa de alterações informais, porém de observância obrigatória. Vejamos a seguir:

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, foi oficialmente integralizada no direito interno Brasileiro por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (ou seja, antes da Emenda Constitucional nº 45/04). De acordo com tal tratado, todo Estado-parte obriga-se, não apenas a respeitar os Direitos Humanos (art. 1º.1, da CADH)¹⁹⁸, mas também a adaptar seu direito interno para garantir tal proteção (art. 2º, da CADH)¹⁹⁹ e a cumprir as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos das quais for parte (art. 68.1, da CADH)²⁰⁰. Decorre disso que o Estado-parte está sujeito às normas do Pacto da Costa Rica em todas as suas instâncias, inclusive o Poder Judiciário, que é obrigado a aplicar aquelas normas em suas decisões. Além disso, existe o entendimento de que a fundamentação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como seus precedentes, têm vinculação obrigatória até mesmo para os Estados-partes que não integravam diretamente a lide. Neste sentido, Luiz Guilherme Arcaro Conci expõe:

Resultado disso é que os juízes, e autoridades nacionais, têm como dever aplicar os precedentes da Corte IDH, independentemente de seus estados nacionais serem partes no caso ou consulta analisada, de modo que toda e qualquer decisão tomada pela Corte IDH é vinculante para todos os estados que se submetem a sua jurisdição. Entender o contrário é entender que o estado nacional descumpridor dessa

¹⁹⁸ Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

¹⁹⁹ Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno.

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

²⁰⁰ Artigo 68 - 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

jurisprudência poderá vir a ser condenado, caso seja levado o caso de descumprimento ao sistema interamericano; e fazer crer que poderia descumprir o direito internacional dos direitos humanos em âmbito interno. Assim se definem os precedentes da Corte IDH como direito americano vinculante para os estados nacionais que à sua jurisdição se submetem.²⁰¹

A partir do momento que o Poder Judiciário e outras autoridades estatais passam a ter a obrigação de aplicar tal jurisprudência internacional, cuja temática são os Direitos Humanos, constitui essa uma forma de alteração informal da Constituição (visto que estes são vetor interpretativo das demais normas constitucionais). Essa forma de mutação será consubstanciada no direito interno Brasileiro conforme a via de concretização, podendo ocorrer via judicial (i.e, uma decisão judicial que use a jurisprudência internacional como fundamento), via ato administrativo (i.e, sendo que a fundamentação do ato seria o novo sentido da norma constitucional com base na jurisprudência internacional) ou via prática social-política (o que seria raro, visto que tais práticas são, em geral, procedimentais), não sendo possível a concretização de Mutações Constitucionais decorrente de jurisprudência internacional via ato normativo (uma vez que não há vinculação do legislador).

Em suma, o Direito Internacional, com relação aos Direitos Fundamentais causa três tipos de alterações constitucionais:

- a) Os tratados e convenções integralizados pelo rito do artigo 5º, Parágrafo Terceiro constituem alteração formal da Constituição;
- b) Os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos integralizados sem o rito do artigo 5º, Parágrafo Terceiro constituem Mutações Constitucionais via ato normativo; e
- c) A jurisprudência internacional por ser de observância obrigatória, é fonte de Mutações Constitucionais a ser concretizada via ato administrativo, via judicial ou via prática social-política.

5.3 Papel dos Direitos Fundamentais nas Transformações das Normas Infraconstitucionais

Mas os efeitos das normas de Direitos Fundamentais não se restringem apenas à Constituição, afinal, por conta da supremacia da Constituição, tais normas influenciam todo o ordenamento

²⁰¹ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Controle de Convencionalidade e Constitucionalismo Latino-Americano**. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012. Pág. 64-65.

jurídico, em alguns casos como o [1] **vetor interpretativo**²⁰² (fixando o sentido correto da interpretação da norma infraconstitucional que comporte múltiplos entendimentos possíveis) e, em outros casos, [2] simplesmente alterando o sentido (**interpretação conforme a Constituição**²⁰³). Quando não for possível estabelecer qualquer sentido de uma norma infraconstitucional que esteja em conformidade com os Direitos Fundamentais, então esta norma será fulminada como [3] **inconstitucional**²⁰⁴ e excluída do sistema.

Os efeitos dos Direitos Fundamentais sobre as normas infraconstitucionais pode ser exemplificado na decisão da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332/DF (ADI-MC 2.332)²⁰⁵. Na referida ação, questionou-se a constitucionalidade do artigo 15-A, *caput*, do Decreto-Lei nº 3.365/41 (entre outros), introduzido pela Medida Provisória nº 2.027-43:

Art. 15-A. No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.

Segundo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (autora da ação), a taxa de juros fixada por tal artigo seria inconstitucional por ferir o Direito Fundamental à prévia e justa indenização (art. 5º, XXIV, CF). Na decisão liminar, o Supremo Tribunal Federal, além de suspender a eficácia da expressão “de até seis por cento ao ano”, aplicou interpretação conforme a Constituição e alterou o sentido da base de cálculo dos juros: em vez de ser calculada pela diferença entre o valor ofertado e o valor definido em sentença (como expressamente prevê o artigo 15), os juros seriam calculados sobre a diferença entre 80% do preço ofertado²⁰⁶ e o valor do bem na sentença (uma evidente alteração no sentido da norma). Em suma, parte do dispositivo (“de até seis por cento ao ano”) foi excluída do sistema por ser

²⁰² Eficácia interpretativa, conforme Item 3.2.1.

²⁰³ A interpretação conforme a Constituição (Item 3.4) é a alteração do sentido (com eventual redução ou ampliação de sua eficácia) de uma norma infraconstitucional, para que esta fique em conformidade com a Constituição.

²⁰⁴ Eficácia negativa, conforme Item 3.2.1.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 2001, 05.09.2001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347548>>. Acesso em 22 de julho de 2014.

²⁰⁶ Uma vez que, em caso de discordância sobre o valor, o desapropriado somente pode levantar 80% do valor do depósito (ofertado), ficando os demais 20% bloqueados até a decisão final do processo, conforme art. 33, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/41.

inconstitucional, enquanto outra parte teve alterado seu sentido para que ficasse em conformidade com o Direito Fundamental da justa e prévia indenização em caso de desapropriação.

Ainda que muitas vezes possam ser consideradas normas programáticas, principiológicas, diretrizes etc, o constituinte reforçou expressamente a força normativa dos Direitos Fundamentais, que devem ser concretizados independentemente de complementação legislativa²⁰⁷. Trata-se da mais absoluta eficácia direta²⁰⁸ dos Direitos Fundamentais²⁰⁹.

5.4 Fechamento

Os Direitos Fundamentais são os elementos da Constituição que melhor condensam todas as características elencadas nos capítulos anteriores, visto que suas normas:

- a) Decorrem de enunciados redigidos com linguagem sintética e ampla, repleta de termos vagos, ambíguos e coloquiais (permitindo amplo espaço para interpretação);
- b) Muitas vezes fazem referências a valores e conceitos externos a ela (sendo necessária a interpretação evolutiva e analógica para lidar com tal maleabilidade); e
- c) São, em geral, estruturadas como normas-princípio (o que resulta na indeterminação de seu conteúdo, até mesmo com relação ao núcleo essencial).

É importante esclarecer que essas características não são exclusividade dos Direitos Fundamentais, tanto é que a Constituição é repleta de outras normas-princípio; enunciados redigidos com linguagem sintética e ampla; e normas abertas; porém apenas os Direitos Fundamentais condensam todos esses elementos ao mesmo tempo.

²⁰⁷ Art. 5º [...]

.....

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²⁰⁸ Conforme Item 2.2.1.

²⁰⁹ A princípio, a aplicação direta das normas de Direitos Fundamentais pode ser vista como um louvável reforço à efetividade dos Direitos Fundamentais, mas sua aplicação sem intermediação por uma norma-infraconstitucional também causa algumas implicações que merecem atenção. Em algumas situações ocorre a “judicialização” dos Direitos Fundamentais, ou seja, o Poder Judiciário interfere ativamente na atuação dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), para garantir o cumprimento de algum Direito Fundamental (normatizando situações ou determinando práticas). Quando excessiva, a intervenção do Poder Judiciário pode configurar uma invasão indevida das competências dos outros Poderes. Além disso, nem sempre há coerência em tais decisões judiciais, o que afeta gravemente a segurança jurídica e, muitas vezes, prejudica o Princípio da Igualdade.

Como resultado daquelas características, os Direitos Fundamentais são altamente **maleáveis**, sendo que em decorrência dos postulados lógico-hermenêuticos da Máxima Efetividade, as normas de Direitos Fundamentais são o **vetor interpretativo** das demais normas constitucionais (definindo seu real sentido) e **impulsionam as alterações informais** de outras normas da Constituição (que devem estar harmonizadas com elas).

É mister esclarecer que as alterações informais da Constituição (mutação) não se confundem com os efeitos da maleabilidade e determinação das normas constitucionais. No caso da Mutação Constitucional, os Direitos Fundamentais impulsionam alterações (em si e nas demais normas) do sentido de um enunciado constitucional, resultando na mudança de sentido, sendo que o novo sentido não era previsto originalmente no enunciado normativo (o novo sentido é incompatível com o anterior). No caso da maleabilidade, o texto constitucional já comporta os múltiplos sentidos (não havendo incompatibilidade entre eles), ou seja, não há alteração alguma. Por fim, quando os Direitos Fundamentais atuam como vetor interpretativo das demais normas, não ocorre qualquer alteração, sendo que o sentido estabelecido por sua influência é sentido original daquele texto normativo (qualquer sentido não harmonizado com os Direitos Fundamentais é inconstitucional).

Mas a influência dos Direitos Fundamentais não se restringe às normas constitucionais, visto que, por conta da supremacia da Constituição, as normas infraconstitucionais também são diretamente afetadas pelos Direitos Fundamentais: em alguns casos os Direitos Fundamentais são **vetor interpretativo** destas, em outros casos, seu o sentido é alterado pelos Direitos Fundamentais (**interpretação conforme a Constituição**) e caso a norma infraconstitucional esteja em contradição com algum Direito Fundamental, será excluída do sistema por **inconstitucional**. Ressaltamos que nenhuma destas situações deve ser confundida com a mutação (apesar de muitas vezes o serem), pois não se trata de alterações da Constituição (Constituição como objeto), mas são alterações causadas pela Constituição (que ocupa posição suprema dentro do ordenamento jurídico).

Concluída a parte teórica deste trabalho, em seguida utilizaremos tais conceitos para analisar alguns casos concretos.

6. EXAME JURISPRUDENCIAL

Ao longo deste capítulo examinaremos algumas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, nas quais ocorreram mudanças na Constituição relacionadas diretamente com Direitos Fundamentais, identificando o tipo de alteração envolvida.

6.1 União Homoafetiva e o Princípio da Igualdade

Antes da decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental²¹⁰ nº 132 (ADPF 132) a União Homoafetiva não tinha reconhecimento no ordenamento jurídico Brasileiro, de modo que tal decisão foi saudada como uma verdadeira alteração informal da Constituição. Examinaremos a decisão e seus fundamentos para avaliar que tipo de alteração ocorreu.

6.1.1 Reconhecimento da União Homoafetiva (ADPF 132²¹¹ e ADI 4.277²¹²)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ foi proposta em 27 de fevereiro de 2008 pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro para reparar violação ao direito à igualdade (art. 5º, *caput*), ao direito à liberdade e à autonomia da vontade (art. 5º, II), ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e ao princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*). Os atos do Poder Público causadores da lesão seriam os art. 19, II e V, e art. 33, I a X, e Parágrafo único, do Decreto-Lei nº 220/75 do Rio de Janeiro (Estatuto dos

²¹⁰ De acordo com a Lei nº 9.882/99, pode ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal a arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição, com a finalidade de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Os legitimados para propositura da ADPF são os mesmos para a ação direta de inconstitucionalidade (o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme art. 103, incisos, da Constituição Federal). São requisitos da ADPF: i) a violação a preceito fundamental, ii) a causa da lesão ser ato do Poder Público, iii) comprovação de controvérsia judicial e iv) a cláusula de subsidiariedade (inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade). Nem a Constituição e nem a referida lei estabelecem conceitualmente o significado de Preceito Fundamental, sendo que a jurisprudência do STF assentou que são inquestionavelmente fundamentais os Princípios Fundamentais (Título I), os Direitos e Garantias Fundamentais (Título II), as Cláusulas Pétreas (art. 60, §4º, incisos) e os Princípios Sensíveis que justificam a intervenção Federal nos Estados e no Distrito Federal (art. 34, VII, alíneas).

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2011, 05.05.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633>>. Acesso em 22 de julho de 2014.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2011, 05.05.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>>. Acesso em 22 de julho de 2014.

Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), cujo conteúdo é discriminatório aos homossexuais (versão sobre licenças por motivo de doença na família, benefícios previdenciários e assistenciais dos servidores). Um conjunto de decisões negando o regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas foi apresentado como comprovação da controvérsia judicial. A cláusula de subsidiariedade foi justificada com base no fato do Estatuto impugnado ser legislação pré-Constituição de 88, o que, segundo entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, impediria a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Os pedidos da arguição foram a interpretação conforme a Constituição da legislação discriminatória em sentido à “assegurar os benefícios nela previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis” e a declaração de que as decisões judiciais que negam tal equiparação violam preceitos fundamentais.

Posteriormente, em 22 de julho de 2009 a Procuradora-Geral da República interina, Deborah Duprat, propôs arguição de descumprimento de preceito fundamental, convertida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 (ADI 4277), tendo como objetivo o reconhecimento “da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição de união estável entre homem e mulher” e que os direitos e deveres dos companheiros das uniões estáveis entre homem e mulher sejam estendidos aos companheiros das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

6.1.2 Decisão

A ADPF nº 132 foi distribuída ao Ministro-Relator Carlos Ayres Britto, sendo que a ADI nº 4.277 foi inicialmente recebida como ADPF 178 pela Ministra-Relatora Ellen Gracie, posteriormente (despacho de 21/07/2009) convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade e em 11 de março de 2011 foi redistribuída ao Ministro Carlos Ayres Britto em decorrência da coincidência de objeto com a ADPF nº 132. Foi deferido o ingresso de 14 *amici curiae* e houve a prestação de informações pela Presidência da República, pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal, pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da República.

Em 05 de maio de 2011 o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal conheceu a causa como Ação Direta de Inconstitucionalidade e por unanimidade julgou-a totalmente procedente (com impedimento do Ministro Dias Toffoli e divergências laterais dos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso quanto à fundamentação).

A fundamentação do Ministro-Relator Carlos Ayres Britto é de que a união estável prevista no artigo 226, parágrafo terceiro, da Constituição, é um modelo de “entidade familiar” que pode ser constituída tanto por pares hétero quanto homoafetivos. Ao acompanhá-lo, os demais ministros (com exceção de Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso) concluem que o artigo 1.723 do Código Civil é a reprodução infraconstitucional²¹³ do artigo 226, parágrafo terceiro, da Constituição, de modo que deve ser interpretado conforme o entendimento acima.

Os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, ainda que julguem a ação totalmente procedente, divergem da maioria do tribunal quanto a sua fundamentação. Os ministros dissidentes não reconhecem o artigo 1.723 do Código Civil como reprodução infraconstitucional do artigo 226, §3º, da Constituição²¹⁴, sendo que a modalidade de entidade familiar prevista neste artigo (união estável) restringe-se à relação “entre o homem e a mulher”²¹⁵, não havendo espaço para Mutação Constitucional ou qualquer tipo de interpretação contra a literalidade deste dispositivo²¹⁶. Apesar disso, entendem estes Ministros que o artigo 226, da Constituição, não   *numerus clausus* e não limita a possibilidade de

²¹³ “Anoto, como, de resto, j o assinalou em seu voto o Ministro Relator que o art. 1723 do Código Civil repete o que no §3  do art. 226 da Constituição se contém” (Ministra Carmen Lúcia. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n  132/RJ. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2011, 05.05.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633>>. Acesso em 22 de julho de 2014. Págs. 90-91.

²¹⁴ “[...] não fosse o fato de que o disposto no artigo 1.723 do Código Civil não   reprodução estrita do artigo 226, §3 , da Constituição Federal” (Ministro Cezar Peluso). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n  132/RJ. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2011, 05.05.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633>>. Acesso em 22 de julho de 2014. Pág. 266.

²¹⁵ “  exatamente o que estabelece, como parâmetro, a nossa Carta Republicana, no citado art. 226, §3 , averbando que se trata de uma a união ‘**entre o homem e a mulher**’, ou seja, uma relação duradoura desenvolvida entre pessoas de gênero distinto,   qual se assegura a conversão em casamento, nos termos da lei (grifei)” (Ministro Ricardo Lewandowski); e “Em análise preliminar deste dispositivo, verifica-se no texto constitucional a indicação de que a entidade familiar pode se configurar a partir do casamento (§1  e §2 ), da união estável entre o homem e mulher (3 ) e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendente (§4 ) – denominada pela doutrina como família monoparental” (Ministro Gilmar Mendes). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n  132/RJ. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2011, 05.05.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633>>. Acesso em 22 de julho de 2014. págs. 103 e 181.

²¹⁶ “Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de Mutação Constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos [...]” (Ministro Ricardo Lewandowski). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n  132/RJ. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2011, 05.05.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633>>. Acesso em 22 de julho de 2014. Pág. 105.

outras modalidades de entidades familiares²¹⁷. Sendo assim, a união homoafetiva seria uma outra modalidade de entidade familiar²¹⁸, não prevista no rol exemplificativo do artigo 226, da Constituição. Enfim, vislumbrando lacuna normativa a ser preenchida²¹⁹, Lewandowski e Peluso sustentam a necessidade de analogia, aplicando à união entre pessoas do mesmo sexo as normas da união estável entre homem e mulher (Gilmar Mendes se afasta desta linha argumentativa e conclui que o vazio normativo deve ser preenchido pela normatização do caso pelo STF, agindo como um legislador positivo). Em suma, os Ministros dissidentes chegam a mesma conclusão da maioria do Supremo, porém através de caminhos diferentes.

Em breves linhas, o STF entendeu que: não havendo expressa ou implícita vedação constitucional, o silêncio normativo da Constituição permite a livre orientação sexual, sendo esta cláusula pétrea decorrente da autonomia da vontade, direito à intimidade e privacidade, direito à busca da felicidade e emanção do princípio da dignidade da pessoa humana; a Constituição não atribui significado ortodoxo ou jurídico ao substantivo “família”, que por ser categoria sociocultural deve ser interpretado de maneira não-reducionista, primando pela isonomia no tratamento dos casais hétero ou homoafetivos; que a referência à união entre homem e mulher do artigo 226²²⁰, parágrafo terceiro, tem por objetivo estabelecer a igualdade

²¹⁷ “Daí, não posso deixar de admitir a conclusão de que as normas constitucionais e, em particular, a norma do artigo 226, § 3º, da Constituição da República, não excluem outras modalidades de entidade familiar. Não se trata de **numerus clausus**” (Ministro Cezar Peluso). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2011, 05.05.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633>>. Acesso em 22 de julho de 2014. Pág. 267.

²¹⁸ “Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna [...]. Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais” (Ministro Ricardo Lewandowski). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2011, 05.05.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633>>. Acesso em 22 de julho de 2014. Pág. 107.

²¹⁹ “E essa similitude entre ambas as situações é que me autoriza dizer que a lacuna conseqüente tem que ser preenchida por algumas normas. E a pergunta é: por que classe de normas? [...] na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher” (Ministro Cezar Peluso); “Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica” (Ministro Ricardo Lewandowski); e “Além disso, é a falta (lacuna) de um modelo normativo de proteção institucional para a união homoafetiva que torna adequada a utilização do pensamento do possível para aplicar norma existente – em termos de um modelo de proteção institucional semelhante – no que for cabível” (Ministro Gilmar Mendes). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2011, 05.05.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633>>. Acesso em 22 de julho de 2014. Págs. 267-268, 103 e 193-194, respectivamente.

²²⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

sem hierarquia entre eles nas relações domésticas, não sendo impeditivo para a equiparação entre as uniões homoafetivas; e que o artigo 1.723²²¹, do Código Civil, deve ser interpretado conforme a Constituição para excluir “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família”²²².

6.1.3 Análise e Crítica

Estamos de acordo com os resultados da decisão, porém com fundamentação ligeiramente diferente da oferecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Para tal conclusão partimos da abertura do termo “família” utilizado no *caput* do artigo 226. Neste ponto acompanhamos o entendimento dos Ministros do STF de que a Constituição não estabelece (nem deveria) um conceito jurídico de “família”, cujo sentido é sociocultural e maleável conforme o tempo e o espaço²²³. Basta exemplificar que o conceito de família no século XIX era composto pelo patriarca, todos os seus descendentes e agregados (sem parentesco sanguíneo), enquanto no século XX o conceito se restringia ao casal e seus filhos, e atualmente a sociedade vislumbra os diversos modelos (casais sem filhos, família monoparental, às vezes entre filhos e um dos pais, em outras com avós e os netos etc). Sendo

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

²²¹ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2011, 05.05.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633>>. Acesso em 22 de julho de 2014. Pág. 5.

²²³ Conforme o entendimento do relator: “[...] nossa magna Carta não emprestou ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o como o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2011, 05.05.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633>>. Acesso em 22 de julho de 2014. Pág. 41.

assim, a lista de “entidades familiares” prevista no artigo 226 é exemplificativa e não taxativa, de modo que outras espécies de “entidades familiares”, conforme o entendimento social determinar, poderão ser incorporadas no gênero “família”.

Por sua vez, discordamos da tese majoritária de que a interpretação sistemática do artigo 226, parágrafo terceiro, permite incluir a união homoafetiva como um tipo de união estável. Parece-nos que as possibilidades semânticas do referido parágrafo não permitem tal interpretação, uma vez que a redação é expressa em referir-se à união entre homem e mulher. Dessa forma, concluímos no mesmo sentido dos ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso de que a união homoafetiva é uma outra espécie de entidade familiar, distinta da união estável entre homem e mulher (semelhante, mas não igual).

Ocorre que o Código Civil, ao regulamentar o tema, não contemplou a união homoafetiva, em claro desacordo com uma série de Princípios e Direitos Fundamentais, entre eles a igualdade (art. 5º, *caput*), a liberdade (art. 5º, *caput* e II), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a segurança jurídica (art. 5º, II, XXXVI e art. 150, III, “a” e “b”) e a vedação à discriminação (art. 3º, IV), pois a partir do momento que há a compreensão de semelhança entre o instituto da união homoafetiva e a união estável entre homem e mulher, não pode o legislador ordinário privilegiar uma e negar as mesmas prerrogativas à outra. Para sanar a situação inconstitucional acima (discriminação dos uniões homoafetivas), faz-se necessária a interpretação conforme a Constituição do artigo 1723 do Código Civil, estendendo seus efeitos para a união homoafetiva. Neste aspecto, voltamos a nos aproximar da corrente majoritária do acórdão, pois não se trata de mera analogia para solucionar um vazio legislativo (como entendem os Ministros Lewandowski e Peluso), mas de uma medida para sanar a inconstitucionalidade.

6.1.4 Conclusão

A manifestação do Advogado-Geral da União na ADPF 132 foi no sentido de que teria ocorrido Mutação Constitucional: Segundo ele, a norma extraída do artigo 226, parágrafo terceiro da Constituição, na intenção original do Constituinte, não previa a possibilidade de “união homoafetiva” e que esta somente veio a ser aceita após alterações nos valores correntes na sociedade. Sendo assim, defendeu o Advogado-Geral da União que a norma constitucional deveria ser informalmente alterada. Ressaltamos que não acompanhamos tal

posição e, em nosso entendimento, não há qualquer Mutação Constitucional no caso em tela, visto que os Direitos e Princípios Fundamentais utilizados para embasar a decisão continuaram intactos e sem qualquer alteração de seu conteúdo. Somente haveria Mutação Constitucional, caso houvesse norma proibindo a união homoafetiva e que, após alteração informal, passasse a permiti-la (e, esta tese, não encontra defensores, até porque seria uma grave contradição entre a letra e o espírito da Constituição).

O ponto central de nossa divergência é que, para nós, a norma a ser analisada é o artigo 226 integralmente, com todos os seus parágrafos, não apenas o Parágrafo Terceiro isoladamente. No artigo 226 (interpretado integralmente), a incorporação no termo “família” de mais uma espécie (a união homoafetiva) foi fruto de abertura do termo e não se trata de mutação. A estrutura da norma foi composta com a específica finalidade de moldar-se às alterações socioculturais (termos abertos e lista não-taxativa), ou seja, ainda que uma nova modalidade de “entidade familiar” tenha sido incorporada no suporte fático do termo “família”, o sentido da norma permaneceu intacto e absolutamente inalterado. Sendo assim, também discordamos integralmente da fundamentação do Ministro Gilmar Mendes, que soluciona a controvérsia apelando para o papel do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo ao disciplinar lacuna jurídica para garantir eficácia de Princípios e Direitos Fundamentais.

Concluimos que na decisão da ADPF 132 a alteração ocorreu em nível infraconstitucional, com a nova determinação de sentido do artigo 1.723, do Código Civil (que não é a reprodução literal do art. 226, §3º, da Constituição), que passou a ter outro significado ao ser interpretado conforme a Constituição (em particular, pelo artigo 5º e pelo artigo 226 integral).

6.2 Regulamentação do Direito de Comunicação pela Legislação Infraconstitucional

A decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF (ADPF 130) pela não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) à ordem constitucional de 1988 não tratou apenas da constitucionalidade daquele diploma legal, mas também apresentou um novo entendimento sobre o Direito à Comunicação: a impossibilidade de sua regulamentação pela legislação infraconstitucional. Avaliaremos a seguir se este novo entendimento configura Mutação Constitucional.

6.2.1 Inconstitucionalidade da Lei de Imprensa (ADPF 130)²²⁴

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal em 19 de fevereiro de 2008 pelo PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT (partido político com representação no Congresso Nacional, legitimado conforme o art. 103, VIII) em face da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67).

A ADPF visava reparar violação às “disposições constitucionais que integram o conjunto normativo que configura a chamada ‘liberdade de comunicação’” (art. 5º, IV, V, IX, X, XIII, XIV, art. 220, 221, 222 e 223, CF). O ato do Poder Público causador da lesão era a Lei de Imprensa como um todo e, em particular, os seguintes dispositivos: art. 1º, §2º (estabelecia a possibilidade de censura prévia às diversões e espetáculos públicos); arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65 (dispõe sobre a propriedade dos veículos de comunicação, de maneira diversa da estabelecida pelo art. 222 da Constituição); arts. 20, 21 e 22 (estabelece penas mais severas para os crimes de calúnia, injúria e difamação quando praticados pelos meios de comunicação); art. 20, §3º, e art. 23 (não admite a exceção da verdade contra algumas dessas autoridades e agrava as penas de crimes contra a honra de órgão ou autoridade pública); arts. 51 e 52 (estabelecem limites para indenizações); art. 56, *caput* (estabelece prazo exíguo para a propositura de ação de indenização); art. 57, §3º (estipula prazo muito curto para a apresentação de contestação, o que prejudicaria o direito ao contraditório e ampla defesa); art. 57, §6º (exigência de depósito prévio em valor equivalente à indenização para a apresentação de apelação); arts. 60, §§1º e 2º, e art. 63 (autorizavam o Ministro da Justiça a determinar a apreensão de impressos); arts. 61, 62, 63 e 64 (estabelecem procedimentos para a apreensão e destruição de impressos); art. 1º, §1º, art. 2º, parte final do *caput*, art. 14, art. 16, I, art. 17 (utiliza expressões vagas e imprecisas como “subversão da ordem pública e social” e “perturbação da ordem pública ou alarma social”) e art. 37 (estabelece responsabilidade penal ao jornalista por entrevista por ele realizada). A inicial apresentou cópia de diversas decisões judiciais sobre a lei de imprensa e os preceitos fundamentais relacionados, ficando comprovada a controvérsia judicial. A cláusula de subsidiariedade foi justificada com base no acórdão da ADPF 33/PA, pelo qual o STF definiu que a arguição seria o único instrumento hábil para declarar a não recepção de ato normativo anterior à Constituição de 1988.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2009, 30.04.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=130&classe=ADPF>>. Acesso em 22 de julho de 2014.

O pedido principal da arguição era a declaração de que a Lei de Imprensa não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988; subsidiariamente a inicial solicitava a declaração de revogação (por não recepção pela Constituição de 88) dos art. 1º, §2º, art. 2º, §2º, arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 20, 21, 22, 23, 51 e 52, art. 56, parte final, art. 57, §§3º e 6º, art. 60, §§1º e 2º, arts. 61, 62, 63, 64 e 65; e a interpretação conforme a constituição dos art. 1º, §1º, art. 2º, parte final do *caput*, art. 14, art. 16, I, art. 17 e art. 37, todos da Lei de Imprensa.

6.2.2 Decisão

A ADPF 130 foi distribuída ao Ministro-Relator Carlos Ayres Britto que, em 21 de fevereiro de 2008 concedeu medida liminar suspendendo os dispositivos questionados na inicial e o andamento dos processos relacionados. A liminar foi referendada pelo Tribunal em 27 de fevereiro de 2008, com o voto divergente do Ministro Marco Aurélio Mello, sendo prorrogada em três ocasiões (04/09/2008, 18/02/2009 e 23/03/2009, sempre com o voto contrário do Ministro Marco Aurélio).

Em 30 de abril de 2009, nos termos do voto do Relator, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADPF 130, declarando a não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988. Os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, parcialmente vencidos, julgaram o feito improcedente quanto ao artigo 1º, §1º; artigo 2º, *caput*; artigo 14; artigo 16, inciso I (vedação ao racismo e à publicações contraria aos valores sociais) e artigos 20, 21 e 22 (crimes contra a honra por meio da imprensa), da Lei de Imprensa. O Ministro Gilmar Mendes, parcialmente vencido, julgou a ação improcedente quanto aos artigos 29 a 36 (referentes ao Direito de Resposta) da Lei de Imprensa. E o Ministro Marco Aurélio julgou totalmente improcedente. Com ausência justificada do Ministro Eros Grau.

Em síntese, o Relator entendeu que a ADPF seria o instrumento adequado para o questionamento da constitucionalidade da Lei de Imprensa (por ser pré-constituição de 88); o bloco normativo do capítulo V do título VIII (“da Comunicação Social”) é densificação das Liberdades de Manifestação do Pensamento, de Informação e de Expressão Intelectual, Artística, Científica e Comunicacional e rechaçam qualquer censura prévia; a Comunicação Social, como “a mais direta emanção da dignidade da pessoa humana”, está a salvo de quaisquer restrições, exceto aquelas previstas diretamente na Constituição; a manifestação do

pensamento, da criação e da informação é “livre” e “plena”, de modo que antecede cronologicamente os demais direitos (o direito de resposta e a eventual responsabilização civil, penal e administrativa deverão ocorrer após a comunicação, nunca antes); a responsabilidade civil por danos morais e materiais deve ser proporcional ao dano e os agentes públicos não podem estar submetidos à regime mais benéfico; a liberdade de imprensa, como irmã gêmea da democracia, não pode estar sujeita à oligopolização ou monopolização do setor; a imprensa é a “instância natural de formação da opinião pública”; ao estabelecer a liberdade de imprensa como “livre” e “plena”, o Estado não pode legislar sobre o tema, exceto “matérias lateral ou reflexamente de imprensa” (que são aquelas já indicadas pela Constituição); a atividade da imprensa deve ser autorregulada ou regulada socialmente; a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988, uma vez que visa regulamentar bens irregulamentáveis, não sendo possível a conciliação hermenêutica; e as relações de imprensa devem ser regulamentadas pelas normas da legislação comum (Código Civil, Código Penal, Código de Processo Civil, Código de Processo Penal etc) e o Direito de Resposta é “norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata” ou “norma de pronta aplicação”.

6.2.3 Análise e Crítica

No caso em tela não se trata apenas de alteração em nível infraconstitucional (em particular, o desacordo entre a Lei de Imprensa e as disposições da Magna Carta, resultando na exclusão daquela do sistema). Ainda que esta temática também permeie todo o debate, o ponto central da decisão foi o entendimento do Ministro Carlos Ayres Britto de que a Constituição veda a existência de qualquer legislação sobre o Direito de Comunicação²²⁵ (exceto sobre temas “periféricos”)²²⁶. Ocorre que este entendimento do Ministro pressupõe um novo sentido para

²²⁵ “38. É precisamente isso: no último dispositivo transcrito [Art. 220, caput] a Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2009, 30.04.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=130&classe=ADPF>>. Acesso em 22 de julho de 2014. Pág. 43.

²²⁶ “Refiro-me à impossibilidade de produção de uma ‘lei de imprensa’, como tal entendido um diploma legislativo de feição orgânica ou estatutária. Diploma de máxima concentração material, porquanto exauriente dos temas essencialmente de imprensa, além daqueles de natureza periférica ou circundante”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2009, 30.04.2009. Disponível em

algumas disposições constitucionais, ou seja, seria a evidência de Mutação Constitucional. Antes de abordar este tema central, avaliaremos diversos outros elementos da decisão da ADPF 130).

O voto do Ministro Carlos Ayres Britto apresenta-se como uma verdadeira ode ao Direito de Comunicação²²⁷, o que é louvável, porém não acompanhamos a conclusão do ilustre relator. Inicialmente aproveitamos para reforçar nossa total concordância com a importância do Direito de Comunicação como “emanação da dignidade da pessoa humana” e “irmã gêmea da Democracia”. Da mesma forma, também estamos parcialmente de acordo com os artigos apontados na peça inicial do PDT como não-recepcionados: de fato alguns dos artigos da Lei de Imprensa, conforme diversos Recursos Extraordinários já decididos no STF, não estão de acordo com os valores da atual Carta Magna.

Todas as referências a “processos de subversão da ordem política e social” (art. 1º, §1º, art. 14, art. 16, I, e art. 61, II, da Lei de Imprensa) e a “moral e aos bons costumes” (art. 2º, art. 17, e art. 61, II e §6º, da Lei de Imprensa) estão em direta contradição com os Direitos Políticos e com a Liberdade Individual em seu sentido mais puro, além de serem incompatíveis com a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Do mesmo modo, a censura prévia às diversões e espetáculos públicos (art. 1º, §2º, da Lei de Imprensa), ou que autorizavam a apreensão de impressos, seja pelo Poder Executivo (art. 60, §§1º e 2º, e art. 63, da Lei de Imprensa), seja pelo Poder Judiciário (arts. 61, 62, 63 e 64, da Lei de Imprensa), estão em evidente desacordo com a expressa vedação constitucional à Censura, estabelecida em norma-regra (art. 5º, IX, e art. 220, §2º, CF). Ao mesmo tempo, os dispositivos da Lei de Imprensa que limitam previamente os valores para

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=130&classe=ADPF>>. Acesso em 22 de julho de 2014. Pág. 63.

²²⁷ Neste ponto, aproveitamos para fazer uma ressalva terminológica. O voto do relator trata sempre da “Liberdade de Imprensa”, o que nos parece uma incorreção, uma vez que a imprensa é apenas uma das formas pelo qual a liberdade de expressão pode se externar. Neste sentido, acompanhamos o entendimento do professor Vidal Serrano Júnior que diferencia “Liberdade de Pensamento”, “Direito de Opinião”, “Direito de Expressão”, “Direito de Informação” e “Direito de Comunicação”. A **Liberdade de Pensamento**, é o direito de pensar livremente, mas está fora do mundo jurídico, uma vez que se trata de um processo que ocorre dentro do íntimo unipessoal do sujeito. O pensamento, enquanto não for exteriorizado, não faz parte das relações sociais e, por isso, está fora do campo de incidência do Direito. Quando exteriorizado, pensamento passa a se configurar como Opinião. Por estar no âmbito das relações sociais, a opinião está no campo de incidência do Direito. Sendo assim, podemos concluir que o **Direito de Opinião** é o direito de exteriorizar o pensamento. O **Direito de Expressão** é a liberdade de se manifestar qualquer medida sensorial, mesmo que não seja uma opinião (pensamento). Além disso, existe o **Direito de Informação**, que contém três variáveis: **Direito de Informar** (permissão de informar, liberdade), o **Direito de Se Informar** (recolher a informação desejada) e o **Direito de Ser Informado** (reflexo do dever de informar). O **Direito de Comunicação** ocorre quando o exercício do Direito de Opinião, de Expressão ou de Informar ocorre através de um meio de comunicação de massa.

indenizações a danos morais e materiais (arts. 51 e 52, da Lei de Imprensa) ou estabelecem prazos exíguos para propositura de ação de reparação (art. 56, *caput*, da Lei de Imprensa) prejudicam o direito de indenização (art. 5º, X, CF), estabelecendo uma limitação que não está presente do texto constitucional. Por outro lado, também são evidentemente inconstitucionais os artigos que prejudicam o direito ao contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CF), seja por estipular prazo muito curto para apresentação da contestação (art. 57, §3º, da Lei de Imprensa), seja por exigir depósito prévio para sua propositura (art. 57, §6º, da Lei de Imprensa). Enfim, também estamos em pleno acordo com a inconstitucionalidade dos dispositivos que oferecem tratamento privilegiado à autoridades públicas, por não admitirem exceção à verdade contra elas (art. 20, §3º, da Lei de Imprensa), ou por agravar as penas de crimes contra a honra de órgão ou autoridade pública (art. 23, da Lei de Imprensa), uma vez que tal privilégio não tem justificativa frente ao Princípio da Igualdade (não há correlação lógica entre o elemento utilizado para a desigualação com os indivíduos beneficiados, nem consonância com os valores constitucionais, especialmente os do art. 37, *caput*).

Neste ponto encerram-se nossas concordâncias com o ilustre relator. Em primeiro lugar, assim como os Ministros Joaquim Barbosa²²⁸ e Ellen Gracie²²⁹, não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade nos artigos 20, 21 e 22, da Lei de Imprensa, que estabelecem penas mais severas para os crimes de calúnia, injúria e difamação quando praticados pelos meios de

²²⁸ “Os artigos 20,21 e 22 versam sobre figuras penais, ao definir os tipos de calúnia, injúria, difamação no âmbito da comunicação pública e social. O tratamento em separado dessas figuras penais, quando praticadas através da imprensa, se justifica em razão da maior intensidade do dano causado à imagem da pessoa ofendida. Vale dizer, quanto maior o alcance do veículo em que transmitida a injúria, a calúnia ou a difamação, maior o dano.

E nesse ponto, respeitosamente, divirjo do eminente Relator, que vê incompatibilidade entre essas normas e a Constituição, ou seja, Sua Excelência vê uma incompatibilidade entre o tratamento legal dessa questão de maneira especial, e eu vejo o tratamento especializado como importante instrumento de proteção ao direito de intimidade, útil para coibir abusos não tolerados pelo sistema jurídico [...]”.BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2009, 30.04.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=130&classe=ADPF>>. Acesso em 22 de julho de 2014. Pág. 121.

²²⁹ “Neste ponto, eu sigo a linha agora inaugurada pelo Ministro Joaquim Barbosa por também entender que a ofensa proferida por intermédio de meios de comunicação, quanto maior for a sua extensão, maior gravame trará e, portanto, maior reprovabilidade merecerá. [...]”

Neste sentido, ressalvo os artigos 20, 21 e 22 mencionados pelo Ministro Joaquim Barbosa. E também, por não serem de todo incompatíveis com a letra constitucional[...]

Também acrescento a já mencionada referência aos artigos 20, 21 e 22, que conferem sanções às violações ou abusos do direito de livre expressão do pensamento. São garantias, como volto a frisar, de proteção à intimidade, à honra, à imagem das pessoas, em consonância com o artigo 5º”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2009, 30.04.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=130&classe=ADPF>>. Acesso em 22 de julho de 2014. Págs. 127, 129 e 130.

comunicação. Ora, trata-se de crimes cujos efeitos tornam-se muito mais gravosos para a vítima conforme maior for a quantidade de pessoas a tomar conhecimento deles. Sendo assim, nada mais natural do que uma pena mais dura para quem comete crimes agravados. Inconstitucional seria a situação contrária, ou seja, tratar igualmente quem caluniou para milhões e quem sequer atingiu uma dezena.

Com relação aos dispositivos que dispõem sobre a propriedade dos veículos de comunicação de maneira diversa da estabelecida pelo art. 222 da Constituição (arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65), ainda que sejam inconstitucionais, não se trata de “lesão a preceito fundamental”, de modo que dependeria de relevante controvérsia constitucional sobre tais dispositivos que justificasse sua revogação via ADPF. Ocorre que tal controvérsia constitucional não existe com relação a este ponto. Além disso, tais dispositivos foram tacitamente revogados pela Lei nº 10.610/02, que regulamentou inteiramente a matéria (conforme art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Em suma, a declaração de inconstitucionalidade (ou revogação) destes artigos não deve ser feita por meio de ADPF.

Também discordamos da tese de que a Constituição, ao estabelecer que o Direito de Comunicação, por ser livre e pleno, impede a existência de qualquer legislação sobre o tema (exceto os “temas periféricos”, sem atingir o “núcleo duro”, ou seja, somente aqueles expressamente citados no art. 220, §1º, ou seja, a vedação ao anonimato; o direito de resposta; a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem; o direito a indenização por dano material ou moral; as exigências para o exercício da profissão; e o sigilo da fonte). A tese da “interdição da possibilidade de legislar sobre este tema” não se sustenta e para tal nos ancoramos das palavras de José Afonso da Silva (citado no voto como argumento da impossibilidade de regulamentação das atividades de comunicação):

[Existe] uma diferença fundamental entre regulamentação de conduta, regulamentação de fatos e de situações fáticas [...], e a regulamentação de normas. No primeiro caso, a regulamentação envolve, sim, restrições em toda normatização. Quando se regulamenta condutas, fatos ou situações está-se igualmente estabelecendo um sistema de restrições e é, neste sentido, que se diz que o direito é um *sistema de limites*. Outra coisa é a *regulamentação de normas*. Assim, por exemplo, a regulamentação de uma lei para sua fiel execução não é restrição. Ao contrário, é um sistema de expansão da normatividade regulada.²³⁰

²³⁰SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008. Pág. 273.

No sentido de José Afonso da Silva, acompanhamos o entendimento de que não pode o legislador ordinário estabelecer a regulamentação de condutas relacionadas ao exercício do Direito à Comunicação, uma vez que seria uma restrição indevida a uma Liberdade Constitucional, porém não vislumbramos qualquer impedimento para a regulamentação de normas, desde que não estabeleça restrições adicionais. Por exemplo, entendemos que seria plenamente constitucional se o Congresso Nacional promulgasse um novo diploma normativo, intitulado “Lei de Imprensa”, sob forma estatutária, e contendo as regras sobre a vedação ao anonimato, os procedimentos para o direito de resposta, os mecanismos de defesa da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem (sem estabelecer restrições à liberdade de expressão), a ação de indenização por dano material ou moral, as exigências para o exercício da profissão e os mecanismos relacionados à proteção do sigilo da fonte. Ou até mesmo para regulamentar a propriedade dos meios de comunicação (que não podem ser objeto de monopólio, conforme art. 220, §5º, CF) e os regimes de autorização, concessão e permissão dos serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (art. 21, XII, “b”, CF), o que de fato ocorre pela Lei nº 10.610/02, sem que o STF a tenha declarado inconstitucional.

Diga-se de passagem, a vedação à regulamentação de condutas (restringindo-as) por norma infraconstitucional não é uma exclusividade do Direito de Comunicação. Muito pelo contrário: trata-se de uma característica básica de todas as normas de Direito Fundamental (exceto aquelas que expressamente assim autorizarem sua restrição, como as chamadas normas de eficácia contida²³¹). Para essa conclusão, sequer é necessário um grande esforço hermenêutico, uma vez que a própria Supremacia da Constituição (e sua consequente posição hierárquica) é suficiente para fulminar como inconstitucionais todas as normas inferiores que, sem expressa autorização constitucional, estabeleçam restrições aos Direitos e Liberdades concedidos pela Magna Carta.

Por fim, a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao declarar não-recepcionada a totalidade da Lei de Imprensa, também é altamente questionável com relação ao Direito Fundamental ao Direito de Resposta (art. 5º, V, CF). Ainda que normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF), a inexistência de regulamentação processual para a ação de Direito de Resposta, deixa tal direito ao completo arbítrio subjetivo

²³¹ Segundo a classificação de José Afonso da Silva. Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

do juiz encarregado de decidir o feito, possibilitando abusos, injustiças e ferindo a segurança jurídica (como bem destacou, em voto divergente, o Ministro Gilmar Mendes).

6.2.4 Conclusão

A Suprema Corte por meio de interpretação sistemática do texto constitucional identificou um novo significado para o enunciado normativo do art. 220, § 1º, da Constituição, que é a vedação absoluta de qualquer regulamentação infraconstitucional para o Direito de Comunicação. Ainda que discordemos radicalmente de tal entendimento, o fato é que o Supremo Tribunal Federal é a autoridade final para falar sobre matéria constitucional e sua decisão, ancorada neste sentido, não apenas fulminou a antiga Lei de Imprensa como inconstitucional, como, devido ao caráter vinculante, definitivo e *erga omnes* da decisão, impôs como absoluta a vedação de regulamentação infraconstitucional para o Direito de Comunicação.

Em suma, a partir da decisão da ADPF 130, o enunciado normativo do art. 220, § 1º, da Constituição assumiu novo sentido (a vedação de legislar sobre o Direito à Comunicação), ou seja, trata-se da mudança de sentido (norma) de um enunciado constitucional sem que tenha ocorrido alteração no texto da Constituição.

Sendo assim, concluímos que no caso da ADPF 130 houve Mutação Constitucional.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O elemento nuclear da Constituição são as normas constitucionais. A norma é uma proposição com sentido deôntico (que obriga, veda ou permite condutas). Segundo Norberto Bobbio, as “normas jurídicas são aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”.

2. A Norma não se confunde com o Enunciado Normativo. O Enunciado é um conjunto de fonemas ou grafemas pela qual o emissor formula uma mensagem que será compreendida pelo seu receptor. A norma (proposição) é o conteúdo significativo contida no enunciado (o sentido captado pelo receptor).

3. Do ponto de vista formal, as normas constitucionais são as proposições cujo sentido é extraído a partir da inteligência de enunciados normativos (texto) da Constituição de 1988.

4. Não existe correspondência biunívoca entre norma e enunciado normativo. Um mesmo enunciado pode exprimir mais de uma norma, enquanto mais de um enunciado pode resultar em uma única norma.

5. As normas podem ser classificadas em duas espécies distintas: as **Normas-Regra** e as **Normas-Princípio**, sendo que a distinção entre elas é sua forma de aplicação. As normas-regra são aplicadas mediante subsunção e as normas-princípio mediante ponderação (por meio da Máxima da Proporcionalidade).

6. A Máxima da Proporcionalidade é composta de três máximas parciais (Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), aplicáveis em ordem pré-definida e de maneira subsidiária (a análise das máximas anteriores pode dispensar a aplicação das posteriores).

7. A máxima parcial da **Adequação busca** aferir (no caso concreto) se a medida sob análise é adequada: ou seja, se a medida contribui no sentido do objetivo pretendido por ela. Caso a medida seja inadequada para sua finalidade, ela não justifica a ponderação dos princípios e deverá ser rejeitada.

8. A máxima parcial da **Necessidade** avalia se existe alguma outra medida que possibilite o mesmo resultado (com intensidade igual ou superior), mas que restrinja menos ou igualmente o princípio colidido. A Necessidade é um exame comparativo, enquanto a Adequação é um exame absoluto. A comparação deve ser realizada entre duas medidas, segundo duas variáveis: a eficiência para realizar seu objetivo, ou seja, o princípio colidente; e o grau de restrição ao princípio colidido. Virgílio Afonso sugere que o critério entre as variáveis seja o da eficiência, pois a proteção do princípio restringido pode ser garantida pela máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito.

9. A máxima parcial da **Proporcionalidade em Sentido Estrito** é o sopesamento propriamente dito, ou seja, comparação da importância do princípio colidente com a intensidade da restrição ao princípio colidido.

10. As normas-princípio têm um núcleo essencial intangível. De acordo com a teoria absoluta, este núcleo é determinável abstratamente, tendo uma área fixa e objetiva. Do outro lado, posiciona-se a teoria relativa, para quem o núcleo das normas-princípio somente pode ser determinado concretamente e mediante a ponderação. Ambas as teorias tem aplicabilidade (conforme a abstração ou concretude do caso).

11. A construção do sentido de uma norma (proposição) depende da interpretação do enunciado normativo (texto) que a contém. A interpretação é o processo intelectual pelo qual se atribui sentido ao texto interpretado (no caso, um ou mais enunciados normativos). A interpretação depende de um método e um conjunto de normas que a organizem como um processo coerente. O estudo teórico do conjunto da interpretação, seus métodos, normas e efeitos é a ciência da Hermenêutica.

12. Algumas características diferenciam a Constituição de 88 do restante do ordenamento jurídico: a) supremacia; b) força normativa; e c) maleabilidade de suas normas.

13. A **Supremacia da Constituição** impõe sua posição hierárquica suprema ao restante do ordenamento, que deve ser elaborado de acordo com os procedimentos formais e com o conteúdo material estabelecido por ela, sendo o fundamento de validade de todas as normas (o que implica na invalidade ou na alteração do sentido das normas em desarmonia com suas diretrizes).

14. A **Força Normativa** da Constituição significa que todas as normas constitucionais são jurídicas, gozam de eficácia e influenciam o restante do ordenamento jurídico com sua autoridade hierarquicamente suprema. Tal força normativa se revela de três maneiras: a *eficácia direta* (aplicação imediata das normas constitucionais), a *eficácia interpretativa* (influência de uma norma sobre a determinação de sentido de outra) e a *eficácia negativa* (nulificação de uma norma que não estiver em conformidade com a norma constitucional).

15. Apesar de rígida, a Constituição não é estática e as próprias normas constitucionais, em geral, são abertas à evolução e às mudanças. A **Maleabilidade das Normas Constitucionais** decorre do fato de que: muitas das normas constitucionais têm a estrutura de normas-princípios; os enunciados normativos da Constituição são deliberadamente sintéticos e elaborados com uso de termos vagos, às vezes ambíguos, e com significado amplo; existem “lacunas” propositais no texto constitucional para garantir maior liberdade ao legislador, ao administrador, ao intérprete ou ao aplicador da Constituição; a Constituição é um documento político e sua terminologia não é técnico-jurídica, mas coloquial e política; e grande parte dos conceitos presentes na Constituição são extrajurídicos, causando abertura das normas constitucionais.

16. Dentre os métodos de interpretação constitucional, acompanhamos as técnicas de Celso Bastos, que combina postulados (pressupostos lógicos, que garantem coerência à interpretação, mas que não residem na Constituição), enunciados instrumentais (conjunto de ferramentas, cuja utilização caberá ao intérprete escolher) e princípios (valores cujo sentido é extraído do texto Constitucional).

17. Celso Bastos propõe quatro postulados hermenêuticos constitucionais: **Supremacia da Constituição** (entendimento de que a Constituição é suprema e o fundamento de validade de todo o ordenamento); **Unidade da Constituição** (entendimento de que as disposições constitucionais são coerentes entre si, não isoladas); **Máxima Efetividade** (preservação da carga material da Constituição ao máximo); e **Harmonização**: (interpretação da Constituição um texto coerente e sem contradições).

18. A interpretação constitucional é fundamental para a **Determinação do sentido dos Enunciados Constitucionais**, sendo que este processo é influenciado pelas demais normas

constitucionais (ampliando e restringindo o sentido de um enunciado normativo). A determinação de sentido não é um processo estático, sendo que, por sua maleabilidade, as normas constitucionais sofrem a influência de fatores externos.

19. A interpretação constitucional não se resume à determinação de sentido dos enunciados constitucionais. Sendo que a interpretação da Constituição provoca reflexos diretamente no ordenamento infraconstitucional causando diversos efeitos como a **interpretação conforme a Constituição** (alteração no sentido da norma infraconstitucional, dentro das possibilidades semânticas do texto, para evitar sua exclusão do sistema).

20. Além dos processos formais de alteração da Constituição, previstos no próprio texto constitucional, existem os processos informais.

21. Neste trabalho adotamos o conceito de que **Mutação Constitucional** é a mudança de sentido (norma) de um enunciado constitucional (a criação de uma nova norma) sem que tenha ocorrido alteração no(s) texto(s) de onde ele tenha sido extraído, e **mutação inconstitucional** é o processo similar que viola a letra ou o espírito da Constituição.

27. O fundamento que permite a Mutação Constitucional é o caráter maleável das normas constitucionais, decorrente de algumas características da Constituição (linguagem rica em conceitos não-jurídicos, cujos significados são bastante imprecisos, seu caráter sintético e suas lacunas e omissões) e fator externo (mudança de valores).

28. Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, são três os requisitos da Mutação Constitucional: alteração do sentido, significado ou alcance da norma constitucional; respeito à letra e ao espírito da Constituição; e não se processar por meio diferente de emenda (ou revisão).

29. Existem diversos processos que resultam em mudanças informais da Constituição, de modo que a doutrina não é unânime em sua classificação. Optamos por classificar os diferentes tipos de alterações informais da Constituição conforme sua via de concretização, ou seja, por decisão judicial, ato administrativo, ato normativo ou prática social-política.

30. A Mutação Constitucional tem limites formais (respeito às possibilidades semânticas do texto), materiais (respeito ao espírito da Constituição) e limites lógico-hermenêuticos (respeito aos quatro postulados básicos de Celso Bastos).

31. Os processos de alteração informal da Constituição que ultrapassam os limites formais (violando o texto), materiais (desacordo com os princípios estruturais da Constituição) ou lógico-hermenêuticos (de alguma forma retirando ou prejudicando a eficácia das normas constitucionais) resultam nas Mutações Inconstitucionais (inadequadas do ponto de vista jurídico, devendo ser combatidas pelo sistema).

32. Os Direitos Humanos são gênero do qual os Direitos Fundamentais são espécie. Segundo a definição de José Afonso da Silva, “são aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. Sua finalidade, segundo Vidal Serrano, é “a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade)”.

33. Os Direitos Fundamentais podem ser identificados pela combinação de um critério formal (Direitos que formalmente indicados no Título II e o art. 5º, §2º da Constituição: Direitos Fundamentais Expressos, Direitos Fundamentais Implícitos; e os Direitos Fundamentais decorrentes dos Tratados Internacionais) e um critério material (Direitos que detenham Historicidade, Autogeneratividade – que pertençam ao fundamento do Estado Brasileiro –, Universalidade e Imprescritibilidade).

34. Os enunciados de Direitos Fundamentais condensam uma série de características: enunciados redigidos com linguagem sintética e ampla, repleta de termos vagos, ambíguos e coloquiais; fazem referências a valores e conceitos externos; e são estruturadas como normas-princípio. Como resultado daquelas características, os Direitos Fundamentais são altamente **maleáveis** e, em decorrência dos postulados lógico-hermenêuticos da Máxima Efetividade, influenciam as demais normas constitucionais (definindo seu real sentido e impulsiona alterações informais) e infraconstitucionais (servindo como vetor interpretativo, às vezes alterando seu sentido ou excluindo-as do sistema).

35. As transformações constitucionais motivadas pelos Direitos Fundamentais são um tema destacado no sistema jurídico Brasileiro, sendo um aspecto central de uma série de importantes decisões do Supremo Tribunal Federal, por exemplo: o **Reconhecimento da União Homoafetiva** (sendo que, em nossa opinião, a alteração ocorreu em nível infraconstitucional, não constituindo mutação); e a decisão sobre a **Inconstitucionalidade da Lei de Imprensa** (havendo mutação, pois o a partir desta decisão o Supremo Tribunal Federal estabeleceu novo sentido que o enunciado normativo interpretado não comportava anteriormente: que o Estado não pode legislar sobre o tema, exceto “matérias lateral ou reflexamente de imprensa”).

8. BIBLIOGRAFIA

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia à Direito Fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Adalberto Robert. **Interpretação e a Mutação Constitucional**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARATA, Rodrigo Sarmiento. **A Mutação Constitucional e o STF: Sua Utilização e Algumas Perspectivas**. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2009.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARBOSA, Rui. **República: Teoria e Prática: Textos Doutrinários sobre Direitos Humanos e Políticos Consagrados na Primeira Constituição Republicana**; Sel. e coord. Hildon Rocha. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1978.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. **Constituição Econômica e a Sociedade Aberta dos Intérpretes**. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UnB, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Acórdão na Questão de Ordem em Habeas Corpus nº 86.009-5/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2006, 29.08.2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443460>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Acórdão no Agravo de Regimento em Recurso Extraordinário nº 450.504-5/MG. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2006, 21.11.2006. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402680>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão em Habeas Corpus nº 94.695/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2008, 23.09.2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573759>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão em Habeas Corpus nº 90.450/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2008, 23.09.2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573711>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão em Habeas Corpus nº 96.772/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2009, 09.06.2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601192>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão em Habeas Corpus nº 98.893/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2009, 25.08.2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603041>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2011, 05.05.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>>. Acesso em 22 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceituo Fundamental nº 46/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Eros Grau. Brasília, 2009, 05/08/2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>> . Acesso em 21 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9-6/DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Relatora para o Acórdão: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 2001, 13.12.2001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=883>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2/AC. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Relator para o Acórdão: Gilmar Mendes. Brasília, 2008, 06.08.2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2009, 30.04.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=130&classe=ADPF>>. Acesso em 22 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2011, 05.05.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633>>. Acesso em 22 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança nº 26.602/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 2007, 04.10.2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 2001, 05.09.2001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347548>>. Acesso em 22 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática na Reclamação nº 7.336/SP. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2008, 16.12.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Relator no Acórdão da Reclamação nº 4.335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 2007. 1º.08.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em 21 de julho de 2014.

BULOS, Uadi Lammego. **Mutação Constitucional**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1995.

CAMPOS, Milton. Constituição e Realidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 57, v. 187, p. 19, janeiro/fevereiro, 1960.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2011.

CARVALHO, Renan Flumian. **Qual o Conceito de Mutação Constitucional para os Ministros do STF?** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2009. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/138_Monografia%20Renan.pdf>. Acesso em 03 de dezembro de 2013.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Controle de Convencionalidade e Constitucionalismo Latino-Americano**. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DANIELE, Anna Luísa Walter de Santana. **Interpretação e Mutação Constitucional**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Mariana Marchina. **A Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil e a Emenda Constitucional nº 45/2004**. Monografia de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Constitucional). Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta aos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. **Ética, Dialética e Constitucionalismo: por uma Hermenêutica Constitucional Orientada a Valores**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Decisões Intermediárias da Justiça Constitucional como Mutação da Constituição**. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2011.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição Política**. São Paulo: Global, 1987.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito e Jornalismo**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Verbatim Ltda, 2011.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade Comercial: Proteção e Limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional: Limites e Possibilidades das Mudanças informais da Constituição a partir da teoria da Concretização**. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RIVERO, Jean. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927.

SILVA, Jose Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. Mutaciones Constitucionales. **Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, vol 1, julho/dezembro, 1999. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/CuestionesConstitucionales/numero/1/tes/tes1.htm>>. Acesso em 03 de dezembro de 2013.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular. (estudos sobre a Constituição)**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Lucas Goncalves da. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2005.

SILVA, Lucas Goncalves da. **Mutação Constitucional pela Justiça Constitucional: Tipologia e Limites**. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abril, 2002.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Manual de Direito Constitucional**. Barueri, SP: Manole, 2007.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Uma Visão Constitucional da Eutanásia**. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. **Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una Aproximación al Origen del Concepto**. Revista Española de Derecho

Constitucional, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, janeiro/abril. 2000. Disponível em <<http://www.cepc.gob.es/en/publications/journals/electronicjournals?IDR=6&IDN=360&IDA=25497>>. Acesso 03 de dezembro de 2013.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília, DF: Ministério da Justiça/Departamento de Imprensa Nacional: Universidade de Brasília, 1979.

ZANDONADE, Adriana. **Mutação Constitucional**. Revista de Direito. Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 9, n. 35, p. 205, abril/junho, 2001.